



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 464/2014, de 3 de junio de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2421/2013

SUMARIO:

Delito de falsedad de documentos societarios. Delito continuado de administración desleal. Administrador de hecho. Relación concursal entre la falsedad y la administración desleal. Concurso medial. Dilaciones indebidas. Responsabilidad civil. El acusado, aunque no ostentara en la sociedad el cargo de administrador de derecho porque no existía el nombramiento correspondiente y su inscripción en el Registro Mercantil, lo cierto es que actuaba como administrador de hecho. La falsedad en este caso sirve para ocultar la concreta disposición realizada; pero a su vez deviene instrumento necesario para realizar las sucesivas disposiciones; si se hubiera plasmado en la contabilidad las transferencias injustificadas a favor del acusado, el libramiento y cobro de cheques al portador para fines propios y la indebida utilización de la tarjeta bancaria con cargo a la sociedad para gastos propios, la disponibilidad que tenía de los fondos sociales se habría suprimido, la continuidad delictiva no se habría permitido. Por tanto deben calificarse los hechos declarados probados como un delito continuado de falsedad en documentos sociales del artículo 290 inciso final, en concurso medial con un delito continuado de administración desleal del artículo 295 CP. Respecto al testigo fallecido, es posible proceder a la valoración, como prueba de cargo, de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando el testigo haya fallecido, siempre que, en primer lugar, se hayan prestado de forma inobjetable, lo que implica la presencia del Juez, y la posibilidad de contradicción y que sean incorporadas al juicio oral mediante su lectura. Las suspensiones por enfermedad del acusado o de su Letrado, no generan dilación injustificada que sustente la atenuante de dilaciones indebidas. El artículo 115 del CP, permite a Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecer razonadamente, las bases en que fundamenten, la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarse obviamente en la propia resolución, pero también en el momento de su ejecución. La deuda impositiva no pagada, no deriva del ilícito penal, preexistía al mismo, por lo que no entraría en la responsabilidad civil del acusado, ahora bien, si entraría los daños y perjuicios adicionales causados por el impago, como son los importes de multas o sanciones, recargos e intereses de demora ocasionados.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 74, 77, 115, 116, 290 y 295.



www.civil-mercantil.com

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 730.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.

PONENTE:

Don Andrés Palomo del Arco.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Gustavo contra Sentencia de fecha veintidós de noviembre de dos mil trece, dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid ,en causa seguida al mismo por delito de falsedad de documentos contables y delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando dicho recurrente representado por la Procuradora D^a. Mercedes Pérez García; y como parte recurrida, Telma Retarder España, S.A., representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina.

I. ANTECEDENTES

Primero.

Por el Juzgado de Instrucción número 6 de Coslada, se incoó Diligencias Previas con el número 1186/2008, contra Gustavo , por delito continuado de falsedad de documentos contables y delito continuado de apropiación indebida y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección 23 (Rollo 68/10) dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que el acusado Gustavo , mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando en su calidad de Director Financiero, y actuando como administrador de hecho de la entidad mercantil TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A..y durante el período de tiempo comprendido entre los años 2001 y 2007, y guiado por el ánimo de lucro, realizó los siguientes actos:

1.- En primer lugar, hizo diversas transferencias bancarias de la cuenta corriente de la referida entidad mercantil a su propia cuenta bancaria y de terceras personas, aprovechándose para



ello de que el Director General de la entidad, Pedro , dado que realizaba continuos viajes, y en la confianza que había depositado en el acusado, le facilitó el código de la firma electrónica que tenía en la compañía, transferencias bancarias por un importe total de 183.641,08 euros, transferencias bancarias que efectuó el acusado de forma electrónica utilizando su propia clave y la de Pedro , Director General de la compañía; en segundo lugar, el acusado emitió en su propio beneficio y los ingresó en su propia cuanta bancaria, durante el período anteriormente señalado, diversos cheques bancarios librados al portador, cheques bancarios por importe de 140.397,03 euros; en tercer lugar, el acusado y sin tener el consentimiento de sus superiores en la sociedad y en el Grupo mercantil Valeo al que pertenecía la misma, y sabiendo de la prohibición expresa por parte del Grupo, utilizó en su propio beneficio la tarjeta de crédito de TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A. realizando diversos gastos sin el respaldo y sin la autorización de la empresa, gastos efectuados en beneficio del acusado que en modo alguno justificó ante sus superiores y que no se correspondían con operaciones del tráfico de la referida entidad mercantil, ascendiendo el importe de estos gastos a la cantidad de 116.237,99 euros; y en cuarto lugar, el acusado efectuó, sin justificación alguna, una compra de divisas en el año 2006, por importe de 1.621,73 euros. El importe de todas esas operaciones realizadas por el acusado supuso un total de 440.312, 12 euros.

2.- Igualmente, el acusado con la finalidad de que no se descubriera la realización de las operaciones descritas en el apartado anterior (pues no respondían a la realidad de la actividad de la empresa), procedió a confeccionar distintos documentos mercantiles, como extractos bancarios, confirmaciones y conciliaciones bancarias, así como cartas con el membrete de BANKINTER, aparentemente reales pero que no se correspondían a la realidad, modificando igualmente los saldos de cuenta de proveedores, saldos de cuentas de clientes, evaluación de costes, de tal forma que de esa forma las cuentas de la sociedad no reflejaban el estado real de la misma.

3.- Igualmente, el acusado de forma consciente dejó de ingresar en Hacienda y durante el período de tiempo correspondiente a los años 2004 y 2007 el importe correspondiente a determinados impuestos y otros conceptos como lo eran retenciones de bienes inmuebles, retenciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, retenciones de las nóminas de trabajadores e Impuesto del Valor Añadido, algunos de cuyos importes han sido reclamados por la Agencia Tributaria, mientras que otros están pendientes de reclamación.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



www.civil-mercantil.com

" FALLAMOS

Que debemos condenar a Gustavo , como autor responsable de un delito continuado de falsedad en las cuentas sociales y de un delito continuado de administración desleal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SIETE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, Y MULTA DE ONCE MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por el primero de los delitos, y a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, por el segundo de los delitos; al pago de las costas procesales causadas, incluidas las costas de la acusación particular, y que el acusado indemnice a TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A. en la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS DOCE EUROS Y DOCE CÉNTIMOS (440.312,12 euros) por la cantidad defraudada, y en la cantidad resultante de los impuestos reclamados por la Agencia Tributaria a TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A..durante los períodos fiscales entre los años 2004 a 2007, importe que habrá de determinarse en ejecución de sentencia, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Para el cumplimiento de la pena se le abonará al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Conclúyase conforme a las normas legales la pieza de responsabilidad civil del acusado.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a partir de la última notificación."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Gustavo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del recurrente, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



www.civil-mercantil.com

MOTIVO PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim y 5.4ª de la LOPJ , ambos en relación con el art. 24.2º de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

MOTIVO SEGUNDO.- Por error de hecho en la valoración de la prueba basada en documentos, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim .

MOTIVO TERCERO.- Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim , por indebida aplicación del artículo 290 en relación con el artículo 74 del Código Penal .

MOTIVO CUARTO.- Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim , por indebida aplicación del artículo 295 en relación con el artículo 74 del Código Penal .

MOTIVO QUINTO.- Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim , por inaplicación del art. 77 en relación con el art. 290, en relación con el art. 74, en concurso medial con el art. 295, en relación con el 74, todos del Código Penal .

MOTIVO SEXTO.- Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim , por no aplicación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas contemplada en el art. 21.6 del Código Penal .

MOTIVO SÉPTIMO.- Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el art. 849.1º de la LECrim , por indebida aplicación del art. 116 del Código Penal .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal lo impugnó por los razonamientos que adujo en su escrito de fecha 5 de marzo de 2014 y el recurrido Telma Retarder España, S.A., interesó la inadmisión a trámite y subsidiaria desestimación de todos los motivos del recurso; quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 27 de mayo de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



www.civil-mercantil.com

Primero.

- La representación procesal de Gustavo , condenado en sentencia dictada por la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, por delito continuado de falsedad en las cuentas sociales y de delito continuado de administración desleal, recurre en casación, siendo el primer motivo, por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim , 5.4ª de la LOPJ , ambos en relación con el art. 24.2º de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Alega la insuficiencia probatoria sobre tres cuestiones fácticas fundamentales:

a) Su condición de administrador de hecho, cuando la sociedad contaba con administrador de derecho que llevaba a cabo todas las funciones inherentes al cargo; y las funciones del recurrente eran las propias de un asalariado, en su condición de Director Financiero para la que estaba contratado, rindiendo cuentas siempre al administrador general y siendo al menos tres personas las que intervenían en la realización de los pagos; mientras que los poderes que disponía eran mancomunados con otras tres personas; careciendo de poderes de gestión o representación.

b) La apropiación de cantidades provenientes de la sociedad, pues: i) no consta acreditada la existencia de las transferencias imputadas desde la cuenta corriente de la entidad mercantil a su propia cuenta bancaria o de terceras personas, sin que obre detalles de día, hora e importe de cada transacción; simplemente se indica una cifra global de 183.641,08 euros, pero sin determinar origen y destino; ni se precisa la prueba directa o indirecta que permite tal conclusión; ii) no consta que los cheques bancarios librados al portador por importe de 140.397,03 fueran ingresados en la cuenta del recurrente, ni quien los cobró efectivamente, ni como se obvia la necesidad de la segunda firma que los mismos precisaban del Director General, Sr. Pedro , que se limita a indicar que por motivo de frecuentes viajes y correlativas ausencias, los firmaba en blanco; y iii) en cuanto a la utilización de la tarjeta de crédito, no consta acreditada la prohibición de su utilización, cuando además eran tres las tarjetas de crédito activas en la empresa, habiéndose atribuido sin justificación alguna, el saldo de las tres al recurrente.

c) El falseamiento de las cuentas sociales, tampoco puede entenderse acreditado, al no resultar probada la autoría del documento núm. 26 (nº 5 de la querrela); ni de los documentos nº 392 a 409.

El control del respeto al derecho a la presunción de inocencia (vd. por todas, STS núm. 444/2011, de 4 de mayo) autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba



www.civil-mercantil.com

de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales; y es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Con a precisión de que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Desde la subsunción de la anterior doctrina el motivo debe ser desestimado. En relación con su condición de administrador de hecho, la propia sentencia recurrida, invoca prueba directa, las propias declaraciones del recurrente y diversas testificales:

el acusado, aunque no ostentara en la sociedad el cargo de administrador de derecho porque no existía el nombramiento correspondiente y su inscripción en el Registro Mercantil (tenía el cargo de Director financiero de TELMAR RETARDER ESPAÑA, S.A.), lo cierto es que actuaba como administrador de hecho de la sociedad pues ejercía determinadas funciones y adoptaba determinadas decisiones en la entidad propias de un administrador, decisiones que se referían en algunos casos y de forma concreta a los tipos penales que se están analizando, como lo es en relación al delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal , pues era el encargado, junto con el Director General de autorizar los pagos a los proveedores, de autorizar las transferencias bancarias que debía realizar la sociedad; era el que se encargaba de controlar la contabilidad de la sociedad y de enviar mensualmente determinados estados de cuentas a la matriz de la sociedad que estaba en Francia; era la persona que se relacionaba con los auditores tanto internos como externos de la sociedad; el propio declarante manifiesta en su declaración en el Juzgado de Instrucción que era el Director Financiero y administrador de la sociedad desde 1983 hasta septiembre de 2007, manifestando en el plenario que tenía poderes de la sociedad y que era como una especie de representante de la sociedad, asegurando el testigo Pedro , Director General de la sociedad, que el acusado era quien se relacionaba con los proveedores, etc..., mientras que el testigo Adolfo , que fuera Director Nacional en España del Grupo Valeo, al que pertenecía TELMAR RETARDER ESPAÑA, señala que el acusado se encargaba de la tesorería y de la planificación a largo y medio plazo de la sociedad.

Además, debe añadirse la existencia de prueba documental, donde resulta el contenido del poder otorgado en su favor el 28 de octubre de 2002, que le conferían poderes



www.civil-mercantil.com

mancomunados de representación y administración, para "pagar cantidades que deba la sociedad, manejando los fondos sociales", entre otras facultades.

La representante del Ministerio Fiscal, en su impugnación del recurso, destaca además acertadamente, la indudable relevancia del testimonio del administrativo contable, subordinado del recurrente, Cecilio , ilustrativa de su gestión representativa, pero sobretodo, del mecanismo elusorio de la efectiva doble firma que se afirma precisa para disponer de fondos de la empresa, al describir que el Sr. Gustavo firmaba por los dos, es decir, tanto por él como por el Sr. Pedro , en alusión a la firma electrónica, reconocida en la base de datos de Bankinter que era la que generaba la transferencia si era firmada por ambos; y añade que sabe que el recurrente firmaba por los dos, "porque él estaba delante".

En relación tanto con la falsificación de las cuentas sociales, como con la apropiación o distracción de fondos sociales, resulta esclarecedor, el reiterado documento núm. 5 de los que acompañan a la querrela, firmado en París, el 24 de octubre de 2007 (folio 68 de las actuaciones), donde el recurrente, en misiva dirigida a la atención de Ildefonso y Marino , reconoce: 1) haber producido cuentas sociales falsas durante más de diez años; 2) realizado transferencias bancarias en su favor ajenas al sistema de nómina y no autorizadas en su favor, desde las cuentas de la sociedad Telma Retarder en Bankinter, inicialmente con su sola firma y desde la introducción de la firma electrónica, con la introducción de la suya y al del Sr. Pedro , de la que también tenía acceso; 3) dichas transferencias que se producían con periodicidad mensual, desde el año 2000, con importe variable, pero generalmente de unos 2.500 euros por mes; 4) transferencias bancarias en su favor, que no reflejaba en la contabilidad de la empresa; y 5) desde enero de 2006, ha ido acumulando deuda tributaria que asciende a unos 600.000 euros, por IVA y retenciones de IRPF, que no informó a la dirección de la empresa.

El recurrente niega el contenido de ese documento, así como haber firmado un documento con ese contenido, aunque admite que es posible que sea su firma la allí estampada; pero su autenticidad la infiere la Audiencia, del testimonio de Ildefonso , que participó en la reunión de París donde se confeccionó y firmó el documento, a través de su lectura (conforme al art. 730 LECrim), dado que había fallecido; y el testimonio de referencia del Director General de la sociedad y del Director Nacional en España del grupo Valeo, Pedro y Adolfo . Prueba de cargo, pese a las reticencias de la recurrente; pues el artículo 730 de la LECrim permite proceder a la lectura de las diligencias practicadas en el sumario que por causas independientes de la voluntad de las partes no puedan ser reproducidas en el juicio oral. La jurisprudencia ha entendido, en interpretación de este artículo, que es posible proceder a la valoración, como prueba de cargo, de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando el testigo haya fallecido, sea imposible o especialmente dificultoso hacerlo comparecer, o se encuentre



www.civil-mercantil.com

en ignorado paradero. Siempre que, en primer lugar, se hayan prestado de forma inobjetable, lo que implica la presencia del Juez, y la posibilidad de contradicción, pues la doctrina del TEDH ha señalado reiteradamente que es preciso permitir a la defensa interrogar en algún momento de la causa al testigo de cargo. Y, en segundo lugar, que sean incorporadas al juicio oral mediante su lectura (STS núm. 708/2010, de 14 de julio). Requisitos ambos cumplimentados en autos; la lectura obra documentalmente y no es discutida y la contradicción de su práctica, resulta del examen de la propia declaración (folio 1016 de las actuaciones), donde consta la asistencia tanto del Letrado querellante, como del recurrente.

Especialmente por cuanto dicho reconocimiento o confesión extrajudicial, no resultaba la única prueba practicada ni agotaba el acervo probatorio, sino que además de las pruebas ya examinadas, cobra especial relevancia el informe pericial practicado por Accentis, ratificado en el plenario, donde aparte de las conclusiones de disposición no autorizada de la tarjeta de crédito, transferencias electrónicas en beneficio del acusado o terceros y la emisión y cobro de cheques al portador, en ningún caso contabilizados, indica que los datos que le han servido de base se han extraído de la comparación entre los extractos y documentación bancaria proporcionada por Bankinter y la que el propio acusado proporcionaba mensualmente a la sociedad querellante; de modo que las diversas operaciones que aparecen en la documentación bancaria y se eliminaban o no se aportaban por el acusado en la elaboración mensual contable que entregaba a la sociedad, integran las indebidamente dispuestas por el acusado. Inferencia incontrovertida, cuando la documentación así alterada (folios 392 a 409) cuya falsedad es igualmente certificada por Bankinter (folios 668 a 777) la tenía el recurrente en su poder, era el responsable de la contabilidad y no se aporta a la sociedad resumen de las operaciones bancarias con Bankinter diversa a la analizada. Cotejo del que a su vez, resultan individualizadas las cantidades y cifras distraídas en la diversa mecánica de indebida disposición de fondos por parte del recurrente, minuciosamente obtenidas en el informe referido, con el soporte bancario correspondiente; y así las transferencias que libraba a sus propias cuentas de sucursales bancarias de Torrejón o de Granada, o los diversos talones al portador por el emitidos, al plasmar, como hemos descrito, tanto su firma electrónica como la del Director General, y que resultaron cobrados.

Al igual que la minuciosa enumeración de las concretas cantidades dispuestas por el recurrente, con cargo a la entidad a través de las tarjetas de crédito, pese a la expresa prohibición de su utilización; de las que afirma autorización para el cargo, que significativamente, ulteriormente no las contabilizaba; prohibición de la que no consta respaldo escrito pero fue unánimemente informada por el Director Nacional de Telma en España, por el administrativo contable y por el Director General.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, media prueba de cargo, razonablemente valorada, que permite calificar de objetiva la certeza subjetiva del Tribunal sobre la veracidad de la imputación. El motivo se desestima.

Segundo.

- El segundo motivo lo formula por error de hecho en la valoración de la prueba basada en documentos, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim .

Designa como particulares que demuestran el error de hecho en la apreciación de las pruebas, los documentos obrantes a los folios núm. 68, 392 a 409, 668 y 669. Si bien en su argumentación, indica simplemente que se atribuye la autoría del documento número 5 de la querrela al folio 68 y de los obrantes a los folios 392 al 468 al acusado, sin existir prueba directa de la misma.

En relación a este motivo, existe una consolidada doctrina jurisprudencial, muestra de la cual es la STS 560/2011, de 9 de junio , que precisa:

Es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997 , por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente ", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).



www.civil-mercantil.com

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997 , entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2000).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

Doctrina que determina inexcusablemente la desestimación del motivo; pues los documentos designados no son literosuficientes sobre su elaboración por persona distinta al recurrente; existen pruebas diversas a los propios documentos que acreditan la autoría de los mismos; directa en el caso del primero, e indirecta en el caso del segundo. Así respecto al documento número 5 de la querrela al folio 68, resulta acreditada la autoría por el testimonio de Ildefonso , que participó en la reunión de París donde se confeccionó y firmó el documento, a través de su lectura (conforme al art. 730 LECrim), dado que había fallecido; así como por el testimonio de referencia del Director general de la sociedad y del Director nacional en España del grupo Valeo, Pedro y Adolfo . Mientras que los documentos 302 a 409, la documentación bancaria alterada, por medio de prueba indirecta, como hemos indicado, por cuanto, esta documentación (folios 392 a 409) cuya falsedad es igualmente certificada por Bankinter (folios 668 a 777) la tenía el recurrente en su poder, era el responsable de la contabilidad y no se aporta a la sociedad resumen de las operaciones bancarias con Bankinter diversa a la analizada; y precisamente dicha alteración hace referencia a: i) cantidades transferidas a cuentas propias del recurrente; ii) talones librados al portador emitidos por el recurrente y



www.civil-mercantil.com

cobrados; y iii) gastos cargados pro el recurrente con la tarjeta bancaria. De donde, los otros documentos invocados, la certificación de Bankinter (folios 668 a 777), no acredita error alguno, sino que corrobora la alteración falsaria.,

El motivo se desestima

Tercero.

- El tercer, cuarto se formulan por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim , respectivamente por: a) indebida aplicación del artículo 290 en relación con el artículo 74 del Código Penal ; b) indebida aplicación del artículo 295 en relación con el artículo 74 del Código Penal ;

Argumenta que; a) no se ha acreditado su condición de administrador de hecho, ni la irregularidad contable en las cuentas de clientes y proveedores, ni otras modificaciones contables; ni que haya elaborado los documentos obrantes a los folios 392 a 409; b) que no ha quedado acreditada la disposición de bienes de la empresa por parte del recurrente.

Desde estos presupuestos, la desestimación se impone, dado que un motivo casacional por infracción de ley debe en todo caso respetar el relato fáctico. Como indica la STS. 807/2011 de 19 de julio , en análisis de este motivo casacional, en relación a los hechos probados, la casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisorias del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados. El recurrente no respeta la intangibilidad de la narración fáctica, discute la prueba sobre los acciones esenciales de los tipos aplicados y de ahí su desestimación.

Cuarto.

- Como quinto motivo, formulado con carácter subsidiario, inaplicación del art. 77 en relación con el art. 290, en relación con el art. 74, en concurso medial con el art. 295, en relación con el 74, todos del Código Penal .

Cuestiona esencialmente que la falsedad sea ulterior a la disposición fraudulenta de las cuentas sociales. Tal afirmación no es incompatible con la narración de hechos probados, donde en un primer apartado, se describen conductas de disposición fraudulenta de fondos sociales, que se dicen practicadas entre 2001 y 2007 y en el segundo apartado exclusivamente se indica que con la finalidad de que no se descubriera la realización de las operaciones



www.civil-mercantil.com

descritas en el apartado anterior... procedió a confeccionar distintos documentos mercantiles, como extractos bancarios, confirmaciones y conciliaciones bancarias, así como cartas con el membrete de BANKINTER, aparentemente reales pero que no se correspondían a la realidad, modificando igualmente los saldos de cuenta de proveedores, saldos de cuentas de clientes, evaluación de costes, de tal forma que de esa forma las cuentas de la sociedad no reflejaban el estado real de la misma.

Además, tanto la administración desleal como la falsedad de documentos sociales, se califican cometidos en forma continuada, es decir, al menos con la periodicidad con que el inculpado, presentaba informes o estados contables, que se afirma en el informe pericial de Accentis y asume la Audiencia en su fundamento cuarto, que a menos era mensual. Es decir, las falsedades, eran consecutivas a determinadas disposiciones, pero a su vez precedentes a otras.

En la sentencia recurrida, se aprecia concurso real entre el artículo 295 y el 290.2, sin incurrir en la prohibición del non bis in idem, ya que concreta un perjuicio derivado de la falsedad de los documentos sociales, diverso del originado con las disposiciones fraudulentas, el referido al reflejo que en el pago ordinario de los impuestos conllevó la alteración de las cuentas de la sociedad y la consecuente deuda generada con la Hacienda Pública con las consecuencias peyorativas que las reclamaciones de la Agencia Tributaria conllevan; y entendió que concurrían en modalidad real porque la falsedad no era instrumento necesario para cometer el delito de administración desleal, sino que era ulterior con la finalidad de no ser descubierto.

La argumentación sería válida, si sólo hubiera mediado un solo delito de falsedad ulterior a toda disposición fraudulenta. En ese caso, cuando la falsedad en documentos sociales deviene medio de ocultación de una administración fraudulenta, efectivamente se produce un concurso real de delitos.

Pero en el acontecer histórico de autos, la falsedad efectivamente sirve para ocultar la concreta disposición realizada; pero a su vez deviene instrumento necesario para realizar las sucesivas disposiciones; si se hubiera plasmado en la contabilidad las transferencias injustificadas a favor del acusado, el libramiento y cobro de cheques al portador para fines propios y la indebida utilización de la tarjeta bancaria con cargo a la sociedad para gastos propios, la disponibilidad que tenía de los fondos sociales se habría suprimido, la continuidad delictiva no se habría permitido. Por tanto deben calificarse los hechos declarados probados como un delito continuado de falsedad en documentos sociales del artículo 290 inciso final, en concurso medial con un delito continuado de administración desleal del artículo 295 CP .

El motivo se estima.



www.civil-mercantil.com

Quinto.

- El sexto motivo también por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim , se formula por inaplicación del art. 21.6 del Código Penal .

Entiende aplicable la atenuante de dilaciones indebidas, dado que la querrela se presentó en junio de 2008; el Auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, lleva fecha de 11 de mayo de 2009; el escrito de conclusiones absolutorias formulado por el Ministerio Fiscal se presentó el 9 de julio de 2010; las conclusiones de la defensa, el 7 de octubre de 2010, celebrándose la primera sesión del juicio oral el 1 de octubre de 2013.

La STS 360/2014, de 21 de abril , con abundante cita jurisprudencial, explica que la "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional - derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Así como que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la



www.civil-mercantil.com

secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

También nos recuerda esta STS 360/2014 que la Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal. Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15-2; 235/2010, de 1-2; 338/2010, de 16-4; y 590/2010, de 2-6); 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años (SSTS 271/2010, de 30-3; y 470/2010, de 20-5).

De otra parte, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

De manera sintética, en STS 1009/2012, de 13 de diciembre, hemos afirmado que la nueva redacción del art. 21.6 del CP exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante: a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación; b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

Parámetros desde los que debe desestimarse el motivo formulado, pues no ha existido tiempo de inactividad o paralización debido al órgano judicial; pues entre el Auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, de 11 de mayo de 2009; y el escrito de conclusiones de la defensa, el 7 de octubre de 2010, medió la tramitación de un recurso de apelación contra el Auto de transformación, así como retroacción de actuaciones en mayo de 2010, para cumplimentar la omisión del traslado al Ministerio Fiscal para formular escrito de conclusiones.



www.civil-mercantil.com

Las dilaciones habidas, son posteriores, debidas al propio inculpado, que insistió en mantener su Letrado, pese a su enfermedad que motivó tres suspensiones del juicio oral: 16 de febrero de 2011, 1 de diciembre de 2011, 26 de febrero de 2013 y tiene que ser la Audiencia quien tras la tercera suspensión, requiere al acusado para que designe nuevo Letrado, se nombra de oficio y finalmente se celebra el juicio oral en octubre de 2013. Y las suspensiones por enfermedad del acusado o de su Letrado, no generan dilación injustificada que sustente la atenuante (cifr. STS 224/2011, de 29 de marzo). De igual modo la STEDH Mariano Nita contra Rumanía de 7 de diciembre de 2010 , tras recordar que sólo los retrasos imputables al Estado, pueden llevar a concluir el quebranto al "plazo razonable" (Proszak contra Polonia , de 16 de diciembre de 1997) y aún admitiendo que las solicitudes de aplazamiento de los recurrentes (para preparar la defensa; o por ausencia del Letrado por enfermedad o muerte en su familia) no tuvieran una finalidad dilatoria, admite sin embargo que originaron dilaciones suplementarias, que sirvieron para concluir en ese caso concreto, con otros parámetros concurrentes, que no hubo quebranto del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable.

Por tanto, presentada la querrela en junio de 2008 y estando señalada el juicio oral para el 16 de abril de 2011, siendo las dilaciones ulteriores atribuibles a la defensa del recurrente, en modo alguno la duración de la tramitación resultó irrazonable.

Sexto.

- El séptimo y último motivo, igualmente por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim , se formula por indebida aplicación del art. 116 del Código Penal .

Alude a la responsabilidad civil declarada por los impuestos reclamados por la Administración Tributaria a la mercantil Telma Retarder España S.A., durante los períodos fiscales comprendidos entre los años 2004 a 2007. Argumenta que no está acreditada ni probado exactamente la deuda tributaria que se le exige; que las mismas están prescritas dado el tiempo transcurrido; de modo que no ha podido cuantificarse, de donde concluye que al no haberse establecido una previa cuantía indemnizatoria, debe revocarse este pronunciamiento condenatorio.

Como antes hemos indicado, el motivo elegido exige respetar los hechos probados; y de los mismos, no resulta la prescripción que se invoca; y por ende no es dable a través de este motivo, confrontar esta afirmación con el contenido del informe pericial a la folios 521 y ss y la documentación aportada en febrero de 2013, sobre abonos realizados a la Agencia Tributaria.

Además, como reconoce en su formulación, el importe habrá de determinarse en ejecución de sentencia, cuestión que no conlleva en esta jurisdicción, la consecuencia de su inviabilidad



www.civil-mercantil.com

procesal, sino que se trata de una posibilidad expresamente prevista en el artículo 115 CP , que permite a Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecer razonadamente, las bases en que fundamenten, la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarse obviamente en la propia resolución, pero también en el momento de su ejecución.

No obstante, el artículo 116 CP , afirma que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios; y la deuda impositiva no deriva del ilícito penal, preexistía al mismo; si se distrajeron los fondos destinados a su abono, esa cantidad obra ya en el total cuantificado como defraudado (los 440.312,12 euros en que se le condena a indemnizar a la entidad Telma Retarder); de modo que los daños y perjuicios adicionales causados por el impago, serían los que se deriven del importe de multas o sanciones, recargos e intereses de demora derivados de la omisión del abono de impuestos imputada al acusado.

La expresión de la sentencia recurrida, no es explícita en este sentido, pero la remisión a ejecución de sentencia de la indemnización "en la cantidad resultante de los impuestos reclamados...", el contenido propio conlleva su integración con la integración de la elipsis de la expresión normativa, es decir, "en la cantidad resultante de los daños y perjuicios causados por los impuestos reclamados..."; mera aclaración que la propia querellante admite, cuando presenta a 11 de febrero de 2013, la documentación con la que pretende cuantificar este apartado, por recargos e intereses de demora derivados de la omisión del abono de impuestos imputada al acusado, que al integrar materia dispositiva resulta vinculada.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gustavo contra Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013, dictada por la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid ; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco



www.civil-mercantil.com

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil catorce.

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Coslada, incoó Procedimiento Abreviado, proveniente de las Diligencias Previas núm. 1186/2008, por delito continuado de falsedad de documentos sociales y delito continuado de administración desleal, contra Gustavo , cuyas circunstancias personales obran ya reseñadas, enjuiciado por la Sección 23ª de la Audiencia Provincial que dictó sentencia en fecha de 22 de noviembre de 2013 ; resolución que ha sido casada y anulada por sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco , por lo que proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se dan por reproducidos los de la Sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

- Por los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico cuarto, los hechos declarados probados deben calificarse como un delito continuado de falsedad en documentos sociales del párrafo segundo del artículo 290, en concurso medial con un delito continuado de administración desleal del artículo 295 CP .

En cuanto a su penalidad por separado, la correspondiente a las falsedades continuadas del artículo 290, en la mitad superior (inciso final del art. 290) de la mitad superior (art. 74.1) sería de dos años y seis meses a tres años de prisión y multa de diez meses y quince días a doce meses, que puede llegar hasta tres años y seis meses de prisión y hasta multa de quince meses (art. 74.1, inciso final); mientras que para la administración desleal del artículo 295, la mitad superior (art. 74.1) sería prisión de dos años y tres meses a cuatro años, que puede llegar hasta cinco años de prisión (art. 74.1, inciso final). Aunque en el artículo 295, se prevé alternativamente la pena de multa, no la ponderamos, dada la entidad de las cantidades defraudadas y la multitud de infracciones que integran su continuidad. Y dado que no concurren circunstancias modificativas, podrían recorrerse los tramos resultantes en toda su extensión.



www.civil-mercantil.com

En cuanto a la penalidad resultante para el concurso, la infracción más grave, la integra la administración desleal continuada, que su mitad superior, sería de tres años, un mes y quince días a cuatro años, si no se hubiera utilizado la exasperación del inciso final del artículo 74.1, o de tres años, siete meses y quince días a 5 años, si se hubiere exasperado.

Mientras que la mínima resultante de la suma que conforman las penalidades por separado, sería de cuatro años y nueve meses de prisión más la multa; y donde la Audiencia, en sus labores de individualización, sin atender al concurso supera esa cifra.

Consecuentemente, en atención a la cantidad defraudada, cuatrocientos cuarenta mil euros, además de otros perjuicios ocasionados y la reiteración tanto de la actividad falsaria como de la disposición fraudulenta mantenida en un dilatado período de tiempo, durante siete años, la Sala entiende que no procede la imposición de esas cifras mínimas sino su contrario, por lo que opta por la penalidad del concurso y dentro del mismo, por esas circunstancias descriptivas de la gravedad del hecho, en el umbral máximo de la pena correspondiente a la infracción más grave, la administración desleal, en la exasperación que posibilita su continuidad de cinco años de prisión.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Gustavo , como autor responsable de un delito continuado de falsedad en las cuentas sociales en concurso medial con un delito continuado de administración desleal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las costas de la acusación particular, y que el acusado indemnice a TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A. en la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS DOCE EUROS Y DOCE CÉNTIMOS (440.312,12 euros) por la cantidad defraudada, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y en la cantidad resultante de los daños y perjuicios causados por los impuestos reclamados por la Agencia Tributaria a TELMA RETARDER ESPAÑA, S.A. durante los períodos fiscales referidos a los años 2004 a 2007, importe que habrá de determinarse en ejecución de sentencia,.

Para el cumplimiento de la pena se le abonará al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.



www.civil-mercantil.com

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.