



Roj: **STS 8021/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:8021**

Id Cendoj: **28079120012004101424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2004**

Nº de Recurso: **1955/2003**

Nº de Resolución: **1256/2004**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por LA ACUSACION PARTICULAR D^a Angelina y por el procesado Casimiro, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo condenó por delito de falsedad contable, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el procesado recurrente representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén, y la Acusación Particular representada por el Procurador Sr. Meiro Barbero.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Pontevedra, instruyó sumario con el número 785/99, contra Casimiro y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra que, con fecha 21 de Mayo de 2003, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO RESULTANDO: Probado, y así se declara, que la Sociedad Juegos Balora SA, cuyo administrador era el acusado don Casimiro, pactó con don Leonardo, de quien traen causa como herederos sus hijos don Serafin y doña Angelina, un contrato en el año 1.986, por el que el Sr. Serafin ponía en común el importe del alquiler del local de su propiedad, del que era arrendataria la sociedad, y esta aportaría los beneficios netos obtenidos por la explotación del negocio de bingo, cafetería del bingo y máquinas de azar allí colocadas; pero no los derivados de otros conceptos, como el uso del teléfono. Después de establecer que esos beneficios se calculaban restando de los obtenidos los costes de explotación y obras autorizadas, pero no las reservas y amortizaciones, se acordó que el resultado obtenido de forma neta, por la suma de las rentas del alquiler y tales beneficios, se dividía por la mitad.

Asimismo se estableció que cada parte podía inspeccionar y controlar cualquier actividad del otro que influyese en los rendimientos y beneficios.

II. Los querellantes formularon una denuncia penal contra el acusado en el año 1.990, acusándolo de ocultar ingresos y aumetar gastos para perjudicarlos, que acabó con sentencia de este mismo Tribunal, en grado de apelación, por la que se absolvió al acusado el 30 de Noviembre de 1.998.

También promovieron procedimiento civil pero limitado a instar actuaciones de inspección y control de ingresos, siguiéndose el juicio de menor cuantía 2/1996.

No consta que en ningún caso se presentase demanda, ni para definir si eran o no repercutibles en el cálculo de costes determinados conceptos, ni para definir con exactitud los importes de los beneficios a repartir por razón del citado contrato.



III. Con la finalidad de poder demostrar unos beneficios menores de los reales, el acusado, como administrador de la Sociedad Juegos Balora SA, conformó una contabilidad anual de dicha sociedad en la que ocultó los ingresos reales derivados de la explotación de la cafetería, en lo que respecta a los períodos 1996, 1997 y 1998.

No consta suficientemente acreditado si la contabilidad de los años anteriores fue objeto de esa misma desviación respecto a la veracidad.

Tampoco consta suficientemente acreditado que los ingresos por autorización a entidades terceras de máquinas "tragaperras" en el local de la sociedad administrada por el acusado reportasen mayores ingresos de los figurados en la contabilidad de aquella por ese concepto.

No consta acreditado si los costes por remuneración del acusado como gerente del establecimiento de Juegos Balora eran o no exigibles por don Casimiro a la sociedad.

Ni si eran indebidos por la sociedad los emolumentos con cargo a la misma entregados, según la contabilidad, a familiares del acusado.

IV. Como consecuencia de la ocultación de ingresos se derivaron perjuicios para los herederos del Sr. Serafin por importe de 17.214.192 pesetas.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a don Casimiro como autor criminalmente responsable del delito societario de falsedad contable ya definido a la pena de dos años, seis meses y un día de prisión y once meses de multa a razón de 90 euros por día debiendo abonarles a los querellantes la cantidad de 103.459,38 euros equivalente a 17.214.192 pesetas. De esa cantidad responde subsidiariamente la sociedad Juegos Balora SA. El acusado abonará las costas incluidas las causadas a la acusación particular.

Notifíqueseles dicha resolución al acusado, personalmente, y a las demás partes, y hágaseles saber que pueden interponer contra ella recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el procesado, 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 procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, y del art. 852 de la L.E.Crim, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24.2 de la CE.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la L.E.Crim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24.2 C.E.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo de los artículos 849 nº 2 de la L.E.Crim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 nº 1 de la L.E.Crim.

QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim, por aplicación indebida del art. 290 del Código penal.

SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim, por aplicación indebida del art. 290 del Código Penal.

SEPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim, por aplicación indebida del art. 74 del Código Penal.

OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim, por incorrecta aplicación del art. 74 del Código penal, y al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., y del art. 852 de la L.E.Crim.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 50.5 del Código Penal.

DECIMO.- Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., y del art. 852 de la L.E.Crim.

UNDECIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim, por aplicación indebida del art. 109 y 116 del Código Penal de 1.999.

4.- La representación de la ACUSACION PARTICULAR, D^o Angelina, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim .

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim .

QUINTO.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la L.E.Crim .

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 25 de Octubre de 2004. La sentencia se dicta fuera de plazo por haber durado la deliberación hasta la fecha de la resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Casimiro .

PRIMERO.- Suscita, como cuestión previa de carácter constitucional, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haberse admitido el escrito de acusación particular fuera del plazo marcado por la ley. Considera que a falta de disposición legal en contra o de resolución judicial de suspensión o reapertura recaídos en esta causa, el plazo debe considerarse como improrrogable.

1.- Desde una perspectiva más concreta plantea que el escrito de la acusación particular introduce el tema de la continuidad delictiva, pidiendo una pena de tres años de prisión y doce meses de multa, mientras el Ministerio Fiscal, que también presentó el escrito de acusación fuera de plazo, solicitaba una pena de dos años de prisión y diez meses de multa.

Considera además que la presencia de la acusación particular resultaba indiferente, ya que existía la acusación del Ministerio Público.

En consecuencia alega que se le ha producido indefensión.

2.- Compartimos la preocupación del recurrente sobre el cumplimiento de los plazos, sobre todo aquellos que pudieran aparejar actuaciones sorpresivas de efecto perjudicial e irreversible.

En un proceso en el que la relación jurídica procesal se establece entre tres partes, dos acusadoras y una acusada, es evidente que su desenlace final no puede producirse sin que uno de los vértices cuya posición es puramente voluntaria, no formalice escrito de acusación, salvo que de forma expresa y terminante renuncie y desista de la acción ejercitada.

En ningún momento se ha producido esta situación y, por tanto, el Tribunal actuó correctamente al admitir este escrito fuera del plazo marcado por la ley.

3.- A partir de este momento el acusado conoce la pretensión punitiva que no afecta sólo a los hechos sino a la calificación jurídica de los mismos. Por ello no era necesaria ninguna prueba adicional derivada de la intempestiva acusación sino debatir si los mismos hechos, podían ser combatidos con las mismas pruebas o con aquellas otras que se hubieran estimado pertinentes, eran o no constitutivos de un delito continuado.

A propósito de la corrección de las formas procesales, conviene señalar, como hace el Ministerio Fiscal, que el acusado, al formular sus conclusiones provisionales, no denunció el defecto y tampoco planteó esta cuestión en el acto del juicio oral.

En consecuencia estimamos que no se le ha producido ninguna indefensión ni se ha vulnerado ninguna formalidad esencial del juicio.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo segundo plantea la vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución .

1.- Sostiene que no existe prueba de la ocultación de ingresos en la contabilidad de la sociedad que administraba. Tampoco hay prueba de que los beneficios fuesen superiores y ocultados por el acusado.

Reconoce no obstante, que la declaración de ingresos ocultos se sustenta en uno de los informes periciales aportados a la causa. Combate tales dictámenes por estimar que sus conclusiones no son convincentes, ya que se basan en los gastos documentados y no contabiliza las invitaciones a clientes y las comidas del personal, ampliamente constatadas con múltiples testigos y por los usos del sector.



Considera que el dictamen tiene una credibilidad muy baja debido, además, a que el perito no es experto en contabilidades relacionadas con la explotación de bingos.

De forma incidental y desgajada de la presunción de inocencia, señala que la contabilidad la realizaba una gestoría y por tanto no pudo ser el autor de una falsedad contable, sin haber intervenido en la elaboración de las cuentas.

En definitiva, las pruebas no son de signo inculpatario y carecen de fuerza para desmontar la protección de la presunción de inocencia.

3.- Como puede verse dos son las cuestiones planteadas. La primera la relativa a la autoría, tratando de imputársela a la gestoría que llevaba las cuentas y ocultando que esta oficina se limitaba a contabilizar los documentos que le proporcionaba el acusado.

Por lo que respecta a la presunción de inocencia, la propia parte recurrente reconoce la existencia de una pericia, si bien trata de desvalorizarla alegando la falta de experiencia del perito y por otro lado impugnando el dictamen por haberse omitido partidas que explicaban la diferencia de ingresos cuya ocultación se le imputa.

4.- Como puede verse, no niega la existencia de prueba válida, sino que la considera errónea, lo cual debería haber canalizado por la vía del error de hecho. En todo caso la cuestión fue perfectamente analizada por la sentencia recurrida, cuando señala que el dictamen pericial contable se ajusta estrictamente a la llevanza de la contabilidad según las normas vigentes, incluyendo solamente aquellas partidas que tienen un soporte documental. Los gastos que trata de justificar el acusado en función de las invitaciones y de los usos del negocio del bingo, se basan exclusivamente en prueba testifical. La Sala sentenciadora, de forma correcta, considera que un testimonio no es prueba contradictoria suficiente, frente a los datos contables documentalmente acreditados, postura que compartimos totalmente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El motivo tercero se ampara en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que existe error en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos.

1.- El motivo es una variante del anterior si bien cita algunos folios de las actuaciones para justificar el error imputado y para volver a mantener que la contabilidad la llevaba una gestoría.

Según nos dice, en el relato de hechos probados se omite constatar el importe neto de la cifra de negocios de la sociedad, que se recogen en las cuentas anuales de los ejercicios 96, 97 y 98, lo que considera relevante para determinar si refleja o no, la imagen fiel de la empresa.

2.- Para contestar estas alegaciones bastaría con remitirnos a lo expuesto en el anterior motivo y recordar que los documentos que se esgrimen como contradictorios no tienen el valor de tales ya que las manifestaciones de los testigos son pruebas personales que no se pueden contraponer a un documento como el que nos ocupa.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber consignado como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

1.- Es evidente que este motivo debió plantearse con prioridad ya que los quebrantamientos de forma dan lugar a la anulación de la sentencia o del juicio, según los casos.

Considera que la sentencia emplea una expresión netamente jurídica que centra en la parte del relato en el que se dice que el acusado "ocultó" los ingresos reales derivados de la explotación de la cafetería.

2.- La expresión que se considera como un vicio formal de la sentencia, no figura en la descripción típica y además refleja de una manera gramaticalmente clara y comprensible para todo el mundo, cual fue la conducta que desarrolló el acusado, por la cual ha sido condenado. No existe la más mínima valoración jurídica sino exclusivamente la imputación de una actividad de prestidigitación que no es puramente omisiva, como se señala en el recurso, sino de infracción de un deber de fidelidad con una actuación que lo contradice.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El motivo quinto se plantea por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 290 del Código Penal de 1.995.

1.- Sostiene que una interpretación razonable de este artículo lleva a la conclusión de que la mera falsedad ideológica en un documento contable queda extramuros del Código Penal.



En su opinión, la falsedad que describe el hecho probado no es de las que se comprenden en el artículo aplicado a partir de la interpretación más razonable del precepto. Anticipa la postura que va a mantener en el siguiente motivo y añade que es evidente la falta de trascendencia penal de la falsedad que se le atribuye.

2.- El debate doctrinal existente, desde hacía algún tiempo, sobre la punición de la falsedad ideológica, se decantó en el Código de 1.995 en favor del sector que la consideraba inocua e incluso socialmente aceptable, mereciendo, en todo caso, un mero reproche ético. En definitiva se venía a sostener que el particular que falta a la verdad en la declaración de hechos hechos que quiere incorporar a un documento no comete delito, ya que no existe, según estos teóricos, un deber de veracidad por parte de los ciudadanos. En definitiva se consagra la mentira como una acción comprensible y no punible, aunque tenga evidentes repercusiones personales y económicas.

Estos razonamientos, como ya hemos dicho han triunfado legislativamente, pero tienen limitado su campo de aplicación a los supuestos de las falsedades en su sentido puro o estricto, contempladas en el artículo 392 del Código Penal. Es evidente que el legislador que resultó condescendiente con estas falsedades en términos generales, al mismo tiempo, a lo largo de numerosos artículos del Código Penal, que es ocioso repetir, introduce figuras concretas de "falsedades ideológicas" que por su especial relevancia con bienes jurídicos especialmente protegidos son elevadas de manera específica a la categoría de delitos.

3.- Esto sucede, entre otros casos, en los delitos societarios que atentan contra el orden socioeconómico y en definitiva contra la obligación de que las actividades societarias que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados.

Por esta razón, faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el artículo 290 del Código Penal, que considera como una actividad delictiva el falseamiento de las cuentas anuales o de cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, añadiendo, como elemento finalista, la causación de un perjuicio económico a la misma o a alguno de sus socios o a un tercero. En el caso presente, no hay duda de la concurrencia de este elemento y además de la idoneidad de las manipulaciones contables para cuantificar el beneficio propio y el perjuicio ajeno.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- El motivo sexto se formula por la vía del 849.1º por considerar indebidamente aplicado el artículo 290 del Código Penal.

1.- En este caso la variante radica en señalar que, según los hechos probados, la desviación contable no llega al 2'5% de la cifra de negocios de la sociedad, por lo que la alteración realizada no desvirtua relevantemente la imagen de la sociedad y cae fuera de las previsiones del tipo penal. Se trataría, en su opinión, de una falsedad sin trascendencia penal.

Manejando las cifras globales movidas por el negocio y la cantidad generada por las falsedades contables, en tres ejercicios, precisa el porcentaje en un 2'46%.

A continuación mantiene que solo deben ser típicas aquellas falsedades que afecten a la imagen fiel de la sociedad, por lo que no se puede castigar severamente cualquier alteración contable sin conculcar el principio de proporcionalidad. Para reforzar su tesis invoca las decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que considera habituales ciertas insuficiencias en las auditorías de las empresas, sin que constituyan hechos delictivos.

2.- El planteamiento resulta a primera vista sugestivo, aunque lógicamente sólo podría ser atendido en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena, ya que no es posible despenalizar a partir de perjuicios porcentualmente bajos en relación con el volumen de la sociedad, ya que sería tanto como consagrar la posibilidad de apoderamientos sucesivos de pequeña cuantía, salvo que constituyesen un delito continuado.

Como se ha dicho en el motivo anterior, los bienes jurídicos protegidos, son fundamentalmente el orden socioeconómico y la claridad de las cuentas sociales, pero no se puede olvidar que, como elemento complementario del tipo, se exige, además, la causación de un perjuicio a la sociedad o a los socios. En este caso es evidente que la cifra de más de diecisiete millones es importante y por tanto conforma las exigencias del tipo penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- El motivo séptimo también por la vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal de 1.995.



1.- Combate la aplicación del delito continuado y critica la escasa fundamentación de la sentencia para adoptar esta figura jurídica, ya que no está clara la unidad de ánimo generador de un único resultado y la pluralidad de acciones u omisiones.

Hace especial incapié en la frase del hecho probado que dice: "a consecuencia de la ocultación de ingresos se derivaron perjuicios para los herederos del Sr. Serafin por importe de diecisiete millones doscientas catorce mil ciento noventa y dos pesetas".

2.- La contabilidad de cualquier empresa o sociedad está compuesta por una pluralidad de partidas cada una de las cuales tiene un soporte documental. Reflejan el funcionamiento diario y constituye el balance de situación, al cierre de cada ejercicio, es decir, el 31 de Diciembre de cada año. Precisamente del resultado que arroje las cuentas en dicha fecha dependerá la cuantía de los impuestos tanto de sociedades como de otra naturaleza que tenga que pagar con cargo a ese ejercicio. Por ello cuando se habla de falsedades contables, inevitablemente nos encontramos ya de por sí, dentro de una pluralidad de acciones con una unidad de propósito.

Ahora bien, se plantea la cuestión de si esta unidad y pluralidad respectivamente, se agota en la fecha del cierre del ejercicio y se renueva en el ejercicio siguiente, con objeto de, a través de sucesivas alteraciones de los balances anuales conseguir un beneficio final que consistiría en la suma de lo defraudado en cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, es evidente que no cabría la continuidad delictiva si nos refiriésemos a las diversas conductas falsarias cometidas dentro de cada ejercicio anual. Ahora bien, nos encontramos ante un delito continuado cuando de forma persistente y con un plan de acción único produce modificaciones en los balances correspondientes a cada uno de los años. En consecuencia estimamos correctamente aplicada la tesis del delito continuado. El artículo 305.2 del Código Penal a los efectos de determinar la cuantía de la infracción, nos dice que se estará a lo defraudado en cada período impositivo. Esta previsión refuerza los argumentos de la Sala.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- El motivo octavo suscita la misma cuestión de la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal pero esta vez por la vía de la vulneración de preceptos constitucionales y concretamente del principio "non bis in idem", manifestación del principio de legalidad.

1.- Los razonamientos son parecidos si bien insiste en señalar la jurisprudencia relativa a la inaplicabilidad a los delitos contra el patrimonio de la figura del delito continuado y la interpretación de la regla punitiva, con una especialidad que no obliga imponer la pena en la mitad superior. Considera que la sentencia no solamente es escasa en la motivación, sino que la cantidad total que constituye el perjuicio causado ya ha sido considerada, para la aplicación del subtipo agravado del artículo 290, por lo que volver a utilizar este dato para integrarlo en el delito continuado, contradice el principio que impide agravar la pena por la utilización, dos veces, de una misma circunstancia.

2.- Las razones expuestas en el motivo anterior son suficientes para descartar las pretensiones del recurrente, por lo que nos remitimos a las mismas. La continuidad delictiva en los delitos contra el patrimonio como el que nos ocupa, ha suscitado un debate interpretativo que ha dado lugar a diversos pronunciamientos de esta Sala y ha sido objeto de análisis en una Consulta del Fiscalía general de Estado (3/99 de 29 de Septiembre) que mantienen la tesis de que la norma del artículo 74.2 constituye un especificidad de los delitos contra la propiedad por lo que la pena se medirá no por la elevación automática a la mitad superior sino en función del perjuicio total causado. Además el precepto consolida su autonomía cuando se faculta al órgano juzgador para subir la pena en uno o dos grados si el hecho revistiere notoria gravedad o hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Por supuesto cualquier decisión adoptada en el sentido de la norma, debe ser rigurosamente motivada.

3.- Mantenemos y compartimos esta postura ya que atiende mejor a la propia naturaleza de los delitos patrimoniales en los que la cuantía y el impacto sobre la sociedad y en definitiva sobre la economía debe ser ponderado de forma singular. Ello por supuesto no evita que en este momento razonemos sobre la justificación de la pena impuesta. Su adecuación la encontramos no en la aplicación del párrafo 1 del artículo 74, sino por el efecto agravatorio del párrafo 2 que debe tener en cuenta la elevada cantidad, que produce el perjuicio para los otros socios querellantes y la condición de administrador del acusado que ya está en el tipo pero es necesario ponderar para determinar la pena ajustada. Por ello no consideramos que la impuesta desborde en absoluto las previsiones legales, aun adoptando la tesis que hemos desarrollado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- El motivo noveno se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar la indebida aplicación del artículo 50.5 del Código Penal .



1.- Manifiesta no entender por qué la pena de multa se fija en once meses y la de prisión en el límite de la mitad superior. Considera que el criterio diferencial no es racional ya que se agrava notoriamente la pena pecuniaria que supera, con mucho, el límite mínimo de la mitad superior. Solicita que la pena de multa sea de diez meses y dieciséis días, en lugar de once meses.

2.- No entendemos muy bien el sentido del motivo ya que plantea cuestiones absolutamente heterogéneas. El sistema de penas se fija en función de la naturaleza del reproche que el legislador estima ajustado para determinadas conductas. La privación de libertad y la multa tiene un significado distinto según la clase del delito en que se contemple. Cuando de manera conjunta el legislador impone ambas penas, el juzgador puede valorar cual es la respuesta más idónea y proporcionada. En este caso ha estimado que debía fijar la cuantía de la multa en un cifra o extensión temporal (días -multa) que nada tiene que ver, ni tiene por qué ajustarse, milimétricamente, a la opción elegida en el caso de la pena privativa de libertad.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

DECIMO.- El motivo décimo denuncia la vulneración de preceptos constitucionales y en concreto por la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y asimismo utiliza conjuntamente la vía del error de derecho para denunciar la inaplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6 en relación con los artículos 21.4 y 5 del Código Penal .

1.- La duración del proceso la fija desde la fecha de la presentación de la querrela (15 de Octubre de 1998) hasta que se dicta la sentencia recurrida (21 Mayo 2003). Estima que esa dilación no está justificada ante un delito de falsedad contable en el que los elementos probatorios eran pocos y estaban disponibles. Tampoco puede achacarse la demora a maniobras dilatorias por parte del acusado. Cita una abundante y atinada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala.

2.- Es encomiable el esfuerzo del letrado para tratar de reducir la duración de la pena de privación de libertad a límites que permitan la aplicación de la suspensión de condena, pero estimamos que una cuestión de esta envergadura debió ser objeto de tratamiento en la fase del juicio oral sobre todo si, como se pone de relieve, se demoró en exceso la acusación. Por esta causa la sentencia de instancia no se ha podido pronunciar sobre una cuestión que le ha sido sustraída.

3.- No obstante y teniendo en cuenta el concepto expansivo del recurso de casación que se viene adoptando por esta Sala, a la vista de las valoraciones hechas sobre su condición o no de instancia segunda o superior. Además se trata de la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental, lo que justifica que entremos en el debate para el que, la parte recurrente, nos proporciona mucha doctrina y escasos datos de hecho.

Examinando el rollo de la Audiencia Provincial y las vicisitudes surgidas por acumulación de resoluciones de órganos administrativos y por enfermedades de testigos, así como la abundante posición probatoria, estimamos que las demoras son admisibles y naturales en atención a la complejidad de la causa.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Examinar la causa.

UNDECIMO.- Por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la vulneración, por aplicación indebida, de los artículos 109 y 116 del Código Penal de 1.995 .

1.- Sostiene que habiendo entrado en vigor el citado Código Penal el 26 de Mayo de 1996 solamente deben fijarse los perjuicios generados a partir de esa fecha. Rechaza que se integren también todos los perjuicios causados antes de la fecha de entrada en vigor.

2.- No comprendemos si lo que se trata de alegar es que habiéndose aplicado el Código de 1995 los perjuicios anteriores quedan extinguidos o se deben reclamar por la vía civil. La alegación es sorprendente si se tiene en cuenta que se le ha aplicado la legislación más favorable y que, en todo caso, al tratarse de un balance contable el perjuicio habrá que determinarlo en el momento de su cierre que no es otro que el 31 de Diciembre de 1996, por lo que la determinación del perjuicio se ha hecho correctamente e igualmente habría sido legal si los hechos fueran de años anteriores a la vigencia del Código más favorable.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE LA ACUSACION PARTICULAR.

DUODECIMO.- La acusación particular formaliza los dos primeros motivos por la vía del error de hecho por estimar que existen documentos que acreditan el error del juzgador.

1.- Dadas las características del hecho que constituye el objeto de estas actuaciones, la mayor parte de las argumentaciones están encaminadas a demostrar que el perjuicio económico derivado de la alteración de los



balances se extiende a un tiempo superior al que figura en la sentencia y alcanza unas cantidades superiores a las fijadas.

2.- En realidad no mantiene la absoluta e inderogable realidad de los documentos que presenta como apoyo de sus motivos sino que, por la vía de la utilización de la pericia como posible documento, sostiene que los informes periciales desfavorables son erróneos. Reconoce que la prueba documental arroja conclusiones diversas según el perito propuesto por cada una de las partes. Bastaría con este reconocimiento para rechazar o inadmitir el motivo ya que es doctrina reiterada que los dictámenes periciales sólo tienen virtualidad para acreditar errores fácticos del juzgador cuando son coincidentes o exista uno sólo que por sus características y técnicas utilizadas, sea absolutamente incontrovertible.

3.- En el motivo segundo deriva el error hacia la omisión de las retribuciones exorbitantes y fijados en favor del acusado y de miembros de su familia que también deberían ser utilizados como datos documentales para aumentar la cuantía del perjuicio. En este punto el rechazo debe ser total ya que la Sala ha conocido estos documentos y no los ha valorados como acreditativos de maniobras defraudatorias por lo que en nada se ha apartado de su literalidad. En el ejercicio razonado de su libre valoración estima que dichas partidas no pueden ser incluidas en la falsedad contable.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

DUODECIMO.- El motivo tercero por la vía del error de derecho denuncia la infracción de la vigente artículo 290 el Código Penal en relación con el falseamiento contables llevado a cabo durante la vigencia del Código de 1973.

1.- Combate el hecho probado al disentir de sus afirmaciones y pretender que se incluya también en la actividad falsaria y defraudatoria a los balances contable de los años 1991 a 1995.

2.- Admite que al haberse aplicado el delito continuado su inclusión no afectaría a esta calificación jurídica pero evidentemente repercute sobre el importe del perjuicio y sobre la responsabilidad civil exigible. Reconoce que si la Sala considera que no se ha producido la conducta que mantiene la acusación, el recurso es inviable. Por ello no es necesario extendernos más sobre esta cuestión ya que está suficiente y explícitamente reconocida por la parte que alega el motivo.

Por lo expuesto le motivo debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO.- En el motivo cuarto pretende que se apliquen los artículos 252 en relación con le 249 y 250 en concurso medial con los artículos 303 y 302.4º del vigente Código Penal .

1.- Denuncia que la Sala sentenciadora que se ocupa de esta cuestión en el fundamento de derecho segundo, ha rechazado la pretensión, argumentado sobre la inexistencia de los presupuestos jurídicos necesarios para estimar la existencia de un delito de apropiación indebida cometido instrumentalmente por medio de una falsedad documental.

2.- Sorprende esta afirmación ya que la desestimación de la falsedad documental está justificada por el hecho de que la calificación jurídica es la de falsedad contable lo que, ya de por sí, impide cualquier posible aplicación redundante y prohibida de un mismo tipo penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- En el motivo quinto se alega la vulneración de los artículos 109.110. y 123 relativos a la fijación de la responsabilidad civil.

1.- La parte recurrente vuelve separarse de los hechos probados y demanda, antes de que se apliquen dichos preceptos, que se incorporen en la responsabilidad civil no sólo los ingresos ocultados por cafetería sino también los de las máquinas tragaperras y teléfono así como los balances de 1991 a 1995. Realiza por su cuenta un cálculo que estima adecuado y eleva notablemente la cantidad que considera defraudada.

Sale al paso de lo que se declara en la sentencia sobre la no presentación de una demanda civil para definir los beneficios que se han de repartir y advierte que ese hecho no es obstáculo para que la acumulación de la acción civil a la penal exima de esta obligación. A partir de esta afirmación de carácter jurídico dedica, una vez más, sus esfuerzos a combatir y materializar los hechos probados haciendo cálculos y operaciones sobre documentos que ya han sido valorados por la sentencia. En definitiva termina solicitando más de ochenta y cuatro millones de pesetas de indemnización.

2.- Sin perjuicio de la cuestión jurídica suscitada tenemos que hacer una referencia al apartado I de los hechos probados ya que sin su contenido no es posible abordar esta cuestión. Nos encontramos ante una sociedad, cuyo administrador era el acusado, que establece en 1986 con el padre y causante de la acusadora particular



un contrato por el que "el Sr. Serafin ponía en común el importe del alquiler del local de su propiedad, del que era la arrendataria la sociedad y esta aportaría los beneficios netos obtenidos por la explotación del negocio de bingo, cafetería del bingo y máquinas de azar allí colocadas". Después de excluir otros conceptos se acordó que los beneficios obtenidos se dividían por mitad.

En consecuencia el objeto del contrato se circunscribe exclusivamente a los términos que han quedado entrecorillados sin que pueda incluirse cláusula alguna en contra del sentido claro y terminante del hecho probado.

En el apartado II, se hace referencia a la denuncia penal por ocultación de ingresos y aumento injustificado de gastos que terminó en absolución y un procedimiento civil limitado a instar actuaciones de control y rendición de cuentas.

Dice la sentencia que no consta que se presentase demanda, ni para definir si eran no repercutibles en el cálculo de costes determinados conceptos, ni para liquidar, con exactitud, los importes de los beneficios a repartir por razón del citado contrato.

3.- Esta última expresión pudiera inducir a una cierta equivocación en los términos ya que se ha dicho clara y terminantemente que los beneficios se dividían por la mitad. Parece ser que lo que no se determinó con exactitud y precisión fue la forma de calcular y regular los beneficios y las operaciones que había que realizar para calcularlos.

La calificación de este contrato presenta similitudes con el de cuentas en participación en cuanto que se ponen en común dinero, bienes e inmuebles con absoluta identificación y reserva para una empresa común y repartirse las ganancias. Se ajusta a las previsiones del Código de Comercio cuando dice que podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo con la parte de capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus resultados prosperos o adversos en la proporción que determinan (art. 239 Código de Comercio). La actuación se produce en contravención de este acuerdo y con los medios o actividades que se describen en el hecho probado que no son otros que las alteraciones o falsedades contables de la empresa común realizadas la mayor parte de ellas en la sociedad de la que el acusado era administrador y en la contabilidad de los gastos e ingresos de la empresa común.

En consecuencia y ajustándonos el relato fáctico la pericia versa sobre las actividades que pueden considerarse neta y acreditadamente delictivas dejando a un lado todo aquello que queda al margen de las exigencias del tipo penal aplicado por lo que no cabe apartarse de sus estrictos términos e introducir temas que nada tienen que ver con el mismo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos respectivamente por la acusación particular encarnada por Angelina y por Casimiro , contra la sentencia dictada el día 21 de Mayo de 2003 por la Audiencia Provincial de Pontevedra en la causa seguida contra éste último por un delito de falsedad contable. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. José Antonio Martín Pallín D. Joaquín Giménez García D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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