

Roj: **STS 5760/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:5760**Id Cendoj: **28079120012006100910**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/10/2006**Nº de Recurso: **459/2006**Nº de Resolución: **931/2006**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil seis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de caación interpuesto por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes Cesar , representado por la Procuradora Sra. Carnero López y como parte recurrida Silvio , representado por la Procuradora Sra. Martínez Virgili. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo incoó Diligencias Previas con el número 3513/2002, por delito de falsedad de documento mercantil contra Cesar y lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección Quinta dictó sentencia en fecha dieciséis de diciembre de dos mil cinco con los siguientes hechos probados:

"**UNICO.**- A los efectos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de la **sociedad** TB Noroeste Vigo S.L. Cesar , con DNI NUM000 , actuando en su **condición** de **administrador único** de la **citada sociedad elaboró y firmó** en cada uno de los **años** 1997, 1998, 1999 y 2000 una certificación en la que se hacía constar que con fecha 30 de junio del **año** respectivo se había celebrado, previa convocatoria, Junta General de la **sociedad** en la que, presentes la totalidad de los socios que representaban la totalidad del capital social, se habían aprobado por unanimidad las cuentas anuales de los ejercicios 1996, 1997, 1998 y 1999 respectivamente. Al elaborar, firmar y presentar en el Registro Mercantil cada una de las certificaciones reseñadas Cesar era sabedor de que ni había convocado las juntas referidas, ni se habían las mismas celebrado, ni en ellas se habían aprobado las cuentas anuales correspondientes.

Con carácter previo a la Junta General de Socios de TB Noroeste Vigo S.L. celebrada el 1 de marzo de 2001 Cesar , como **administrador** de la **sociedad**, proporcionó a los demás socios las cuentas provisionales de la **sociedad** cerradas a 31 de diciembre de 2000 y a 31 de enero de 2001 comprensivas del balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias y balance de sumas y saldos; en el balance de situación se reflejaba un saldo en la caja de **sociedad** a fecha 31 de enero de 2001 de 9.963.195 pesetas (59.880 euros); entre las cuentas del grupo de deudores aparecía una con el título " Cesar " con un saldo de 2.350.333 pesetas (14.126 euros). En la misma junta los socios Silvio y Daniel pidieron que explicara el saldo de caja a la mayor brevedad posible y que, para el caso de existencia de tal saldo, se proceda a su ingreso en la cuenta corriente bancaria que exista abierta a nombre de la **sociedad**; y Cesar se comprometió a cancelar y regularizar de inmediato la cuenta de deudores a su nombre.

En la **sociedad** se llevaba, desde el inicio de su actividad en el **año** 1995, y también Cesar fue nombrado **administrador único** en el **año** 1996, y por indicación de éste, una doble contabilidad de forma que, además de la contabilidad oficial, se llevaba una contabilidad denominada B para los pagos de sobresueldos a empleados y para pagos de clientes a los que no se cobraba el IVA."



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

"Que debemos condenar y condenamos a Cesar , como autor y responsable criminal de un delito de falsedad en documento mercantil, a la pena de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses a razón de seis euros diarios por el primero de ellos, con inhabilitación especial para el comercio y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de privación de libertad, y como autor de un delito contable a la pena de arresto de siete fines de semana y multa de tres meses a razón de seis euros diarios, y al pago de las dos cuartas partes de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

En caso de impago de las multas, la responsabilidad personal subsidiaria será de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó el 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.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Al amparo del artículo 851.1 , por consignarse en la sentencia hechos probados que implican la predeterminación del fallo, al acogerse en dicho apartado de la sentencia expresiones de naturaleza técnico-jurídica que implican dicha calificación del fallo. Segundo. Al amparo del artículo 849.2º , por error en la apreciación de la prueba, al obrar en autos documentos que justifican el error puesto que en los autos figuran cuatro actas de Juntas de Socios, las dos últimas celebradas los días 24 de octubre del año 2.000 y otra el 1 de marzo de 2.001, pero también existen otras dos, de fechas 10 de Julio de 1.996 y 14.7.99, cuyos certificados fueron redactados por D. Luis Francisco y que los redactó como le mandaron sus Jefes -es empleado de la querellante TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCIA, S.A.- y que sus Jefes, en el interrogatorio de esta parte no recordaban ni afirmaban más de dos Juntas celebradas en Vigo. Tercero. Al amparo del artículo 749.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se consideran infringidos los siguientes preceptos del Código Penal, el artículo 5 , el artículo 74 , así como los artículos 392 , en su relación con el artículo 390,1º, segundo y tercero, así como 310 del mismo cuerpo legal. Igualmente, se considera infringido, por omisión el artículo 21, 6º del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto; la Sala lo admitió, 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 28 de septiembre de 2.006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Por el cauce del art. 851,1º se ha denunciado defecto de forma consistente en la presencia en los hechos de conceptos jurídicos que implican predeterminación del fallo. El argumento es que en el primer párrafo de aquéllos se introduce un elemento intencional, pues se dice que al elaborar, firmar y presentar en el Registro Mercantil cada una de las certificaciones reseñadas el acusado era sabedor de que ni había convocado las juntas referidas, ni se habían celebrado las mismas, ni en ellas se habían aprobado las cuentas anuales correspondientes. E igualmente, en el párrafo último se crea confusión respecto de quién inició y estableció el doble sistema de contabilidad, ya que, por una parte, se dice que esto sucedió a principios de 1995 y, por otra, que Cesar fue nombrado **administrador único** en 1996 y la contabilidad doble se llevaba por su indicación.

Como se lee, entre otras, en la STC 45/2001, de 24 de enero , la proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su lesividad para algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan descritas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquélla en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisonal se haría tautológico o circular, al carecer de un referente objetivo, y por ello arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter descriptivo, que son los idóneos



para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine, de la Ley de E. Criminal).

Pues bien, en contra de lo afirmado por el recurrente, la introducción del elemento intencional al que se refiere no da pie para aplicar el precepto que invoca, pues el factor aludido es, ciertamente, de carácter fáctico. Perteneciente a la parte interna de la conducta y, así, constitutivo de ésta en su singularidad real, y necesario para la emergencia del delito. Tanto que, de no incluirse esa referencia, la acción aparecería como inanimada, es decir, impropia de un sujeto consciente y responsable.

Tampoco en el caso de la segunda objeción cabe estar con el que recurre, porque, salvo que se hiciera uso de alguna perifrasis que sólo podría inducir a confusión y a la opacidad del discurso, difícilmente se puede describir hechos como los imputados, producidos en el margo de la gestión empresarial sin emplear el aparato conceptual de uso corriente, no sólo en el lenguaje jurídico, sino en el puramente coloquial, cuando se trata de estas materias.

Por lo demás, es claramente advertible que la sala, después de haber dejado constancia de los perfiles reales de las acciones de que se trata, las enjuicia y califica conforme a derecho, distinguiendo perfectamente los dos planos -fáctico y jurídico- en que deben moverse y ciertamente se mueven sus consideraciones.

Por todo, el motivo no puede acogerse.

Segundo. Lo alegado es error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador. Al efecto, se señala que en los hechos figura que el acusado reconoció haber firmado los documentos en que se certificaba la existencia de juntas generales ordinarias de la **sociedad** que se habrían celebrado el 30 de junio de los **años** 1997 a 2000 y en las que, presente todo el capital social, se aprobaron las cuentas anuales de la **sociedad**. También que el acusado reconoció no haber convocado las juntas generales ordinarias correspondientes a los ejercicios 1997 a 2000, pero sin tener en cuenta su manifestación en el sentido de que no podía detenerse en el cumplimiento de las tareas meramente formales, porque tenía que hacer otros trabajos.

Pues bien, a juicio del que recurre, el error en la apreciación de la prueba radica en que existe una total ausencia de dolo; y en que no se ha tomado en consideración que el propio acusado en la instrucción manifestó que para él las cuentas anuales de los ejercicios 97-99 ya estaban aprobadas anteriormente, porque enviaba a los socios los balances mensuales y la memoria anual. Por lo demás, en apoyo de estas afirmaciones se hace referencia a lo declarado en algunos momentos de la causa por el acusado y por Luis Francisco ; y a que éste reconoció ser autor de las actas de 10 de julio de 1996 y 14 de julio de 1999, redactadas según las indicaciones recibidas de sus jefes.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Así, para que un motivo de esta clase pudiera prosperar sería necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Según pone de manifiesto el Fiscal en su informe, el solo tenor de los razonamientos que tratan de dar sustento al motivo deja al descubierto la falta de consistencia del mismo. Porque, en efecto, cuando lo requerido para la estimación del motivo es la existencia de afirmaciones de fuente documental que, por incontestables, denotan la falta de sustento de otras de los hechos con las que están en contradicción, aquí no es posible identificar ningún aserto de esa naturaleza y de tal grado de expresividad y, además, se recurre a manifestaciones de fuente personal producidas en distintos momentos de la causa, que no tienen encaje posible en el marco de este motivo, que, por tanto, debe desestimarse.

Tercero. Al amparo de lo que dispone el art. 749,1º Lecrim, se ha alegado: a) infracción del art. 5 Cpenal; b) incorrecta aplicación del art. 392 en relación con el art. 390,1 Cpenal; c) inadecuada aplicación del art. 310 Cpenal; d) infracción de los arts. 131,1 y 74 Cpenal; y, e) infracción del art. 21,6 Cpenal.

Por lo que se refiere a a) el argumento de apoyo es que el acusado actuó como lo hizo en la inteligencia de que las cuentas estaban aprobadas y eran conocidas por los socios; y que los certificados cumplían una mera finalidad pro forma y no tenían por fin encubrir ninguna actividad delictiva, de ahí que no pueda atribuírsele haber operado con dolo.



Ahora bien, ocurre que el motivo suscitado es de infracción de ley, y tiene como única finalidad servir de cauce a la denuncia de posibles defectos de subsunción, a partir de la redacción dada a los hechos. Algo que, evidentemente, no sucede en este caso, en el que lo atribuido al acusado es una actividad consistente en la creación de dos contabilidades, la confección de certificaciones inveraces dirigidas a hacer pasar por celebradas juntas que no tuvieron lugar, y la distracción de fondos, acciones todas con un claro componente intencional, de reflexión y de proyecto. Algo que hace la objeción del recurrente, relativa a la ausencia de dolo, francamente inatendible.

En cuanto a b), se dice que los certificados, todos de 30 de junio de cada **año** de los que se citan, tenían sustento en la creencia de obrar correctamente y no respondían a la finalidad de encubrir ninguna acción delictiva. Con ellos se habría tratado únicamente de cumplir la exigencia del art. 218 de la Ley de **Sociedades** Anónimas, en su relación con los arts. 84 y ss. de la Ley de **Sociedades** de Responsabilidad Limitada. Por tanto, no hubo falsificación dolosa por parte del acusado, al que no podría atribuirse esas acciones como falsarias a título de imprudencia, ya que es algo que no cabe tratándose de particulares.

Pero de nuevo se prescinde del tenor de los hechos, en los que se atribuye al recurrente la plural actividad consistente en la confección por propia iniciativa de toda una serie de actas que no respondían a la realidad en ninguno de los aspectos de su contenido, y todo con el fin de generar una apariencia de desarrollo de la actividad societaria ciertamente inexistente en esos términos. Así, pues, se trató de la creación de documentos mercantiles sin referencia real, deliberadamente generados para incidir en el tráfico de esta índole, como efectivamente lo hicieron. Por eso, la actuación del acusado en este punto ha sido correctamente calificada de delictiva, al tratarse de una alteración esencial, ya que afectó a los elementos centrales del documento (SSTS de 5 de diciembre de 1996 y 24 de enero de 1997).

En cuanto a c) se razona que el acusado se limitó a seguir instrucciones de los propios acusadores, que habrían montado la doble contabilidad, en lo que, a juicio del que recurre, abundaría alguna testifical a la que alude.

Otra vez se opera con una hipótesis ajena a los hechos, en los que se afirma que la llevanza de la doble contabilidad desde el inicio corrió a cargo de Cesar. Por lo demás, incluso siguiendo a éste en su línea argumental, del acta del juicio resulta que tanto el contable, Juan Miguel, como el responsable de la caja, José, informaron de que fue siempre aquél el que controlaba el manejo de la caja B y su reflejo contable. Por tanto, este aspecto del motivo carece asimismo de fundamento.

Tampoco lo alegado bajo d) puede tomarse en consideración. En efecto, allí se dice que el delito contable, en lo relativo a las certificaciones de los **años** 1998 y 1999 habría prescrito, y sólo podría tenerse en cuenta la del **año** 2000, con lo que, el delito no sería continuado, con la correspondiente repercusión en el plano de la pena. Pero con este modo de discurrir se olvida que tratándose del delito continuado, la prescripción del delito sólo podría correr a partir del momento en que de ejecución de la última de las acciones integrantes del mismo, lo que hace imposible una fragmentación interesada del conjunto como la que propone el recurrente (por todas, SSTS 830/2003, de 9 de junio y 217/2004, de 18 de febrero).

En fin, en apoyo de la última de las objeciones formuladas se dice literalmente que "la aplicación de esta atenuante análoga [art. 21,6º Cpenal] ha de referirse forzosamente a su similitud con la primera del mencionado precepto puesto que en el peor de los casos estaríamos ante una exigente incompleta. En este sentido fue alegada la atenuante en el juicio, sin que sea apreciada en la sentencia que se recurre".

El tenor de la exposición hace imposible saber a qué se refiere, y, de este modo, no cabe más respuesta al respecto que el rechazo de la impugnación.

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Cesar contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 16 de Diciembre de 2.005, que le condenó como autor de un delito de falsedad de documento mercantil y de un delito contable.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial 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 Pérez José Manuel Maza Martín Perfecto Andrés Ibáñez



PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andrés Ibáñez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ