



Roj: **STS 1270/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1270**

Id Cendoj: **28079120012013100205**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2013**

Nº de Recurso: **949/2012**

Nº de Resolución: **194/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LE 1503/2011,**
STS 1270/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de León Sección Tercera, de fecha 19 de diciembre de 2011 . Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrentes los acusados Jose Ángel y Juan Miguel , representados por la procuradora Sra. Torres Ruiz y como recurridos la acusación particular Baldomero y Dimas representados por el Procurador Sr. García-San Miguel Hoover. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de León instruyó Procedimiento Abreviado 104/10, por un delito societario continuado, contra Jose Ángel y Juan Miguel , y lo remitió a la Audiencia Provincial de León cuya Sección Tercera dictó en el Rollo de Sala 4/11 sentencia en fecha 19 de diciembre de 2011 con los siguientes hechos probados:

"Probado y así se declara:

1º) En fecha 22 de mayo de 2001, los acusados, Juan Miguel y Jose Ángel , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, constituyeron, junto con Baldomero , la sociedad mercantil "PACHA LEON, S.L." cuyo objeto social era la explotación de un establecimiento de ocio nocturno (discoteca) situado en esta ciudad, habiendo suscrito cada uno de los tres socios un 33% de las participaciones sociales, recayendo el nombramiento de administrador único en el acusado Juan Miguel y actuando igualmente como administrador de hecho y secretario de la Junta General su hermano Jose Ángel .

Desde la constitución misma de la sociedad hasta el año 2005, ambos acusados, amparados en su control mayoritario del capital social, incumplieron, de forma reiterada y sistemática, cuantas obligaciones les eran exigibles en orden a la rendición de cuentas al tercer partícipe de la sociedad Baldomero (de facto, minoritario), quien, por indicación de ambos acusados, había efectuado (al margen de la cantidad correspondiente a la suscripción de su participación en el capital social) una aportación al patrimonio social en concepto de préstamo ascendiente a 90.152,01 €, cuya devolución se haría efectiva en sucesivos pagos con cargo a la recaudación semanal del negocio social.

Así, entre los años 2001 y 2005, los acusados gestionaron la sociedad de forma absolutamente opaca sin facilitar información alguna sobre su marcha al partícipe minoritario, el cual nunca tuvo permitido el acceso a las dependencias de la discoteca destinada a oficina y únicamente obtenía informaciones genéricas y de palabra sobre el rendimiento de la empresa social.

Dicha opacidad encubría una gestión contable de la sociedad caótica y arteramente manipulada cuyos asientos no correspondían a la verdadera realidad del tráfico de la empresa y carecían de todo soporte documental, de suerte que las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil nunca reflejaron fielmente la situación de la sociedad al ser fruto de un ficticio ensamblaje de la realidad contable destinado a impedir que el socio minoritario descubriera las continuas irregularidades que ambos acusados protagonizaban en la confección de la contabilidad societaria.

A tal efecto, los acusados no dudaron en prescindir de convocar las Juntas Generales que hubiera correspondido celebrar en los ejercicios 2002 a 2005, limitándose a redactar y suscribir anualmente sucesivas certificaciones en las que, falsamente, se hacía constar la celebración de la Junta General así como la aprobación de las cuentas anuales con el voto unánime de los partícipes de la sociedad, certificaciones que posteriormente eran presentadas en el Registro Mercantil sin el conocimiento del partícipe minoritario a quien, por otra parte, nunca le fueron repartidos dividendos pese a que, entre los años 2002 a 2005, la sociedad obtuviera unos beneficios estimados de 22.153,32 ?

2º) Asimismo, mediante escritura pública de fecha 22 de mayo de 2001, ambos acusados constituyeron junto con Dimas la sociedad mercantil "HOSTELESA. S.L.", cuyo objeto social era la explotación de dos bares musicales denominados "Saxo" y "Mau Mau", habiendo suscrito igualmente cada uno de los tres socios un 33% de las participaciones sociales, recayendo, una vez más, el nombramiento de administrador único en el acusado Juan Miguel , actuando igualmente como administrador de hecho y secretario de la Junta General su hermano Jose Ángel .

Ambos acusados, de nuevo amparados en su control mayoritario del capital social, observaron idéntica conducta con el partícipe minoritario que la ya descrita en el anterior apartado del presente relato histórico respecto de Baldomero : una sistemática ocultación de la gestión y marcha de la sociedad destinada a encubrir la multitud de argucias con la que desfiguraban su contabilidad real al objeto de que las cuentas anuales no reflejaran fielmente la situación de la sociedad. Del mismo modo, el partícipe minoritario (al margen de la inversión correspondiente a la suscripción de su participación en el capital social) efectuó, en concepto de préstamo, una aportación en efectivo al patrimonio social ascendiente a 30.437,44 ?, sin que, una vez más, obtuviera una información mínimamente detallada sobre la situación y desenvolvimiento contable de la sociedad.

Así, al igual que ocurriera en la mercantil "Pachá León", los acusados prescindieron de convocar las Juntas Generales que hubiera correspondido celebrar los años 2002 a 2005, redactando anualmente sucesivas certificaciones falsas en las que, sin conocimiento del tercer partícipe, se hacía constar la celebración de la Junta General así como la aprobación por unanimidad de las cuentas anuales de la sociedad.

Tampoco en este caso el socio minoritario llegó a percibir dividendo alguno pese a que, sin embargo, la sociedad obtuviera entre los años 2002 a 2005 unos beneficios estimados de 37.795, 33 ?.

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

Que debemos condenar y condenamos a ambos acusados Juan Miguel y Jose Ángel como autores responsables de un delito societario continuado previsto en los artículos 290 in fine y 74 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 21.6ª del Código Penal , e imponemos a cada uno de ellos la pena de dos años, diez meses y 15 días de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante idéntico periodo , así como la pena de 11 meses y 15 días de multa con una cuota diaria de 12 euros con la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal .

Asimismo, debemos condenar a ambos acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a Baldomero en la cantidad de 97.535,71?, y a Dimas , en la suma de 43.034,62 ?.

Igualmente, condenamos a cada uno de los acusados al pago por mitad de un tercio de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de esta causa, declarando de oficio los dos tercios restantes".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la Procuradora Sra. Torres Ruiz en nombre y representación de Juan Miguel y Jose Ángel 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.

4.- La representación de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, de conformidad con el art. 852 de la LECrim , en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación de las normas de carácter sustantivo aplicadas. TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim , por indebida aplicación de normas



de carácter sustantivo en concreto los art. 131.3 y 132.2 del C.P . CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim . por indebida aplicación del art. 290 del C.P .QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . al existir error en la apreciación de la prueba. SEXTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim ., dado que los hechos probados en la sentencia aplican la predeterminación del fallo, y al amparo del art. 851.3 de la LECrim . por entender que no han sido resueltos todos los puntos.

5.- Instruidas las partes el Procurador Sr. García-San Miguel Hoover en nombre y representación de la acusación particular Baldomero y Dimas presentó escrito impugnando el recurso y asimismo el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 27 de febrero de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR . La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León condenó, en sentencia dictada el 19 de diciembre de 2011 , a Juan Miguel y Jose Ángel como autores responsables de un delito societario continuado, previsto en los artículos 290 *in fine* y 74 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a una pena, para cada uno de ellos, de dos años, diez meses y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante idéntico periodo , así como la pena de 11 meses y 15 días de multa, con una cuota diaria de 12 euros y con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal .

Asimismo, condenó a ambos acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a Baldomero en la cantidad de 97.535,71?, y a Dimas en la suma de 43.034,62 ?.

Contra la referida sentencia interpusieron recurso de casación ambos acusados, formalizando un total de seis motivos.

Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen al quebrantamiento de forma, para proseguir después por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia, y terminar, finalmente, por las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

PRIMERO. 1 . En el **motivo sexto** invocan los recurrentes, al amparo del art. 851.1º de la LECr ., el quebrantamiento de forma consistente en la consignación de conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo; y también la vulneración del art. 851.3º del mismo texto legal : no resolver todos los puntos planteados por la defensa.

2. En lo que respecta a la **predeterminación del fallo** , tiene establecido numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación que se contempla y proscribe en el art. 851.1º de la LECr . es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4 ; 1121/2003, de 10-9 ; 401/2006, de 10-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 131/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; y 449/2012, de 30-5 , entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues esta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2 ; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3 ; 249/204, de 26-2; 280/2004, de 8-3 ; 409/2004, de 24-3 ; 893/2005, de 6-7 ; 755/2008, de 26-11).



En el **caso enjuiciado** alega la defensa que la predeterminación concurre porque en el "factum" se afirma que los acusados llevaban " *una gestión contable de la sociedad caótica y arteramente manipulada cuyos asientos no correspondían a la verdadera realidad del tráfico de la empresa y carecían de todo soporte documental*".

Las expresiones que contiene ese párrafo de la premisa fáctica de la sentencia no puede decirse en modo alguno que tengan un contenido técnico-jurídico que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, sino que se trata de frases construidas con un lenguaje común, ordinario o coloquial que no pertenece a la terminología técnica de los expertos en derecho. Por el contrario, cualquier ciudadano puede entenderlas, dado que cualquier sujeto sabe lo que es una contabilidad caótica o manipulada.

Lo que sucede es que se trata de expresiones que contradicen la versión de los acusados, y de ahí que las cuestionen, pero porque determinan la condena y no porque presenten un carácter técnico jurídico definidor del tipo penal. Y lo mismo ocurre con la referencia a los acusados en plural ("ambos acusados"), sintagma que solo cuestionan los recurrentes por entender que uno de ellos, Jose Ángel , no intervino en los actos de la sociedad tildados de delictivos. Ello nada tiene que ver, es obvio, con un lenguaje técnico-jurídico que predetermine el fallo.

La tesis del recurrente no puede, por tanto, asumirse.

3. Y otro tanto puede decirse con respecto al segundo quebrantamiento de forma denunciado: no resolver todos los puntos que cuestiona la defensa (art. 851.3º de la LECr). Con ello se refiere la parte a la llamada **incongruencia omisiva** .

Sobre tal incongruencia señala la jurisprudencia de esta Sala que es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2º (SSTS 603/2007, de 25-6 ; 54/2009, de 22-1 ; 248/2010, de 9-3 ; y 754/2012, de 11-10).

Pues bien, en el escrito de recurso se queja la parte de que la Audiencia no haya incluido en su sentencia la ponderación del contenido de los 82 folios de documentación que aportó al inicio de la vista oral del juicio, en los que constarían las cantidades aportadas por los acusados a las sociedades, según la documentación bancaria y de otra índole que presentó al inicio de la vista oral del juicio.

Las alegaciones no se refieren, como puede fácilmente comprobarse, a la omisión de respuestas sobre pretensiones jurídicas de la parte recurrente, sino a la apreciación de la prueba y al resultado probatorio, que la defensa entiende que debió ser complementado con explicaciones sobre la prueba documental aportada en el plenario. Por lo cual, es claro que la impugnación de la parte por la vía procesal del art. 850.1º no puede atenderse, sin perjuicio de lo que se exponga al tratar del motivo quinto, que se refiere a la denuncia de error en la apreciación probatoria por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr .

El motivo sexto, por tanto, se desestima.

SEGUNDO . 1. En el **motivo primero** se invoca, con sustento procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En lo que atañe a la **tutela judicial efectiva** , comienza argumentando la defensa de los acusados con el principio acusatorio y la prohibición de indefensión, sin centrarse en el derecho fundamental que había anunciado como motivo del recurso. Pues alega en concreto que se le generó indefensión debido a la forma de selección del perito auditor de cuentas Eutimio , ya que no fue designado mediante insaculación sino por nombramiento directo del Juez de instrucción. Y también se queja de indefensión por las omisiones en que incurrió el Juzgado con respecto a la citación sin la debida antelación para que el letrado de la parte recurrente pudiera estar presente en la ratificación del informe por parte del perito Anselmo .

Con respecto a las vulneraciones esgrimidas debe advertirse, en primer lugar, que, como tiene reiteradamente afirmado el Tribunal Constitucional, solo cabe hablar de indefensión cuando la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984 , 155/1988 , 145/1990 , 188/1993 ,



185/1994 , 1/1996 , 89/1997 , 186/1998 , 2/2002 , 32/2004 , 15/2005 , 185/2007 , 60/2008 , 77/2008 , 121/2009 , 160/2009 y 57/2012), y ese no es el supuesto en que ahora nos hallamos.

En el caso concreto los recurrentes no especifican con argumento alguno las razones por las que el sistema de selección del perito les ocasionó indefensión material ni tampoco por qué quedó indefenso al no estar presente en la ratificación de un informe pericial que, después, en la fase de juicio oral, fue ratificado y sometido a contradicción al ser interrogado en la vista del juicio el perito que lo confeccionó.

Por lo demás, al inicio de la vista oral, la defensa del acusado no alegó indefensión alguna ni denunció las irregularidades procesales que ahora sí cuestiona a través del recurso de casación.

En consecuencia, no puede considerarse que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ni tampoco el de defensa.

2. En el mismo motivo primero alega como segundo submotivo la parte recurrente la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE).

Aduce que con respecto al acusado Jose Ángel no concurre prueba de cargo alguna sobre su participación en la gestión de ninguna de las dos sociedades, por lo que no debió ser condenado como autor del hecho delictivo.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Pues bien, en contra de lo que afirma la defensa, sí concurre en este caso prueba de cargo suficiente contra Jose Ángel como autor del delito societario previsto en el art. 290 del C. Penal .

En efecto, aunque el acusado no era administrador legal de ninguna de las dos sociedades afectadas por la conducta delictiva ("PACHA LEON, S.L." y HOSTELES, S.L."), sí intervino en su gestión como administrador de hecho, tal como se dice en la sentencia. Así quedó verificado, en primer lugar, por la prueba testifical consistente en la declaración de los dos querellantes. En la sentencia recurrida se afirma que las manifestaciones de ambos testigos merecen para el Tribunal un singular crédito en razón de su espontaneidad, firmeza y precisión, quedando corroboradas por los burofax que en su día remitieron a los acusados interesando la rendición de cuentas y la devolución de los préstamos.

La grabación digital de la vista oral del juicio confirma el sustento probatorio que refiere la Audiencia, puesto que los dos querellantes especificaron de forma reiterada que las sociedades eran gestionadas por ambos acusados indiferentemente, estando unas veces uno al mando y otras veces el otro, y en algunas ocasiones los dos. Dimas concretó los actos que realizaba Jose Ángel y cómo el testigo le daba cuenta diariamente de la caja que hacía.

A ello ha de sumarse que Jose Ángel era además el responsable de levantar las actas de las juntas que se celebraran y de extender las certificaciones, toda vez que era el secretario del consejo de administración tanto de "PACHA LEON, S.L." como de HOSTELES, S.L.". Siendo así, no se puede cuestionar su autoría y responsabilidad, pues no solo intervenía directamente en la gestión de ambas entidades sino que también respondía de levantar las actas correspondientes, con independencia de que fuera finalmente su hermano Juan Miguel el que firmara las certificaciones falsas que figuran unidas a la causa.

Por último, en la sentencia de instancia se plasma el resultado de los tres informes emitidos por los peritos Jesús María (folios 470 y ss. de la causa), Anselmo (folios 654 a 662 de la causa), y Eutimio , que ratificaron sus dictámenes en la vista oral del juicio, siendo así sometidos a contradicción de las partes en el plenario. En el escrito de recurso de los acusados no se cuestionan con argumentos concretos ni con razones de fondo el resultado de estas pericias.

En consecuencia, resulta incuestionable que concurre una prueba de cargo plural, sólida y con un copioso contenido incriminatorio contra ambos acusados, quedando así enervada la presunción de inocencia.

El primer motivo del recurso debe, pues, rechazarse.

TERCERO . En el **motivo quinto** se le reprocha al Tribunal de instancia, con apoyo procesal en el art. 849.2º de la LECr ., el haber incurrido en **error en la apreciación de la prueba** , citando como documentos demostrativos



de ello todos los folios del procedimiento, y haciendo especial hincapié en la documentación aportada por la defensa al inicio de la vista oral del juicio.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3).

Pues bien, los términos en que expone el motivo la parte recurrente, señalando como documentos de forma global todo el procedimiento, ya constituye una razón suficiente para desestimarlos de plano. Y ello porque esta Sala tiene establecido, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete a los recurrentes de citar expresamente de manera clara el documento o documentos en que se apoya su impugnación, cita que, si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 LECr .-, ha sido flexibilizada por esta Sala permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso; pero en todo caso es obligación de los impugnantes, además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar también los concretos extremos que claramente lo acrediten, no siendo competencia del Tribunal de Casación "adivinar" o averiguar cuáles son (SSTS 259/2010 de 18-3 ; 86/2011, de 8-2 ; 769/2011, de 24-6 ; 1175/2011, de 10-11 ; 364/2012, de 3-5 ; 691/2012, de 25-9 ; y 771/2012, de 16-10 , entre otras).

Así las cosas, examinaremos solo los documentos que señala específicamente la defensa, que son los que aportó al inicio de la vista oral del juicio, y que alcanzan un total de 82 folios.

Pues bien, gran parte de ellos son documentación relativa a movimientos bancarios, que, tal como alegó el letrado de la defensa que los aportó al inicio de la vista oral, ya figuraban incorporados a la causa y que por tanto tuvieron ya que ser examinados por los peritos para emitir los correspondientes dictámenes, formando pues parte del material probatorio compulsado por el Tribunal de instancia a través de la prueba pericial, en la que se especificó el estado contable y económico de la entidad y las aportaciones efectuadas por los querellantes.

De otra parte, la documentación que ahora reseña la defensa sobre la situación económica de las empresas no se halla integrada por documentos literosuficientes o autosuficientes que demuestren por sí mismos la existencia de error con respecto alguno de los hechos que se describen en la resultancia fáctica de la sentencia. Y, además, en lo que pudieran favorecer a los acusados, aparecen contradichos por otras pruebas personales y documentales que figuran en la causa.

Los documentos relativos a albaranes cuya firma se le atribuye al querellante Dimas ya fueron sometidos a contradicción en el plenario, reconociendo el testigo que firmó en algún momento esa clase de documentos.

Y por último, en lo que se refiere a los antecedentes penales de los acusados, en la sentencia se afirma que no consta antecedente alguno con respecto a ninguno de los dos recurrentes.

El motivo no puede, pues, prosperar.

CUARTO . El **motivo segundo** lo dedica la defensa, por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECr ., a denunciar la existencia de *error iuris* , por entender que, dados los hechos declarados probados, se han infringido preceptos penales sustantivos, sin citar cuáles.

El cauce procesal de la infracción de la ley penal sustantiva elegido por la parte recurrente impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr .) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras).

La parte recurrente centra toda su argumentación en este segundo motivo en cuestionar de nuevo todo el relato fáctico de la resolución recurrida. Vuelve a insistir en la no intervención en los hechos del acusado Jose Ángel , alegando que era su hermano Juan Miguel el que llevaba toda la gestión, administración y contabilidad de las dos sociedades. Cuestiona de forma indirecta los informes periciales con el argumento de que los acusados también aportaron importantes cantidades de dinero no computadas a las entidades. Y atribuye una intervención activa en su gestión a los querellantes.



Por consiguiente, sin entrar en la subsunción de los hechos probados en la norma penal aplicada (art. 290 del texto punitivo), dedican toda su argumentación a cuestionar los distintos capítulos de los hechos probados. Visto lo cual, y al apartarse totalmente del cauce procesal elegido y acudir de nuevo al cuestionamiento de los hechos, es claro que el motivo no puede prosperar.

QUINTO . Bajo el **ordinal cuarto** , y por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., se denuncia la **vulneración del art. 290 del C. Penal** , centrando la impugnación en el acusado Jose Ángel .

En la sentencia 655/2010, de 13 de julio , se afirma que el tipo descrito en el art. 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las "cuentas anuales" o de "otros documentos". El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un "numerus apertus" en el que solo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11).

El delito se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico". Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege".

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010 , "falsear" en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

Con respecto a la autoría del recurrente Jose Ángel , ya quedó constatado y argumentado en el fundamento segundo de la sentencia que era una de las dos personas que gestionaba de hecho directamente las dos empresas y que además desempeñaba las funciones de secretario del consejo de administración.

Siendo así, es claro que cumplimentaba el requisito de ser administrador de hecho de la entidad. Y en cuanto a su intervención en las gestiones de la documentación, se reunía con su hermano, el otro coacusado, para preparar toda la gestión empresarial; contactaba con los querellantes para responderles sobre los incumplimientos de la empresa en materia de información, de celebración de juntas y de documentación, ya que ambos querellantes requerían verbalmente a los hermanos que las administraban; y tenía el encargo específico por ley de levantar las actas de unas juntas que no se estaban celebrando.

En esas circunstancias, es claro que concurren con respecto a él los requisitos que recoge el precepto penal, puesto que con su conducta activa y omisiva consiguió que se dejaran de celebrar las juntas anuales de los ejercicios 2002-2005, y no hizo constar, como era su obligación como secretario, que las juntas no se celebraban. Es más, actuando en connivencia con su hermano, posibilitó que, por el contrario, se extendieran unas certificaciones falsas sobre la celebración de la Junta General anual y la aprobación de las cuentas correspondientes. Todo lo cual acabó generando un perjuicio al socio minoritario de cada una de las



sociedades y un beneficio para Jose Ángel y su hermano, que determina la aplicación del subtipo agravado del último inciso del art. 290 del C. Penal .

Y en lo que atañe al coacusado Juan Miguel , que prácticamente no impugna su autoría, solo alega que dejó de ser socio a partir de que vendió sus participaciones sociales a su esposa, argumentando que a partir de ese momento su conducta pasaría a ser atípica. Alegación que no puede atenderse, dado que el tipo penal no requiere que el sujeto activo sea socio de la entidad, sino que basta con que tenga la condición de administrador de derecho o de hecho.

En consecuencia, este motivo también se desestima.

SEXTO . 1. Por último, en el **motivo tercero** invocan los recurrentes, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr ., la infracción de los arts. 131.3 º y 132.2º del C. Penal , en relación con el art. 21.6ª del mismo texto legal .

La tesis que sostiene la defensa es que concurre un supuesto de dilaciones indebidas no solo como atenuante simple sino como atenuante analógica muy cualificada, circunstancia que determinaría la **prescripción del delito** , puesto que, según la parte recurrente, cuando el proceso no se tramite dentro del plazo razonable la prescripción no se interrumpe al final de cada uno de los periodos de paralización sino que solo se suspende. Por lo cual, habría que computar acumuladamente a los efectos de la prescripción de forma ininterrumpida todos los tiempos muertos del proceso con el fin interpretar con la mayor efectividad posible el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

La pretensión de la parte impugnante no puede acogerse. En lo que atañe a la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, acogida como simple por el Tribunal de instancia, ha de partirse de la premisa de que las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación del proceso extraordinaria, pero nunca como especialmente extraordinaria o superextraordinaria, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo art. 21.6ª del C. Penal y que ya venía aplicando la jurisprudencia. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario.

Esa excepcionalidad en el presente caso no concurre, puesto que, aunque transcurrieron más de seis años entre el inicio del proceso y el señalamiento de la vista oral del juicio, lo cierto es que se trató de una causa con cierta complejidad, por cuanto se practicaron tres periciales contables y alguna de ellas se retrasó en su confección debido a la falta de documentación que se hallaba, al parecer, en poder de los acusados. Sin que, por lo demás, la parte impugnante señale en su escrito de recurso periodos de paralización que justifiquen concluir que se está ante un supuesto de una dilación especialmente extraordinaria.

De otra parte, y en lo que concierne a la aplicación de la prescripción del delito, la tesis de la defensa contradice de lleno la dicción del art. 132.2 del C. Penal , en el que se preceptúa que cuando la interrupción se produce "queda sin efecto el tiempo transcurrido". No se suspende solamente como sostiene el acusado, sino que la norma expresa de forma concluyente que se deja sin efecto el periodo transcurrido, con lo cual cuando se vuelve a paralizar el proceso se inicia de nuevo el cómputo de la prescripción sin acumular los periodos correspondientes a los tiempos muertos anteriores.

2. En cambio, y aunque no se expone en el escrito de recurso, esta Sala sí observa que han sido mal calculadas las penas impuestas en la sentencia recurrida. El error parte de que se considera que la mitad superior de la pena del art. 290 del C. Penal comprende desde 2 años y 6 meses a 3 años de prisión. Y ello no es así, pues la mitad superior abarca desde dos años y un día a tres años de prisión. A su vez la mitad superior de esta última pena comprende desde 2 años y 9 meses a 3 años de prisión. Por lo cual, y como la pena ha de imponerse en su cuantía mínima por concurrir la atenuante simple de dilaciones indebidas, la pena asignable es la de 2 años y 9 meses de prisión.

Y en cuanto a la pena de multa, que también se tiene que fijar en la mitad superior de la mitad superior señalada por la ley, dado que el delito es continuado y además se aplica el subtipo agravado del último inciso del art. 290 del C. Penal . Por lo cual, la pena de multa abarca desde 10 meses y 15 días hasta un año, y como debe imponérsele en su cuantía mínima, la pena se individualiza en 10 meses y 15 días, con la correspondiente aplicación del art. 53 del C. Penal .

Se desestima, pues, el motivo tercero del recurso, pero sí procede modificar, con base en la voluntad impugnativa, la pena impuesta en la sentencia recurrida.

SÉPTIMO . A tenor de lo que se expone en los fundamentos precedentes se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).



III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Juan Miguel y Jose Ángel** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, de 19 de diciembre de 2011, que condenó a los recurrentes como autores de un delito societario continuado, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta** Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil trece.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 104/10, del Juzgado de Instrucción número 1 de León, seguida por un delito de Societario continuado, contra Juan Miguel, con D.N.I. NUM000, nacido en Baracaldo el día NUM001 de 1973, hijo de Leónidas y de M^a Luz y Jose Ángel, con D.N.I. NUM002, nacido en León el día NUM003 de 1974, hijo de Leónidas y M^a Luz, la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera en el Rollo de Sala 4/11 dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2011, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo razonado en el fundamento sexto de la sentencia de casación, procede modificar las penas impuestas en la sentencia recurrida en los términos que allí se exponen, con el fin de adecuarlas al cálculo preestablecido en el C. Penal.

III. FALLO

Se modifican las penas impuestas a los acusados, Juan Miguel y Jose Ángel, condenándolos, pues, como autores de un delito societario continuado, a **dos años y nueve meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a una multa de **diez meses y quince días**, con una cuota diaria de doce euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta** Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

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