



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 373/2014, de 30 de abril de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1333/2013

SUMARIO:

Tutela judicial efectiva. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho al juez imparcial. Recusación. Abstención. El concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él. Con tal condición se pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso, esto es, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor. El mecanismo de la abstención permite que se aparte del conocimiento de un asunto el juez que pueda resultar mediatizado por convicciones previas y el de recusación confiere a la parte la posibilidad de instar tal apartamiento si estima que el juzgador ya tiene formado un previo juicio sobre la culpabilidad del acusado. Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador. El acercamiento al tema decidendi no da lugar a la recusación ni a la abstención, sino la mediatización por las convicciones previas si existe un prejuicio sobre la culpabilidad del acusado.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.2.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 250, 252 y 390.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.4.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 849, 851 y 852.

PONENTE:

Don Luciano Varela Castro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por Constanco y la entidad "I.G. ASESORES Y ASOCIADOS" representados por la Procuradora Dª Sylvia Scott-Glendonwyn Álvarez, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con fecha 8 de mayo de 2013. Ha intervenido el Ministerio



www.civil-mercantil.com

Fiscal; y, como parte recurrida TALLERES LA CASILLA, S.A., representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Bilbao, instruyó Procedimiento Abreviado nº 124/2012, contra Constancio , por un delito de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya que con fecha 8 de mayo de 2013, en el rollo nº 51/2012, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- En febrero del año 2000 D. Melchor contactó con el acusado D. Constancio , para tratar asuntos relacionados con la mercantil Talleres la Casilla, S.A. (en adelante TLC) de la que tanto él como su hermano, D. Antonio eran administradores solidarios, al haber tenido que asumir el primero la responsabilidad de su gestión diaria por enfermedad de su hermano D. Antonio .

Dicho contacto tenía por finalidad solicitar los servicios de asesoría integral que ofrecía el acusado con la mercantil de la que era responsable Constancio Consulting Financiero Fiscal S.L. (en lo sucesivo IG), posteriormente denominada Albia Asesores Asociados S.L. e IG, con CIF B48999262, al encontrarse incurso TLC en un expediente de inspección fiscal de la Diputación Foral de Bizkaia, por impagos de IVA e Impuesto de Sociedades correspondientes a los ejercicios 95/96, ascendiendo la deuda a una cifra cercana 900.000 euros, con propuesta de sanción tributaria por importe equivalente a las dos terceras partes de la deuda, y ante el temor de que el tener que hacer frente a dicha deuda podía abocarles al cierre empresarial.

Tras varias conversaciones acordaron que UG realizaría la elaboración y control de la contabilidad y asesoramiento financiero, fiscal y laboral, que incluiría la confección de las declaraciones de IVA, Sociedades e IRPF, presentación del modelo 347 y nóminas; y también que TLC iría adelantando a IG mediante la firma de pagarés las provisiones de fondos que les fueran requeridas para asegurar el pago de la deuda tributaria y sanciones derivadas de la inspección de los ejercicios 95/96 y de los impuestos futuros.

En concreto, D. Melchor durante el año 2000, firmó pagarés como provisión de fondos en favor de IG por importe total de 170.807,64 euros que fueron abonados a su vencimiento.,

En el año 2001 se giraron a IG a TLC facturas mensuales en concepto de iguales por los servicios de asesoría integral contratados por importe total de 9.621 euros; firmando D. Melchor pagarés como provisión de fondos en favor de IG por importe de 153.378,29 euros que fueron abonados a su vencimiento.

Ese año tras haber abonado TLC los tres primeros trimestres del año 2000 correspondientes al IVA, el 4º trimestre lo hizo en su nombre IG por importe de 41.077,21 euros.

En el año 2002 se giraron por IG a TLC facturas mensuales en concepto de iguales por los servicios de asesoría por importe total de 14.273,60 euros; firmando D. Melchor pagarés como provisión de fondos por importe de 196.799,95 euros que fueron abonados a su vencimiento; efectuando IG en Hacienda un único ingreso correspondiente al impuesto de sociedades del ejercicio 2001 por importe de 33.148,19 euros.



www.civil-mercantil.com

En el año 2003, se giraron por IG a TLC facturas mensuales en concepto de iguales por los servicios de asesoría por importe total de 20.289,79 euros; y firmó D. Melchor pagarés como provisión de fondos por importe de 163.476 euros que fueron abonados a su vencimiento, restituyendo el acusado a TLC posteriormente de dicha suma 24.423,51 euros.

En el año 2004 se giraron por IG a TLC facturas mensuales en concepto de iguales por los servicios de asesoría integral por importe total de 23.213 euros; y D. Antonio firmó pagarés como provisión de fondos por importe de 276.645 euros a los mismos fines acordados por su hermano con el acusado, que igualmente fueron abonados a su vencimiento.

Durante el año 2005 se giraron por IG a TLC facturas mensuales en concepto de iguales por los servicios de asesoría integral por importe total de 24.332,48 euros, Asimismo el acusado ingresó en la Diputación Foral de Bizkaia la suma de 1163.770,75 euros en concepto de IVA el 4º trimestre de 2004, devolviendo a Talleres La Casilla 25.000 euros de las cantidades entregadas previamente como provisión de fondos, y a principios del año 2006, otros 51.489,51 euros de la misma procedencia.

No habiéndose restituido ninguna otra cantidad a partir de esa fecha, el acusado de los 961.106,88 euros recibidos por parte de TLC mediante pagarés, destinó al pago de impuestos de TLC únicamente 187.996,16 euros, reintegrando posteriormente 100.913,02 euros, por lo que finalmente dispuso de 672.197,70 euros desviándolos a fines ajenos a los encontrados.

SEGUNDO.

Para justificar la emisión de todos pagares y hacer suyos los importes recibidos como provisión de fondos de manera definitiva, por indicación del acusado se confeccionaron diversas facturas en concepto de servicios especiales que carecían de contenido económico real al no haberse realizado por IG los trabajos profesionales de asesoría y auditoría para TLC que las justificaban.

Las facturas emitidas a dichos efectos fueron: las nº 00127 a 00656 del 1 de febrero al 15 de junio del año 2000; B22 de 31 de enero, B24 de 28 de febrero, B25 de 31 de marzo y B26 de 30 de abril del año 2001; E 17 el 31 de enero de 2002; el 14 el 31 de enero del 2003; y E 21 de 31 de enero del 2004."

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Condenamos a D. Constancio como autor de un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsificación en documento mercantil, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para el ejercicio de la prestación por cuenta propia o ajena de servicios de asesoramiento, estudio y gestión fiscal o contable durante el tiempo de la condena, multa de nueve meses con cuota diaria de 100 euros, con la responsabilidad en caso de impago prevista en el art. 53 del CP, y abono de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a la masa del concurso de acreedores de Talleres La Casilla la suma de 672.197,70 euros, con devengo de los intereses legales previstos en el art. 576 LEC.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de I.G Consulting Asociados, S.L."



www.civil-mercantil.com

Tercero.

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

Cuarto.

La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Recurso de Constancio

1º, 2º, 3º, 4º y 5º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por infracción de ley, debido a error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

6º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la CE , respecto al particular del relato de hechos probados que afecta a la calificación del delito de apropiación indebida.

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación los arts. 252 y 250.1.5 del CP .

8º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . denunciamos la infracción por indebida aplicación de los arts. 390.1.2 y 392 del CP .

9º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 28 a) del CP .

10º.- Amparo en el art. 849.1 de la LECrim ., se denuncia la infracción por inaplicación del atenuante de dilaciones indebidas del art. 24.6 del CP .

11º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación de los arts. 123 del CP y 240.2 y 239 de la LECrim .

Recurso de I.G Consulting Asociados, S.L.

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24.1 de la CE .

2º.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim . por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24 de la CE .

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . al haberse infringido, dados los hechos probados, el art. 252 en relación con el art. 250 del CP .

4º, 5º y 6º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por infracción de ley.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 24 de abril de 2014.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Constancio

Primero.

1.- En el primero de los cinco motivos dedicados a la denuncia de errores de valoración probatoria se invoca como documentos casacionales los dos dictámenes periciales (Doña Rosa y D Jose Miguel) que exigirían la inclusión como hecho probado un enunciado, omitido en la declaración de los tenidos por tales, que exprese que la contabilidad de la entidad del querellado contabilizó, en lo esencial, las facturas como "prestación de servicios", incluyéndose las de la empresa de la parte acusada, remitidas a la parte querellante, en los libros registros de aquélla como emitidas y, en paralelo, también figuran en los libros registro de la empresa de la parte querellante, la cual las declaró como gasto a efectos fiscales. (impuesto de sociedades e IVA).

Y que aparece contabilizado un total pago mediante "pagarés" en la contabilidad de la querellante equivalente al importe de las facturas registradas.

La relevancia de tales datos, en la tesis del motivo, devendría de su valor como base para inferir la concurrencia o no de los presupuestos del delito imputado.

2.- Por lo que se refiere a los presupuestos y requisitos de este motivo de casación recordábamos en nuestra STS 1024/2013 de 19 de diciembre , STS 655/2013 de 17 de julio , citando la STS nº 1160/2011 de 8 de noviembre que son los siguientes:

a) El presupuesto del que ha de partirse es que haya habido un error en la construcción del "factum", incluyendo extremos no acontecidos o excluyendo otros sucedidos. El motivo de casación fundado en error en la valoración de la prueba admite, no solamente la exclusión de afirmaciones que se estimen erróneas, sino también la inclusión de afirmaciones omitidas en la sentencia contra la que se recurre.

b) Su ámbito lo indica el precepto invocado cuando exige que el error sea puesto de manifiesto por un documento que, si en la redacción hoy vigente no se exige que sea fehaciente, no puede estar en contradicción con cualquier otro medio de prueba.

La razón de tal excepción es, precisamente, que tal medio de prueba puede ser valorado con inmediación por el Tribunal de casación. Es decir que la posición de éste en la recepción de ese elemento de juicio se produce en identidad de condiciones que las que caracterizaban su recepción por el Tribunal de la instancia.

c) Los requisitos son:

1º.- Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección).

Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: 1ª) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de



www.civil-mercantil.com

un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y 2ª) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero , 1224/2000 de 8 de julio , 1572/2000 de 17 de octubre , 1729/2003 de 24 de diciembre , 299/2004 de 4 de marzo , 417/2004 de 29 de marzo).

Aún debe añadirse otra importante advertencia, como recordábamos en la sentencia antes citada, y es que la excepcional reconducción del informe o informes periciales a la categoría equivalente a la prueba documental no abre la vía para una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe documentado. Por ello, si el Tribunal de instancia ha puesto en relación tales enunciados con los producidos por otros medios de prueba, o cuestiona la conclusión reflejada en el dictamen escrito, por atender al resultado de sometimiento de los peritos autores del dictamen a contradicción en el juicio oral, ese dictamen emitido con anterioridad pierde la excepcional habilitación como documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

2º.- Que el Tribunal de Casación no tenga que valorar al tiempo otros medios de prueba de naturaleza personal en los que la inmediación resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

3º.- Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias , es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen lo que se conoce por "litero suficiencia". Por lo que se refiere a los presupuestos y requisitos de este motivo de casación recordábamos en nuestra STS 1024/2013 de 19 de diciembre , STS 655/2013 de 17 de julio , citando la STS nº 1160/2011 de 8 de noviembre que son los siguientes:

a) El presupuesto del que ha de partirse es que haya habido un error en la construcción del "factum", incluyendo extremos no acontecidos o excluyendo otros sucedidos. El motivo de casación fundado en error en la valoración de la prueba admite, no solamente la exclusión de afirmaciones que se estimen erróneas, sino también la inclusión de afirmaciones omitidas en la sentencia contra la que se recurre.

b) Su ámbito lo indica el precepto invocado cuando exige que el error sea puesto de manifiesto por un documento que, si en la redacción hoy vigente no se exige que sea fehaciente, no puede estar en contradicción con cualquier otro medio de prueba.

La razón de tal excepción es, precisamente, que tal medio de prueba puede ser valorado con inmediación por el Tribunal de casación. Es decir que la posición de éste en la recepción de ese elemento de juicio se produce en identidad de condiciones que las que caracterizaban su recepción por el Tribunal de la instancia.

c) Los requisitos son:

1º.- Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección).



www.civil-mercantil.com

Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: 1ª) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y 2ª) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8 de febrero , 1224/2000 de 8 de julio , 1572/2000 de 17 de octubre , 1729/2003 de 24 de diciembre , 299/2004 de 4 de marzo , 417/2004 de 29 de marzo).

Aún debe añadirse otra importante advertencia, como recordábamos en la sentencia antes citada, y es que la excepcional reconducción del informe o informes periciales a la categoría equivalente a la prueba documental no abre la vía para una nueva valoración de la prueba pericial documentada, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe documentado. Por ello, si el Tribunal de instancia ha puesto en relación tales enunciados con los producidos por otros medios de prueba, o cuestiona la conclusión reflejada en el dictamen escrito, por atender al resultado de sometimiento de los peritos autores del dictamen a contradicción en el juicio oral, ese dictamen emitido con anterioridad pierde la excepcional habilitación como documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

2º.- Que el Tribunal de Casación no tenga que valorar al tiempo otros medios de prueba de naturaleza personal en los que la inmediación resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

3º.- Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias , es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen lo que se conoce por "littero suficiencia".

4º.- Que tal modificación sea trascendente para la subsunción es decir que por su relevancia la resolución recurrida deba modificarse en el sentido de su parte dispositiva, al menos en parte.

Pueden verse, entre otras las Sentencias de este Tribunal Supremo núms. 248/09 de 11 de marzo , 440/09 de 30 de abril , la de 27 de mayo de 2009 y la nº 807/2009 de 13 julio .

3.- Cabe admitir que el requisito procesal, para proclamar el error que postula el motivo, constituido por la denominada literosuficiencia del documento invocado, se contrae al dato de hecho cuya concurrencia se postula. Pero el requisito de la relevancia ha de referirse ya al dato de hecho que, con la modificación del resultado probatorio, se pretende fundar.

En el presente caso la sentencia de instancia, aún cuando no lo exprese en el apartado de hechos probados, no niega aquella constancia contable paralela que postula el recurrente. Sino que los valora como demostrativos del delito que imputa. Así afirma (pág. 22) la sentencia que los asientos en la contabilidad de TLC los lleva a cabo el acusado precisamente para impedir posteriores reclamaciones a IG por parte de la parte querellante. Afirmación que se



www.civil-mercantil.com

sitúa en el contexto probado que afirma la sentencia de que la contabilidad de TLC era de hecho confeccionada precisamente por la empresa del querellado IG. Lo que justifica ampliamente en ese mismo lugar de la sentencia.

Por todo ello hemos de concluir que el motivo no puede ser acogido pues ni añade hecho contrario a los que justifican la decisión de la sentencia ni, en cuanto al que es objeto del proceso el título por el que se entrega el dinero al querellado, tiene ninguna relevancia.

Segundo.

1.- En el tercero de los motivos, por renuncia del segundo, y por el mismo cauce casacional del anterior, se denuncia que el documento que se invoca libro mayor de la empresa querellante no expresa que las facturas se refieran a pago de impuestos o a provisión a tal fin.

Interesa que tal ausencia de expresión específica se incluya como hecho probado, ya que su relevancia, aunque indirecta, no es menor, pues constituye base desde la que se podría inferir la credibilidad de la tesis del acusado y la correlativa incredibilidad de la de la acusación.

2.- Cabe aquí dar por reproducido lo que dijimos en el motivo anterior. Como el recurrente indica, la relevancia de este dato estriba en su funcionalidad de base para inferir el título de la entrega del dinero que se declara apropiado.

Pero esa conclusión, en cuanto a tal hecho objeto del proceso, encuentra otros avales probatorios; y tampoco en este caso puede decirse que la sentencia parta de la inexistencia del hecho que se pretende sea incluido entre los enunciados como probados.

De ahí la irrelevancia del dato y con ello la inadmisibilidad del motivo.

Tercero.

1.- En el cuarto motivo, por el mismo cauce casacional, pretende que se declare que no fue el acusado recurrente el que recibió el importe de los pagarés, como proclama la sentencia, sino que los citados instrumentos de pago fueron librados a favor de la sociedad IG, siendo ésta quien los "cobró".

La relevancia de tal dato derivaría de que no era el recurrente quien ostentaba facultades dispositivas, sino esa sociedad y, dentro de ésta, otra persona tenía las facultades dispositivas.

2.- Nuevamente el dato de hecho que se dice a incluir que fue la empresa del querellado y no éste quien adquirió en su patrimonio el dinero procedente de la empresa de la parte querellante resulta irrelevante a los efectos de decidir sobre el hecho objeto del proceso el título de tal entrega y la imputación al querellado. En efecto, la declaración de hechos probados lo que dice es que era el acusado la persona que mantuvo los contactos con la parte querellante, y que los servicios los prestaba a través de la mercantil. También proclama probado que fue el acusado quien dispuso a fines ajenos a los encomendados del dinero recibido de TLC.

Y ese es el hecho a probar como fundamento de la imputación. Compatible con que fuese el patrimonio de la mercantil del querellado la titular del dinero a ella destinado.

Cuarto.

1.- Finalmente en el motivo quinto, también como error denunciado al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se indica que la escritura pública de



www.civil-mercantil.com

constitución de la sociedad IG menciona a otra persona como Consejero Delegado, que es la que aparece firmando los documentos fiscales de liquidación de impuestos.

2.- Ese dato es compatible con el hecho que se declara probado atribuyendo al acusado recurrente los actos de material recepción y efectiva disposición de hecho del dinero objeto de apropiación. De ahí también la irrelevancia de hacer figurar aquel contenido de la escritura de constitución de IG como dato probado. No discute el motivo la afirmación de la sentencia que declara que el acusado era el Presidente del Consejo de Administración de IG.

El motivo se rechaza.

Quinto.

1.- En el motivo sexto, ya al amparo del art 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , siquiera hubiera sido más adecuado invocar el ya vigente artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Además de reprochar a la sentencia de instancia que dedique un amplio espacio más a dar cuenta de lo reportado por cada medio de prueba que al análisis crítico de tales enunciados, proclama el motivo la insuficiencia de la prueba practicada para enervar aquella garantía constitucional.

Si ciertamente cabe contraponer, admite el motivo, las dos diversas declaraciones de cada una de las partes, acusadora y acusada, estima que no existen elementos objetivos comprobables que justifiquen la preeminencia de una y u otra de las versiones.

Deriva ello en una situación de lo que denomina duda objetiva que, desde aquella garantía constitucional reclama la absolución del acusado.

Y eso en relación al presupuesto fáctico esencial objeto de discusión: si el dinero entregado a la empresa del acusado lo fue como provisión de fondos para pago de impuestos o, como sostiene el recurrente, para pago de servicios especiales convenientemente facturados.

Cuestiona la credibilidad del querellante, al vincular su denuncia a la presión que para aquellos implicaba la apertura de una causa penal por delito fiscal, indica los vestigios contables de las entregas de dinero, a que hizo referencia en los motivos anteriores, como base para inferir que está avalada su tesis alternativa (pago de servicios específicos ajenos al contrato de iguala), y el dato de que la entidad querellante alegase tales pagos como gastos desgravables en los impuestos de sociedades e IVA.

Al mismo tiempo critica la razonabilidad de las inferencias asumidas por la sentencia de instancia en orden a declarar inexistentes tales servicios especiales como facturables.

2.- La garantía constitucional de presunción de inocencia nos emplaza en la casación al examen de la decisión recurrida que permita establecer si su justificación de la condena parte de la existencia una prueba y de su validez , por haber sido lícitamente obtenida y practicada en juicio oral conforme a los principios de inmediación , contradicción y publicidad y de contenido incriminatorio , respecto de la participación del sujeto en un hecho delictivo Debe constatar así la inexistencia de vacío probatorio.

Constatada la existencia de prueba, el juicio de su valoración por la instancia ha de venir revestida de razonabilidad , en el establecimiento de los hechos que externamente la justifican, y de coherencia, conforme a lógica y experiencia de las inferencias expresadas a partir de aquéllos, en particular cuando la imputación se funda en hechos indiciarios.



www.civil-mercantil.com

A lo que ha de añadirse que la inferencia sea concluyente , en cuanto excluye alternativas fundadas en razones objetivas razonables.

En cuanto al control de la razonabilidad de la motivación, con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, importa que aquellas conclusiones puedan aceptarse por la generalidad, y, en consecuencia, la certeza con que se asumen pueda tenerse por objetiva . Lo que exige que partan de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por premisas correctas desde la que las razones expuestas se adecuen al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".

El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados y los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados. Siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC nº 117/2007).

Si bien la objetividad no implica exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las objeciones a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten dudas razonables sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

3.- La sentencia recurrida justifica su conclusión respecto al título de la entrega de dinero al querellado la realidad y cuantía de la entrega no se discute explicando las razones por las que no estima que existieran los trabajos especiales a que se refieren las facturas emitidas. Se apoya en lo manifestado por testigo fuera de sospecha como el inspector de Hacienda D. Felix que considera irrelevante la asesoría en relación con el expediente en que intervenía el testigo; en la falta de aportación de la documentación que reflejase aquellos trabajos; la no proposición de testigos que intervinieran materialmente en los trabajos de dichos servicios especiales; otros informes como el de la inspectora que informó como perito Sra. Magdalena manifiestan que no detectaron ningún informe o auditoría interna para TLC, y ningún testigo,



www.civil-mercantil.com

integrado en IG a salvo la Sra. Camino ha confirmado la existencia de tales trabajos especiales. Justifica la sentencia la poca credibilidad del testimonio de Doña. Camino en cuanto a la existencia y coordinación de un equipo de personas en relación a los negados servicios especiales facturados.

Examina también la prueba en relación con los alegatos de la defensa. Así advierte de la irrelevancia de la paralela constatación de partidas en sendas contabilidades de querellante y querellada, como dejamos antes advertido, por señalar que era precisamente IG quien controlaba la confección de la contabilidad de TLC, premisa de aquella inferencia, que tiene por justificada partiendo de los datos que la sentencia expresa. Entre otros múltiples particulares enfatiza la falta de especificación en la contabilidad, en que se reflejan las facturas, del tipo de trabajo a que concernía.

Ya en el fundamento jurídico cuarto, más centrado en el aspecto de justificación de conclusiones, partiendo de la prueba examinada en el fundamento anterior, expresa la falta de credibilidad que le merecen las afirmaciones exculporias. En particular destaca que no es acorde a experiencia ni lógica aceptar que cuando TLC tiene pendiente una fortísima deuda tributaria por el ejercicio 95/97 aceptase invertir en costes de asesoramiento una cantidad equivalente al importe de la deuda tributaria pendiente de pago. E igual falta de conformidad con pautas de lógica y experiencia es proclamar la existencia de tales trabajos sin conservar los documentos que la reflejen. O que en los modelos 347 de declaración a Hacienda se detecten la ausencia de constataciones de operaciones relativas a esos servicios especiales en ejercicios de 2000/2001 y en buena parte en el del 2002. Todo lo cual contrapone a la conformidad con aquellos parámetros de experiencia y lógica de la actitud de los querellantes al confiar en el asesor, haciéndole las provisiones para pago de impuestos, que ahora se dicen distraídas de su destino, con correlativa quiebra de la confianza depositada.

4.- Pues bien, tal estructura argumental de la sentencia implica una justificación que es incuestionable desde las ya citadas pautas de lógica y experiencia, por lo que puede aceptarse por la generalidad como correcta. Y como acreditadas deben tenerse también las bases desde las que se formulan las inferencias: datos percibidos por su presencia en documentos o la falta de tales datos también en esos documentos. También de los afirmados por testigos, o la falta de testimonios cuya no presentación por la parte acusada es razonablemente ilustrativa de que, pese a su disponibilidad por aquélla y de que podrían hacer manifestaciones pertinentes al objeto del proceso, no corroborarían sus alegaciones.

Indiscutida la validez de los medios probatorios y el abundante sometimiento de los mismos en el juicio oral a los principios de contradicción y publicidad, hemos de convenir en que la conclusión probatoria de la sentencia de instancia satisface plenamente el canon constitucional impuesto por la garantía de presunción de inocencia.

Y la tesis alternativa extensamente defendida por la defensa, no contó en el juicio oral con los medios probatorios que pudieran insertar, en aquella argumentación de la acusación, bases para justificar una duda razonable en la imputación, menos aún para acarrear certeza, por lo demás innecesaria, en la veracidad de la tesis defensiva.

Sexto.

En el séptimo motivo la queja se formula al amparo del art 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando una infracción de ley penal por estimar que, de estimarse los anteriores motivos, el resultado probatorio no permitiría subsumirlo en el tipo penal de la apropiación indebida.



www.civil-mercantil.com

La desestimación de los motivos a cuyo éxito este motivo se condicionaba, acarrea también su desestimación

Séptimo.

1.- El motivo octavo, por el mismo cauce del anterior, remite la queja de infracción legal a la aplicación del tipo penal de falsedad, siquiera ahora partiendo, tal como exige el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del mantenimiento de los hechos probados que se formula en la sentencia de instancia, incluyendo lo que se afirma en el fundamento jurídico cuarto de ésta.

Parte el recurrente de que la falsedad documental ideológica, si bien no ha sido totalmente erradicada por el Código Penal de 1995 exige que su creación ex novo se lleve a cabo con datos inveraces sobre una realidad que, aunque simulada, no existe en modo alguno, porque el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno se creó solamente de modo aparente. Lo que, en el caso de las facturas, sigue el recurrente afirmando para recoger la doctrina jurisprudencial, requiere que se trate de una factura "incierto en su totalidad" sin que ninguno de sus conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada.

Estima el recurrente que en este caso la propia sentencia de instancia, eso sí en sede de fundamentación jurídica, proclama que existe una cierta relación entre "los trabajos desarrollados y facturados", por más que el valor de éstos sea estimado inferior al importe de la facturación.

La contradicción es, sigue considerando el motivo, subsanable ahora a medio de este recurso, lo que determinó que no se formulara otro de quebrantamiento de forma al amparo del art 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva que la cifra de lo facturado no sea justificable no quiere decir que la factura no refleje una operación real. De ahí la atipicidad del documento.

2.- Hemos establecido, en efecto, en Sentencias, entre otras la STS nº 1159/2010 de 27 de diciembre que resulta doctrina consolidada la que ya establecimos en la Sentencia de esta Sala nº 1302/2002 de 11 de julio, conforme a la cual la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º. Y así lo hemos reiterado en la sentencia TS núm. 324/2009, de 27 marzo en la que dijimos que constituye falsedad, la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno (cfr. Sentencias núm. 1212/2004, de 28 de octubre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; núm. 37/2006, 25 de enero; o núm. 298/2006, de 8 de marzo).

Pero también hemos advertido, y recordamos ahora, que es igualmente constante la doctrina que exige que el documento mendaz debe entrar en el tráfico jurídico. De ahí que en la casuística jurisprudencial la sanción penal de los comportamientos que se refieren a facturas falsas, la confección de las mismas va vinculada a otros actos diversos de la mera confección, o incluso posesión por el confeccionador. Sentencia nº 1188/2009 de 19 de noviembre, núm. 813/2009 de 7 julio, nº 584/2009 de 25 de mayo.

Pero, cuando la descripción del hecho probado se limita a dejar constancia de que se elaboraron unas facturas es decir unas manifestaciones de voluntad, consistente en servir de



www.civil-mercantil.com

vehículo a una pretensión de cobro de su autor frente a terceros, por sí solo, no describe ningún Factum, de manera que no cabe decir que los documentos (facturas) que recogían la voluntad de cobrar una transmisión de mercancía que no había ocurrido lo que por su propia naturaleza no puede ser calificado en términos de verdadero o falso, no consta que fueran utilizados de tal manera que asumieran la función probatoria ni de ese acto al que concernían, ni, menos aún, del percibo de la cantidad reclamada. Ese acantonamiento todavía en el ámbito privado del sujeto que los creó, y, por ello, la falta de efectiva entrada en el tráfico jurídico, impide valorar como típica la conducta que se declara probada por esa la insuficiencia de la descripción en la sentencia recurrida.

Ahora bien, como decíamos en la STS nº 784/2009 de 14 de julio , recordando la doctrina de la STS nº 704/2002 de 22 de abril , 1647/1998, de 28 de enero de 1999 y 1649/2000, de 28 de octubre , entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2 y 4 del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999 .

Posteriormente se reiteró la subsistencia de tipicidad, tras el Código Penal de 1995 de algunas modalidades de falsedades denominadas ideológicas cometidas por particulares, así en la Sentencia de este Tribunal núm. 894 de 17 de diciembre, dijimos la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 24 enero 2002 , recuerda la subsistencia de algunas falsedades denominadas doctrinalmente ideológicas. La falsedad ideológica del particular continuará siendo típica bajo el Código Penal de 1995 (art. 390.1.2) cuando el documento, las facturas "...constituyen una ficción total, simulando la creación de documentos mercantiles inexistentes, con suficiente apariencia de credibilidad para inducir a error a las sociedades de leasing a las que iban destinadas..." La función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido.

Relevantes en la misma línea han sido la Sentencia 1/1997 de 28 de octubre y las de 25 de junio y 14 de diciembre de 1999: De éstas últimas , como recuerda la de 24 de enero de 2002 , "...parece emerger un nuevo criterio para demarcar la frontera entre la pura falsedad ideológica impune -faltar a la verdad en la narración de los hechos-, y la simulación de documento encuadrable en el art 390.1.2: cuando la autenticidad se refiere al origen creador del documento. Y así, se dice: si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él, su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el núm. 2.º del art. 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número cuarto del art. 390 del CP en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de febrero de 1999 , recordada entre otras muchas en las Sentencias de este Tribunal 900/2006 de 22 de septiembre y 63/2007 de 30 de enero , se acordó mayoritariamente que la confección completa de un documento mendaz, que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e



www.civil-mercantil.com

inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2 del CP, optando por tanto por una interpretación lata del concepto de autenticidad.

En esa línea se sitúa ya la Sentencia 2028/2002 de 2 de diciembre, en que estima típico el comportamiento de confección de albaranes cuyo contenido era íntegro y radicalmente mendaz creando de ese modo un instrumento mercantil "ex novo" que simula una relación jurídica absolutamente inveraz.

Y lo que los hechos probados dicen es que no existen en absoluto las obras cuyo precio se reclama a través de las facturas tachadas de falsas. Y eso es precisamente lo que el tipo penal del artículo 390.1.2º del Código Penal tipifica, conforme a la doctrina que dejamos expuesta. Entre las citadas antes puede consultarse, por la proximidad de la conducta a la aquí enjuiciada, la 1649/2000.

3.- El hecho probado segundo proclama, por un lado, que las facturas emitidas por el concepto "servicios especiales" carecían de contenido económico real, y ello porque, dice la sentencia, no se habían realizado los tales servicios de asesoría y auditoría que las justificaban. Y, por otro lado, además de narrar que se llevaron a cabo asientos contables al respecto, con tales facturas se justificaba la emisión de pagarés haciendo suyos los importes por el acusado.

Tales premisas predicen la mendacidad de lo que la factura proclama, más allá de la mera manifestación de voluntad, y la plena entrada de tales documentos mendaces, en el tráfico jurídico.

Además la mendacidad es absoluta. La alegación del recurrente sobre la existencia, siquiera parcial, de los trabajos facturados quiere fundarse en los matices al relato fáctico que cree encontrar el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida. Pero ahí se confunde la facturación por el concepto de iguales con la facturación por el concepto servicios especiales. Las enumeradas en el hecho probado segundo no consta que se refirieran a esas actividades diversas de las incluidas en la iguala.

El recurrente interpreta mal el sentido del discurso del fundamento jurídico cuarto de la sentencia. En el mismo se describen actividades de los años 2000 y siguientes. Y también se dice que la Sala ha examinado las tres carpetas AZ. Y añade que este examen "no es sugestivo de un importante trabajo subyacente". Pero lo que no dice es que de ello derive que la facturación relatada en el hecho probado, meramente sea "excesiva". Lo que dice es que aquellos trabajos que relata, por su escasa importancia precisamente, no justifican que se facturen como algo "además de las cantidades ya facturadas mensualmente como iguales". Es decir que las facturas relacionadas en el hecho probado no responden a ninguna operación o servicio y que los existentes ya se facturaron como iguales.

Conclusión: las facturas van más allá de la mera manifestación de voluntad del emisor, se les hace actuar como medios de prueba en el tráfico jurídico, con la trascendencia de justificar el cobro de pagarés en concepto diverso de aquél para el que se emitieron tales instrumentos de pago y no respondían a ninguna relación o servicio real. De ahí que constituyan el tipo penal de falsedad imputado

El motivo se rechaza.

Octavo.

1.- En el motivo noveno se insta la casación de la sentencia por considerar que el recurrente no debió ser considerado autor del delito de apropiación indebida ya que, tal como



www.civil-mercantil.com

había interesado al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , debió estimarse probado que no disponía de facultades para decidir el destino del dinero recibido.

2.- La sentencia manifiesta que fue el Sr. Constancio quien en algunas ocasiones hizo frente a los pagos de los impuestos a cargo del querellante. Y que fue a él a quien acudió el querellante D. Melchor para pactar las actuaciones a seguir a principios del año 2000. Y es ese acusado el que hace el relato pormenorizado de los acontecimientos, sin que, en ningún caso, se narre la intervención del Consejero Delegado a que se refiere el recurrente. Aún más, se dice en el fundamento jurídico tercero que el recurrente manifestó que, para llevar a cabo la facturación, se reunía el personal que intervenía y que lo evaluaban la Sra. Camino y él como gerente.

Con tal argumentación justifica la sentencia lo que en sede de hechos probados declara: que el acusado que quien decidió el destino de lo percibido de la parte querellante. Premisa que no pudo ser modificada en el motivo intentado al efecto por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

No niega en todo caso el recurrente que era el Presidente del Consejo de Administración

Por todo ello no cabe estimar vulnerado el artículo 28 del Código Penal tal como invoca el motivo, que se desestima.

Noveno.

El motivo noveno pretende que sea modificada la sentencia de la instancia por estimación de la atenuante de dilaciones indebidas, incluso como muy cualificada.

La queja se funda en que no existía una complejidad que justificase las diversas tardanzas que, en este recurso enumera de manera concreta.

Ahora bien, la sentencia reprochaba al acusado no haber formulado esa concreción de trámites específicos retrasados en su resolución. Y, en efecto, tal omisión incidía en las posibilidades de contradicción en el momento del procedimiento en que tal debate procedía, que era el juicio oral.

Pero, aún obviando tal defectuosa defensa en la instancia, lo cierto es que la tesis del recurso tampoco puede acogerse. En primer lugar porque los periodos señalados como de lentitud no superan aisladamente el concepto de mero incumplimiento procesal que es ajeno al contenido de la atenuante. Esta requiere una duración extraordinario en la dilación denunciada que, por lo dicho, aquellas concretas ralentizaciones no superan. Tanto más si no se indica que las tardanzas en las resoluciones demoradas implicaron o no la paralización del procedimiento, en la medida que aquéllas son compatibles con la continuación de éste en relación a otras actuaciones.

Pero es que, en segundo lugar, la atenuante exige falta de justificación y la sentencia de instancia enumera los diversos motivos que determinaron la lentitud que se denuncia.

Finalmente cabría añadir que la pena impuesta no supera la primera mitad de la que podía imponerse, lo que haría intrascendente la estimación del recurso ya que, en modo alguno, cabría atribuir a la atenuante el carácter de muy cualificada a la vista de las anteriores consideraciones.

Décimo.

Finalmente el recurrente denuncia la falta de motivación en la imposición de las costas de la acusación particular, quejándose de la falta de motivación acerca de su no irrelevancia.



www.civil-mercantil.com

Pero lo cierto es que la imposición de aquéllas al penado constituye la regla de la que la irrelevancia como causa de exclusión es la excepción.

En la STS 41/2013 de 23 de enero , decíamos entre otros particulares y en lo que aquí interesa que es doctrina jurisprudencial que:

2).- La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil.

3).- La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia.

4).- Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado.

A falta pues de la justificación por el gravado de aquella imposición, la condena debe considerarse atinadamente impuesta y el motivo rechazado.

Recurso de I.G Consulting Asociados, S.L.

Undécimo.

1.- Pretende esta recurrente que la sentencia de instancia ha sido dictada por Tribunal en el cual algunos de sus componentes se hallaban incurso en causa objetiva que legitimaba la sospecha de su parcialidad. Aquélla vendría constituida por su intervención en otra causa penal en la que los aquí querellantes eran imputados por razón de delito fiscal.

En resolución dictada en ese otro procedimiento se habría dictado por quienes forman parte del que dicta la sentencia origen de este recurso, resolución en apelación, anulando la decisión del Juzgado de lo Penal en la que aquéllos decidían exigir expresa motivación de la decisión de éste de no suspender el juicio pese a la coexistencia del procedimiento seguido por el objeto procesal origen de este recurso de casación. Lo que podría en evidencia la relación entre los respectivos objetos procesales de ambos procedimientos.

A mayor abundamiento el Tribunal que dicta la sentencia aquí recurrida ha tomado en consideración datos derivados del testimonio de aquel otro precedente procedimiento, seguido por delito fiscal contra los aquí querellantes.

2.- Debemos comenzar por recordar la doctrina sobre esta garantía que el Tribunal Constitucional sitúa dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española .

Dice en su STC nº 149/2013 de 9 de septiembre de 2013 que: "dentro del concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él" (por todas STC 47/2011 de 12 de abril , FJ 9). Con tal condición se "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso" (STC 313/2005, de 12 de diciembre , FJ 2). Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor" (STC 11/2000 de 17 de enero , FJ 4).



www.civil-mercantil.com

El mecanismo de la abstención permite que se aparte del conocimiento de un asunto el juez que pueda resultar mediatizado por convicciones previas y el de recusación confiere a la parte la posibilidad de instar tal apartamiento si estima que el juzgador ya tiene formado un previo juicio sobre la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, advierte el Tribunal Constitucional: No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que "la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador." (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 4, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

d) Tales dudas resultan de "la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación" (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan), o del presupuesto por el que son "constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento" (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan). Ahora bien, "no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela" (STC 11/2000, FJ 4), pues el Juzgado "tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones ... Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los arts. 637 y 641 de la Ley (SSTC 34/1983, fundamento jurídico 1 y 2, y 40/1988, fundamento jurídico 3)." (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 17). Tampoco "consideramos lesionado al derecho a la imparcialidad del juez en el caso de revocación del sobreseimiento acordado por una Sala unipersonal cuando el enjuiciamiento correspondió a una Sala de tres Magistrados" (STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5). Igualmente no quiebra la imparcialidad cuando el Juez instructor de la causa se limita únicamente a formar parte de la Sala que dicta una providencia de mera ordenación del procedimiento que nada decide, ni en lo concerniente a los aspectos materiales o de fondo del citado recurso de apelación (STC 238/1991, de 12 de diciembre, FJ 3), o cuando únicamente se "ejerció un control de estricta legalidad sobre la regularidad procedimental de la actuación investigadora, acordando su corrección, por razón de la palmaria contradicción de la resolución apelada con la anterior resolución firme del Juzgado ordenando la apertura de diligencias previas" (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3).

3.- En el caso que ahora examinamos la intervención de los Magistrados cuestionados en su imparcialidad ha sido en posición en nada equiparable a la de parte, sino como juzgadores terceros. Por otro lado, la parte recurrente no ha podido explicar en qué medida la decisión previa, sobre la procedencia de la suspensión o no del juicio seguido en la causa precedente por el Juzgado de lo Penal, referida a la culpabilidad de los aquí querellantes implicaba una toma de posición respecto a la culpabilidad de los aquí querellados.

Por ello debemos decir que falta razones objetivas que legitimen la arbitraria sospecha que la parte manifiesta sobre la ausencia de prejuicio predeterminante en los juzgadores de instancia.



www.civil-mercantil.com

Tampoco indica la recurrente que en tiempo oportuno intentara una recusación, pese a constarle la supuesta causa de la misma. Lo que indica que la parte no albergaba tales sospechas de parcialidad.

El motivo se rechaza.

Duodécimo.

1.- En el segundo de los motivos reitera la línea impugnativa ya formulada por el penado, denunciando la supuesta vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Como éste, centra el debate en la condición con la que se hizo entrega de los pagarés al acusado. Reitera también que esa finalidad fue la de satisfacer el importe de servicios especiales diversos de los devengados por los pactados en el sistema de iguala.

De ahí que la facturación no deba tildarse tampoco de falsa.

Nada relevantes se añade a la retórica argumentadora del penado en su ya rechazado paralelo motivo de casación. A salvo la reiteración sobre la sospechas de parcialidad.

2.- Si respecto a esto basta con remitirnos al fundamento anterior, en lo que concierne a la prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, nada añade la referencia a la exclusividad en la capacidad de la parte recurrente para obtener un trato fiscal favorable para los querellantes. La sentencia da buena cuenta de tal argumento al apoyarse en los testimonio de los inspectores fiscales. Como también lo da respecto a la fuerza indicaría de las constataciones contables de las facturas, al dejar en evidencia que era el acusado quien controlaba la materialización de los soportes contables de la parte querellante. No siendo acreditada la trascendencia, para evidenciar vacío probatorio, la fecha de efectiva elaboración de las facturas alegada por esta recurrente que omite exponer en qué podría consistir aquélla.

En lo demás, en cuanto reitera lo ya expuesto en el otro recurso, nos remitimos a lo allí dicho para rechazar también éste.

Decimotercero.-

1.- El tercero de los motivos pretende limitarse a la denuncia de un error de subsunción de los hechos, tal como se declaran probados en la norma del artículo 252 en relación con el art 250 del Código Penal como delito continuado, por lo que insta la casación al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Parte el recurrente de que ya de estarse al momento en que puede estimarse constatada la cantidad apropiada, situando aquél en el final de la relación profesional. Es entonces y sólo entonces cuando se habría cometido el único delito de apropiación.

De la misma manera que solamente cabe entender cometido el delito de falsedad como delito único y no continuado, ya que todos los documentos habrían sido elaborados en un único momento.

Ni cabe hablar de delito agravado del nº 1 del artículo 250, ya que lo apropiado no consiste en vivienda o bienes de primer a necesidad.

2.- Basta leer el hecho probado para poner de manifiesto la falta de adecuación de lo afirmado como allí narrado con lo que efectivamente allí se narra.



www.civil-mercantil.com

La sentencia declara que los diversos pagarés fueron hechos efectivos a sus respectivos vencimientos y las facturas fueron emitidas en plurales y sucesivos diferenciados momentos.

La continuidad es incuestionable. Por otra parte una cosa es que el final de la relación fuera el momento en que se lleva a cabo la reclamación de lo antes apropiado, con ocasión de hacerse efectivos los pagarés, y otra que se confunda el tiempo de la cuantificación de lo que se reclama con la posibilidad de fijar lo apropiado en cada uno de aquellos precedentes momentos.

Tiene razón la parte al decir que el hecho no es susceptible de ser tipificado como la modalidad agravada del nº 1 del apartado 1 del Código Penal. Por eso la sentencia no hace tal calificación. Y por ello el alegato es gratuito.

El motivo se desestima.

Decimocuarto.

Con notable apartamiento de la hipótesis que justifica el uso del cauce procesal del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el motivo cuarto se denuncia lo que se considera "error en la valoración de la prueba" que se dice demostrado por documentos obrantes en la causa.

El primer presupuesto de tal medio de impugnación es identificar cual sería el enunciado fáctico de los incluido en la declaración de hechos probados que debe ser eliminado, sustituido o incrementado con un nuevo y diverso enunciado. Y ello porque el enunciado que se propone para sustituir o modificar resulte de un documento, sin que tal resultancia exija ningún tipo de reelaboración inferencial y, además, que no resulte contradicho por otros documentos.

Sin embargo lo que el recurrente pretende es que desde las páginas de la causa, que indica, se formulen argumentaciones que conduzcan a conclusiones de sentido contrario a las proclamadas en la citada descripción de hechos probados.

Dijimos en nuestras Sentencias 248/2009 de 11 de marzo y 383/2008 de 25 de junio que: Los requisitos exigibles para el éxito del motivo son indicados en la ley:

- a) Que el error se ponga de manifiesto por el contenido de un documento.
- b) Que la conclusión reportada por el documento no se encuentre en contradicción con el resultado probatorio obtenido partiendo de algún otro medio de prueba.

Para que concurra a) ha de exigirse.

1º.- que exista una patente contradicción entre el contenido del documento y el de la declaración de hechos probados, o bien una total ausencia en éstos del hecho que aquél documento exige proclamar. Como dice la Sentencia de esta Sala núm. 692/2007 de 16 de julio, si el documento es una representación gráfica del pensamiento, su enunciado debe entrar en patente contradicción con los enunciados de la sentencia. El cumplimiento de este requisito pone en evidencia el error del Tribunal al prescindir de lo que el mismo acredita.

2º.- El documento, como elemento de prueba, debe haber sido producido fuera de la causa. Por ello hemos negado sistemáticamente tal carácter a la que no es sino la mera documentación de actuaciones procedimentales o medios de prueba de naturaleza no documental. Entre lo que no se considera documento ha de incluirse: los informes periciales, salvo excepciones, las declaraciones de testigos o las de los imputados.



www.civil-mercantil.com

3º.- El documento no satisface los anteriores cuando no se basta por sí solo para evidenciar el error. El requisito de la literosuficiencia ha sido reiteradamente advertido, en nuestras resoluciones. Entre ellas en la Sentencia núm. 229/2007 de esta Sala de 22 de marzo , en la que se dijo que supone la frontal incompatibilidad de tal documento con lo reseñado en el relato histórico de la sentencia combatida, lo que se ha de detectar sin mayores comprobaciones ni complejas argumentaciones.

Por razón de b) no cabe a través de este cauce excepcional, ausente en la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta la reforma de 1933 , mudar la naturaleza de la casación para replantear la valoración del conjunto de los medios de prueba atendidos en la instancia. De ahí que si la conclusión de la sentencia recurrida encuentra aval en otro elemento de juicio diverso del documento invocado, la contradicción de ambos medios probatorios no puede resolverse en la casación por este cauce procesal.

Es constante nuestra jurisprudencia cuando niega el carácter de documento, a los efectos de este recurso de casación, a los que son mera documentación de actuaciones, ya de investigación, ya del procedimiento judicial. Como ocurre con los indicados más arriba que, a mayor abundamiento, nada acreditan ni desacreditan por sí solos.

La argumentación del recurso constituye el más nítido intento de mudar la naturaleza de este motivo procesal, como si de una segunda instancia se tratase.

Así expone abiertamente, como argumento, la contradicción derivada de declaraciones, o el texto inserto en el escrito de acusación. También intentan que a partir de determinados documentos (declaraciones fiscales referidas a determinados impuestos) se concluya lo que los querellantes conocían o no, cuando es obvio que eso no lo predica el documento sino el discurso sobreañadido por la parte a aquél. O se indica que documentos firmados por los querellantes (informes de gestión) predicen algo, que el motivo no explicita, pero que llevaría, se entiende, a la conclusión de que son sus tesis las acreditadas. Nada más lejos del cauce casacional elegido y así adulterado por el recurso.

Desde luego el motivo no individualiza cada enunciado a sustituir o incluir en directa vinculación con cada documento, sino que pretende que se asuma una conclusión global al respecto.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

Decimoquinto.

En el motivo quinto se insiste en el mismo cauce casacional del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Nuevamente se pretende estimar probado documentalmente, en el sentido casacional del documento a estos efectos, el conocimiento por TLC del pago de facturas a partir de documentos que se enumeran. Olvida nuevamente que el documento no acredita que la entidad de los querellantes tuviera tal conocimiento. Tanto más que la sentencia llega a conclusión diversa a partir de otros medios de prueba desde los que concluye que ni siquiera fueron los querellantes los que elaboraron los tales documentos.

Lo que acabamos de decir en el anterior fundamento jurídico es plenamente aplicable a la retórica justificación con la que se pretende la estimación de este motivo.

Decimosexto.

También en el sexto de los motivos se reincide en el mismo cauce casacional del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .



www.civil-mercantil.com

Aquí la recurrente pone énfasis en las conclusiones que, a su entender, cabe extraer del informe pericial del Sr. Carbonera. Y ello en lo que concierne a la posibilidad de que la contabilidad de IG fuera rehecha, concluyendo que, según dicho informe, debe partirse de que las facturas fueron emitidas, asentadas y declaradas en las fechas de su elaboración.

Olvida que los informes periciales solamente constituyen documento a los efectos de este motivo de casación cuando, siendo único o plural coincidente, la sentencia se aparta de lo que concluye de manera arbitraria. Es evidente que tales premisas no concurren en lo relativo a unidad y contenido idéntico.

En todo caso el enunciado que se propondría para incluir en la declaración de hechos probados, ni se indica en qué consistiría, ni tendría relevancia determinante de un fallo diverso.

El motivo era pues inadmisibile y, en este momento, rechazable, como se rechaza.

Decimosexto.

De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Constancio y la entidad "I.G. ASESORES Y ASOCIADOS" contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con fecha 8 de mayo de 2013 . Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recursos de casación.

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

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando 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.