



Roj: **STS 1251/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1251**

Id Cendoj: **28079120012018100153**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **689/2017**

Nº de Resolución: **179/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION/689/2017

RECURSO CASACION núm.: 689/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 179/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 12 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. Gumersindo y **ASTEYA S.L.**, contra la sentencia nº 39/2017 de fecha 23 de enero de 2017 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, procedimiento abreviado núm. 52/2016-C, en causa seguida contra D. Gumersindo y D. Ramón, por delitos de falsedad, societario y contra el patrimonio, interviniendo como responsable civil subsidiario ASTEYA S.L. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; los recurrentes representados por el procurador D. Ricardo Ludovico Moreno Martín Rico y asistido por letrado D. Valentín Vinyals Martí, y en representación de ASTEYA S.L la procuradora D.ª María Teresa Guijarro de Abia, bajo la dirección letrada de D. Javier Sánchez Beltrán y, como parte recurrida PRODUCCIONES LUMER S.A; SOCIEDAD PROFESIONAL DE PERIODISMO S.L; D. Abelardo y D.ª Susana representados por el procurador D. José Rafael Ros Fernández y asistidos por el letrado D. Mario Pascual Vives.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 13 de Barcelona, incoó diligencias previas núm. 4751/2011, seguidas ante la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), contra D. Gumersindo y D. Ramón que, con fecha 23 de enero de 2017, dictó sentencia nº 39/2017 que contiene los siguientes **hechos probados** :

<< Gumersindo , mayor de edad y sin antecedentes penales, era administrador único de la sociedad anónima ASTEYA en la época a la que se referirá y como tal, y por tener una profunda relación de amistad con Abelardo , su esposa e hijos, empezó a administrar parte de sus bienes, especialmente los ingresos económicos que percibía por su actividad profesional como periodista. Al tiempo, y ello fue cuando menos a partir del año 2.007 y hasta finales de agosto de 2.011, Gumersindo en el referido concepto, estuvo realizando otras operaciones de captación de dinero de familiares suyos, con el aparente fin de invertirlos. Entre las operaciones que pudo realizar, se han probado las siguientes:

Recibió en, en (*sic*) su condición de administrador de ASTEYA S.A. y en octubre de 2.009, 103.000€ de Mariola con la promesa de que los iba a invertir en "bonos y deuda del estado y obligaciones segregables" que le producirían una rentabilidad del 6%, procediendo en momentos posteriores y hasta inicios del año 2.011 a realizar otras aportaciones con idéntica o parecida finalidad, sin que justificara nunca haber realizado las inversiones que justificaran las entregas dinerarias, así que lejos de cumplir con su compromiso, hizo suya parte del dinero recibido y del que decía había generado, haciendo suyos 71.341 euros que pertenecían a aquéllas. Obrando de igual manera -siempre arguyendo que iba a invertir el dinero que le dieran a tal fin en operaciones muy productivas- y en las mismas fechas, recibió de los hijos de aquella, Leonardo y Teodulfo -con quien tenía el acusado una antigua relación de amistad-, diversas cantidades de las que parte devolvía para generar su confianza y lograr así posteriores aportaciones, haciendo suyos en definitiva 3.884 euros de los que había conseguido le entregara Leonardo y 3.784 de los que le había aportado Teodulfo .

De igual manera, anunciando que iba a invertirlos en pingües operaciones, ya desde el año 1.991 y hasta mediados de 2.011, fue recibiendo -en su condición de administrador de ASTEYA S.A. y con aquel fin-, diversas cantidades de parte de Borja . Si bien no ha podido probarse en qué momento empezó a realizarlo, el acusado Hugo hizo suya una cantidad que en la moneda de curso legal en la actualidad, asciende a 101.527 euros, y que debiera haber entregado a dicho Borja , sin haberlo hecho. De dicha suma total, parte correspondería directamente al líquido recibido del burlado inversor, mientras que una parte, la restante, obedecería a la cantidad que efectivamente obtuvo de las inversiones que sí realizó, o de las que dijo haber realizado sin ser ello cierto.

Como consecuencia de la relación de amistad que con los cónyuges Abelardo y Susana , amistad que también tenía con las personas anteriormente citadas, aquéllos le encomendaron que a través de la sociedad anónima ALTEYA, les gestionara las sociedades que habían creado: la anónima "Producciones Lumer" y la limitada "Sociedad profesional de periodismo", la administración práctica (aunque de la segunda formalmente lo fuera el propio Abelardo) y contabilidad de las cuales asumió en exclusiva. Ya, como mínimo desde el año 2.005, Hugo empezó a desviar fondos de ambas sociedades, haciendo constar en la contabilidad de ambas datos que no se correspondían con la realidad, como inversiones que en la práctica no se realizaron. Obrando así y durante el período comprendido entre ese año y el mes de agosto de 2.011 en que fue descubierta su práctica, Hugo hizo suyo un total de 8.945.649'46 euros de la sociedad anónima Producciones Lumer, y otros 5.435.144'46 de la limitada Sociedad profesional del periodismo.

Después de haber sido puesto en libertad, tras haber sido detenido y puesto a disposición judicial Gumersindo por razón de los hechos anteriormente descritos y de los que se había reconocido en general ser autor, el 2 de noviembre del mismo año 2.011, ingresó en su cuenta corriente la cantidad de 37.172'57 euros correspondiente a un plan de pensiones del que era titular, dedicando tal importe a satisfacer deudas contraídas con diversas personas de su confianza>>.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, dictó sentencia núm. 39/2017 de fecha 23 de enero de 2017 con el siguiente **pronunciamiento** :

<<FALLO: ABSOLVEMOS a Ramón de toda responsabilidad penal por los hechos por la supuesta comisión de los cuales fue juzgado, declarándose de oficio las costas a él causadas.

CONDENAMOS a Gumersindo , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida y uno societario también continuado, previamente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

Por el delito continuado de apropiación indebida siete años y seis meses con una cuota de diez euros día y por el delito continuado societario de falsificación de cuentas, la pena de tres años de prisión, con idéntica inhabilitación, y multa de diez meses con idéntica cuota.

En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Mariola con



71.341 euros, a Leonardo con 3.884 euros, a Teodulfo en la de 3.784 euros, a Borja en 101.527 euros, a Faustino en

454.000 euros, a Raimunda e Onesimo en 44.135 euros, a Producciones Lumer S.A. en 8.945.649'46 euros y a Sociedad Profesional del periodismo S.L. en 5.435.144'46 euros, más los intereses legales de todas dichas cantidades hasta su total pago y desde la fecha de esta resolución.

De todas estas cantidades responderá de manera subsidiaria ASTEYA S.A. Le ABSOLVEMOS del delito de alzamiento de bienes por el que fue acusado.

Se le imponen todas las costas procesales causadas, excepto la mitad de las causadas a la acusación particular ejercitada en nombre de "Producciones Lumer S.A." y otros.

Esta sentencia no es firme ya que contra ella podrá interponerse en el término de cinco días y por medio de escrito a presentar en esta Sección, recurso de casación por infracción de ley y también por quebrantamiento de forma. Llévase el original de la resolución al libro de las definitivas de esta Sección, y testimonio de ella a la causa>>.

2. 1.- La Audiencia de instancia, dictó auto de aclaración de sentencia de fecha 1 de febrero de 2017.

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

CUARTO.- La representación legal del recurrente D. Gumersindo , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

Motivo primero .- Al amparo del art. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ ambos en relación con los arts. 24.1 y 120.3 CE .

Motivo segundo .- Infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de los arts. 74 y 290 del CP , e inaplicación del art. 8.3 del CP en relación con los actos de autoencubrimiento impune y el principio de consunción.

Motivo tercero .- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECrim , por inaplicación indebida de la atenuante analógica de confesión (art. 21.7 en relación con el art. 21.4 CP).

Motivo cuarto .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por inaplicación indebida de la atenuante ordinaria o analógica de reparación del daño (art. 21.5 , o 21.5 en relación con el 21.7 del CP).

Motivo quinto .- Infracción de ley, al amparo del art. 849 de la LECrim , por aplicación indebida de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 20.6 del CP en relación con el art. 24.2 de la CE).

Motivo sexto .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de la atenuante de los arts. 58 y 59 del CP en relación al abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional con la obligación de comparecencia ante el Juzgado.

Motivo séptimo .- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim , por incongruencia omisiva.

QUINTO.- La representación legal del recurrente ASTEYA S.A, basa su recurso en único motivo de casación:

Motivo único .- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ por inaplicación de los arts. 24.1 y 120.3 de la CE y también del art. 120.4 del CP .

SEXTO .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 7 de julio de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión y, subsidiariamente la desestimación de los motivos del recurso interpuesto.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 6 de marzo de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de fecha 23 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona , en el marco del procedimiento abreviado núm. 52/2016, condenó al acusado Gumersindo como autor de sendos delitos continuados de apropiación indebida y societario, a las penas de 7



años y 6 meses de prisión y multa de 15 meses con una cuota diaria de 10 euros, por el primero de ellos, y 3 años de prisión y multa de 10 meses con idéntica cuota, por el delito societario. También declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Asteya S.A respecto de las cantidades a cuyo abono fue condenado Hugo .

Se interpone recurso de casación por el acusado y por la entidad declarada responsable civil subsidiaria. Sus impugnaciones van a ser objeto del tratamiento individualizado.

RECURSO DE GUMERSINDO

1.1.- El primero de los motivos se formaliza por quebrantamiento de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la CE, en el sentido de que la sentencia recurrida carece de motivación suficiente, al no argumentar las razones por las que se da preferencia a una pericial frente a la otra, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización a favor de Producciones Lumer S.A y Sociedad Profesional de Periodismo S.L.

Argumenta la defensa que La sentencia recurrida en su FJ 5º, bajo el epígrafe *Responsabilidad Civil*, cuando cuantifica la cantidad de la que se lucró indebidamente el acusado descapitalizando las sociedades de Abelardo, (Producciones Lumer S.A, y Sociedad Profesional de Periodismo S.L), da una mayor credibilidad al informe pericial redactado por el perito Anselmo, que lo presentó a instancias del Sr. Abelardo, que al informe redactado por Higinio, que lo presentó a instancias del acusado, sin motivar las razones por las que da preferencia a una pericial frente a la otra, y sin motivar los argumentos por los que considera que la cifra defraudada asciende a 8.945.649,46 €, en Producciones Lumer S.A, y a 5.435.144,46 € en Sociedad Profesional de Periodismo S.L, todo ello, a pesar de que el Tribunal no duda de la plena imparcialidad y total objetividad de ambos peritos. Ser más preciso y detallado -apunta la defensa- no es un argumento de motivación.

En relación a Producciones Lumer S.A, el Tribunal no motiva las razones por las que considera que la cantidad defraudada asciende a 8.945.649,46 €, y no a los 65.598,56 € como sostiene el perito Higinio, (folios 1136 a 1166, 1360 a 1373), cuando la inexistencia de datos anteriores al año 2005, no permite conocer la realidad contable de dicha sociedad, y por consiguiente, no es posible determinar la existencia de una defraudación anterior al año 2005, por lo que «... ante la duda, y la falta de información, no puede considerarse defraudación».

Insiste el recurrente, en relación con la Sociedad Profesional de Periodismo S.L, en que el Tribunal tampoco motiva las razones por las que considera que la cantidad defraudada asciende a 5.435.144,46 €, en vez de a los 3.152.531,92 €, que sostiene el perito Sr. Higinio (folios 1136 a 1166, 1360 a 1373).

El motivo es inviable.

1.1.1.- La STC 21/2008, 31 de enero, recordaba que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, F. 6 ; 108/2001, de 23 de abril, F. 3 ; 20/2003, de 10 de febrero, F. 5 ; 170/2004, de 18 de octubre, F. 2 ; 76/2007, de 16 de abril. Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril, F. 3 ; 20/2003, de 10 de febrero, F. 6 ; 148/2005, de 6 de junio, F. 4 ; 76/2007, de 16 de abril, F. 7).

1.1. 2.- La motivación de las resoluciones judiciales constituye, por tanto, un presupuesto para el adecuado control de la aplicación de la legalidad penal. Tiene razón el recurrente cuando reivindica su presencia, pero no cuando atribuye ese déficit constitucional a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

En efecto, la sentencia de instancia en su apartado 5º expresa -motiva- las razones de la opción por uno de los informes periciales. Allí puede leerse:

«... por lo que respecta a la indemnización a fijar en favor de Abelardo, en su condición de titular de las sociedades Lumer S.A. y Profesional del periodismo S.L., se ha contado con dos -muy- distintas pruebas periciales encaminadas a un mismo fin: cuantificar la cantidad en la que se lucró indebidamente el acusado, cantidad que suponía el equivalente perjuicio para sus víctimas referidas. El informe pericial de Anselmo ha sido plenamente convincente para los miembros del tribunal, siendo mucho más preciso y detallado que el emitido por el otro perito, Higinio. No se pone en duda por parte de los infrascritos la plena imparcialidad y la total objetividad de ambos peritos, pero sí se tiene en consideración que el segundo de los mencionados estuvo, como el mismo



reconoció, vinculado profesionalmente a la asesoría de la que era titular el acusado (dijo haberlo estado entre uno y dos años), tal vez pudiera estar influido por esta relación».

Concluye el Tribunal de instancia con el siguiente razonamiento: *«... ello es así porque así ha resultado de la prueba, y si bien podría decirse que el otro perito fue designado por la parte acusadora precisamente por tener previamente relaciones con el hijo del acusador, no parece que esta relación fuera más que profesional, lo cual evidentemente no le hacía inhábil para emitir el informe pericial ni para dudar de esa profesionalidad y compromiso de veracidad, Por otra parte, las razones dadas por uno y otro perito sobre cuáles . podrían ser las razones por las que diferían el saldo final de un ejercicio contable y el saldo inicial del siguiente, han resultado más claras, motivadas y lógicas las que aportó el primero de los dos peritos ».*

Basta una lectura detenida de estos pasajes de la sentencia cuestionada para descartar cualquier defecto motivacional. Los Jueces de instancia han expresado las razones por las que otorgan mayor credibilidad a un perito frente a otro y, sin dudar de su integridad profesional, entienden que el dictamen de Anselmo fue mucho más convincente.

En cuanto a la objeción del recurrente, referida a la inexistencia de contabilidad anterior al año 2005, la Sala hace suyas las palabras del Fiscal en su dictamen de impugnación, cuando recuerda que nada impide determinar el importe de la defraudación. De hecho, la prueba pericial refleja que se apoyó para su determinación en las conciliaciones bancarias, en los extractos que reflejan los movimientos de las cuentas aportadas por los bancos y unidos en anexo al informe pericial. Y por lo que afecta a la percepción de honorarios por el perjudicado Abelardo , de cuya falta de cobro -sostenía la defensa- no hay prueba alguna, el perito pudo explicar (folio 642) que se registraban retribuciones muy elevadas a favor de aquél, al que se practicaban retenciones tributarias y, sin embargo, el neto resultante a su favor no le era abonado en ningún momento, la mayor parte en el período cronológico entre los años 2005 y 2011. En los casos en los que esas entregas eran efectivamente realizadas, se registraban de forma explícita en las conciliaciones bancarias. La diferencia que resulta es un saldo a favor de Abelardo de 2.300.000 euros.

En definitiva, el dictamen pericial sometido a contradicción en el plenario y al que los Jueces de instancia confieren mayor exactitud y credibilidad, despeja cualquier duda acerca de los argumentos exculpatorios hechos valer por la defensa, relacionados con la ausencia de una contabilidad anterior al año 2005 y el cobro de honorarios por parte del perjudicado Abelardo . En cualquier caso, no debe olvidarse que el hecho probado contiene una acotación temporal de especial relevancia, pues sitúa el desvío de fondos, precisamente, a partir del año 2005: *«... ya, como mínimo desde el año 2.005, Hugo empezó a desviar fondos de ambas sociedades, haciendo constar en la contabilidad de ambas datos que no se correspondían con la realidad, como inversiones que en la práctica no se realizaron. Obrando así y durante el período comprendido entre ese año y el mes de agosto de 2.011 en que fue descubierta su práctica, Hugo hizo suyo un total de 8.945.649'46 euros de la sociedad anónima Producciones Lumer, y otros 5.435.144'46 de la limitada Sociedad profesional del periodismo ».*

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

2.- El segundo de los motivos se hace valer al amparo del art. 849.1 de la LECrim . Denuncia aplicación indebida de los arts. 74 y 290 del CP e inaplicación indebida del art. 8.3 del CP .

Estima la defensa que los actos falsarios que imputa la sentencia recurrida a Hugo , ligados al falseamiento de las cuentas sociales anuales, carecen de sustantividad propia, al quedar absorbidos como actos de autoencubrimiento impune. La declaración mendaz incorporada a los libros contables -se arguye- no tenía otro objeto que aparentar que se estaban realizando las inversiones. Su actuación, por tanto, debía reputarse impune, al tratarse de un acto posterior copenado, en la medida en que no había otro interés que el de no verse comprometido en la comisión de una grave infracción penal.

El motivo ha de ser rechazado.

En apoyo de la tesis impugnatoria se invocan dos precedentes de esta Sala. Las SSTs 446/2003, 28 de mayo y 1009/2009, 14 de octubre . Sin embargo, ninguno de ellos proporciona una regla jurídica exportable al supuesto de hecho que ahora centra nuestra atención.

La primera de esas resoluciones - STS 446/2003 - es cierto que estimó el recurso y consideró que el uso de documento mercantil falso debía quedar absorbido en el delito de apropiación indebida. Sin embargo, examinado el juicio histórico que está en la base de esa resolución, se observa que el acusado hizo uso de ese documento falso -la entrega de un impreso con un membrete y un sello húmedo de una entidad mercantil- con el fin de encubrir y así justificar en la contabilidad la distracción de 1.156.000 ptas. Se trata de la alteración en la integridad de un único documento que, incluso en el estricto plano cronológico, se realiza con posterioridad al acto de distracción y con la exclusiva finalidad de ocultar su existencia.



Algo similar puede decirse de la secuencia fáctica que da vida a la STS 1009/2009, 14 de octubre . En esta resolución se califica como acto copenado la aportación por el acusado en diligencias penales de falsas escrituras privadas de compraventa de terrenos a su favor, en el marco de un proceso penal abierto para indagar una posible responsabilidad criminal por estafa y falsedad. Razonábamos entonces que la aportación a juicio de los documentos privados falsos *«... diluye su sustantividad típica, en la medida en que no es sino un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro de carácter precedente »*.

En los hechos imputados a Hugo no se alude a una puntual alteración falsaria, íntimamente ligada a un acto apropiatorio concreto que quiera ser objeto de encubrimiento, ni a una presentación en juicio de documentos falsos para justificar una falsedad material preexistente. De lo que ahora se trata es de un desvío de fondos entre las sociedades Producciones Lumer y Sociedad Profesional de Periodismo que se prolonga, al menos, durante 6 años y que permitió al acusado hacerse con más de 14 millones de euros. Estamos en presencia, por tanto, de una alteración de toda la estructura contable de ambas entidades, sancionada por el art. 290 del CP . Nada de lo reflejado en sus libros se ajustaba a la realidad. La conducta del acusado iba mucho más allá de la creación falsaria encaminada al autoencubrimiento de una u otra operación ejecutada en exclusivo lucro.

Esta solución contraria al criterio sugerido por la defensa es, por otra parte, la regla conforme a la cual ha resuelto esta Sala la relación entre el delito de apropiación indebida y la falsedad contable. En efecto, hemos dicho que no puede considerarse el delito del art. 290 como un autoencubrimiento impune en relación con un precedente delito de apropiación indebida. O bien se aprecia un concurso ideal, si se dan las condiciones legales para ello, o bien se estima un concurso real. En palabras de la STS 1217/2004, 2 de noviembre : *«... en modo alguno, se puede entender que la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado, falsificación art. 290, fue absorbido por el otro, apropiación indebida, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es insubsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se penara sólo la apropiación y no la falsedad societaria, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo »*. En el mismo sentido, se han pronunciado las SSTS 413/2009, 11 de marzo y 78/2014, 28 de enero , entre otros precedentes de esta Sala.

Por cuanto antecedente, procede la desestimación del motivo entablado (arts. 885.1 y 2 de la LECrim).

3 .- El tercero de los motivos, con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim , también denuncia infracción de ley, por inaplicación de la atenuante analógica de confesión, regulada en los arts. 21.7 y 21.4 del CP .

Sostiene el recurrente que en la instrucción de esta causa, jugaron un papel determinante la confesión, arrepentimiento y colaboración del acusado Hugo , tanto inicialmente mediante las cartas de confesión dirigidas a las personas perjudicadas, (folios 121 bis a 134 bis) y a la propia autoridad judicial, como, posteriormente, en su declaración policial, (folios 63 a 66) y judicial (folios 90 a 93). Asimismo el recurrente reconoció las cantidades que adeudaba a los perjudicados (folios 735, 1083 y 1478).

El motivo no puede ser acogido.

Los Jueces de instancia han rechazado la aplicación de la atenuante de confesión, incluida su modalidad analógica, al estimar que Hugo

«... en ningún momento ha asumido la totalidad de los hechos ilícitos que se ha probado que cometió ». Ha descartado también el valor atenuatorio de las cartas redactadas por el acusado en el momento de su intento de suicidio porque

«... las cartas en cuestión no fueron cursadas y se desconoce si hubieran llegado a ser conocidas de no haber intervenido en la búsqueda del acusado sus hijos ».

Tienen razón los Jueces de instancia. Para alinearnos en su línea de razonamiento, basta reparar en los numerosos precedentes en los que hemos recordado, a la hora de perfilar los límites de la atenuante analógica de confesión, que las razones de política criminal que laten en los presupuestos exigidos para su apreciación *«... se difuminan cuando falta un requisito implícito en el enunciado de la atenuante genérica, esto es, la veracidad de la confesión. De otro modo, adjudicando a una confesión incompleta o interesada el privilegio de la atenuación, se aleja la rebaja de la pena de su fuente legitimante»* (cfr. SSTS 427/2017, 14 de junio ; 527/2008, 31 de julio ; 622/2011, 15 de junio ; 61/2010, 28 de enero y 1063/2009, 29 de octubre).

En el presente caso, como recuerda el Fiscal en su dictamen de impugnación, la carta dirigida a la autoridad descubierta por los hijos no es una confesión del culpable ante la autoridad y, desde luego, no cumple el requisito de temporalidad. Por lo demás, las declaraciones del investigado, en el atestado y ante el Juzgado



de Instrucción -pese a lo que afirma la defensa en la argumentación del motivo- no fueron completas, ya que ocultó un dato relevante, la cuantía de las importantes cantidades defraudadas a las sociedades Producciones Lumer y Sociedad Profesional del Periodismo, actitud que ha mantenido a lo largo de todo el procedimiento, en el plenario e incluso en el presente recurso de casación, en el que se sigue negando el débito en el importe en el que ha sido cuantificado por el Tribunal sentenciador, con fundamento en la pericial contradictoria practicada en el juicio oral.

El motivo carece de fundamento y ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

4 .- El cuarto de los motivos, con idéntica cita del art. 849.1 de la LECrim y una laboriosa cita de jurisprudencia de esta Sala, denuncia la indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño, prevista en el art. 21.5 del CP y subsidiariamente la atenuante analógica que autoriza el art. 21.7 del mismo texto punitivo.

Arguye la defensa que el acusado, desde el primer momento, tal y como se puede observar en la declaración que prestó en el Juzgado el día 2 de septiembre de 2001 (folio 92), puso a disposición de los perjudicados la totalidad de su patrimonio, para la satisfacción del daño causado. Posteriormente aportó al Juzgado una relación con todos los bienes de que era titular, poniéndolos nuevamente a disposición de los perjudicados. Mediante resoluciones de fecha 21 de noviembre de 2011 (folio 23 y ss, Tomo I pieza RC) y 22 de junio de 2012 (Folios 929- 930 Tomo 2 Pieza RC), se acordó el embargo de todos los bienes y derechos de que Hugo era titular (saldos, depósitos y cuentas bancarias, bienes muebles e inmueble, acciones y participaciones), por lo que la totalidad de su patrimonio, el 100%, quedó embargado y a disposición de los perjudicados. En fecha posterior, se puso en conocimiento del Juzgado la existencia de un crédito antiguo que, por su antigüedad no recordaba, para que fuera cobrado directamente por el juzgado, (crédito del amarre nº 28 de Roda de Barà, por importe de 21.098,77 €), como así lo fue.

En definitiva, sostiene el recurrente que, *«... a pesar del esfuerzo reparador (...), la actitud pasiva de los querellantes ha obstaculizado la realización forzosa de tales bienes, y que los daños ocasionados hubiesen quedado satisfechos, aunque solamente fuera en parte»* .

El motivo ha de decaer.

La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo , 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «ex post facto», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre ; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP , pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero , entre otras).

Pero por más flexibilidad que queramos otorgar a esta circunstancia modificativa -tanto en su consideración de atenuante específica como analógica-, lo cierto es que el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado Hugo , en la medida en que representa un delito contra el patrimonio, admite una reparación que, cuando menos, ha de transmitir al perjudicado la sensación de que las consecuencias del delito se han visto neutralizadas -o, al menos, sensiblemente aminoradas- a partir del esfuerzo reparador. La víctima que ha sufrido en su patrimonio el acto expropiatorio ejecutado por el acusado no puede ser obligada a aceptar como reparación atenuatoria la puesta a disposición del juzgado de un listado de bienes que, si bien se mira, no es sino expresión de un lamentable estado de insolvencia que se halla en llamativo contraste con el elevadísimo importe de las cantidades distraídas. En el juicio histórico, presupuesto fáctico al que ajustarse para la aplicación de la atenuante reivindicada, se dice expresamente que con fecha 2 de noviembre de 2011 *«... ingresó en su cuenta corriente la cantidad de 37.172'57 euros correspondiente a un plan de pensiones del que era titular, dedicando tal importe a satisfacer deudas contraídas con diversas personas de su confianza »*. Pues bien, si se contrasta esa cantidad con el importe total del que se apoderó Hugo -más de 13 millones de



euros-, las razones para la inaplicación de la atenuante y, en este momento, para la desestimación del motivo se hacen más que evidentes (art. 885.1 LECrim).

5 .- El motivo quinto sirve de vehículo formal para postular la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 20.6 del CP .

Destaca la defensa que el presente procedimiento penal se inició en el mes de septiembre de 2011. En el momento en el que se celebró el juicio oral habían transcurrido ya más de 5 años desde su inicio, un tiempo excesivo si se tiene en cuenta que el principal responsable de los hechos, el acusado Hugo , los confesó al inicio de la instrucción, y que además, no guarda proporción con la complejidad de la causa, pues las periciales contables a las que se refiere la sentencia ya se disponían en Julio de 2012, por tanto, 4 años antes de la celebración del juicio oral, de tal modo que el plazo previsible no resulta proporcionado a las características del procedimiento, según se desprende de la tramitación de la causa.

El recurrente puntualiza que «...si bien no existen períodos especialmente significativos de inactividad procesal, sí cabe apreciar una excesiva duración de la misma no atribuible a Hugo ».

El motivo es inviable. Lo impide la doctrina constitucional de esta Sala que, con elogiada minuciosidad, transcribe la defensa en el desarrollo de su recurso. El fundamento de la atenuación no puede identificarse con el descontento de la parte por la duración del proceso. En efecto, en las SSTS 115/2016, 11 de mayo y 446/2015, 6 de julio , con cita de la STC 54/2014, 10 de abril , decíamos que para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto «no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando» (STC 153/2005, de 6 de junio , FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio , FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE , afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2 ; 93/2008, FJ 2 ; 94/2008, FJ 2 , y 142/2010 , FJ 3, entre otras).

En el presente caso, los Jueces de instancia han negado la procedencia de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas por tratarse de una instrucción ciertamente compleja, «... *muy especialmente las periciales contables indispensables para poder fijar no sólo el importe de lo defraudado, sino también determinar si eran apreciables las agravantes específicas*».

Más allá de lo razonable de esta justificación, el Fiscal se detiene en la falta de ralentización de los sucesivos actos procesales que subraya el recurrente. Es cierto -argumenta- que hay dos resoluciones judiciales de la Audiencia contradictorias entre sí, que resuelven el recurso de apelación contra el auto de transformación del procedimiento abreviado, pero son autos próximos en el tiempo, de 14 de junio y de 18 de julio de 2013, respectivamente, y el auto que declara la nulidad del segundo es de 23 de diciembre del mismo año. Transcurren cinco meses hasta que se resuelve el error mediante la declaración de nulidad, periodo de tiempo que no merece la calificación de dilación extraordinaria.

Por cuanto antecede, resulta obligada la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

6 .- El sexto motivo se formaliza por infracción de la ley de conformidad con el artículo 849-1º de la LECrim , por aplicación indebida de los artículos 58 y 59 del Código Penal , en relación al abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia ante el Juzgado del acusado Hugo .

Las razones para la desestimación del motivo están expresadas con claridad en el dictamen de impugnación del Ministerio Fiscal. El artículo 59 CP establece que « *cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta*



en aquella parte que estime compensada ", precepto que ha sido interpretado por el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de Diciembre de 2013, en el que cual proclamó esta Sala que *" la obligación de comparecencia periódica ante el órgano Judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado "*.

El referido acuerdo ha sido aplicado en diversos precedentes, de los que las SSTS 758/2014, 12 de noviembre ; 888/2014, 23 de diciembre ; 332/2015, 3 de junio y 629/2015, 18 de octubre , son elocuentes ejemplos.

No obstante, el cómputo de esa medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia *apud acta*, ha de practicarse en fase de ejecución, mediante una decisión que, además, es susceptible de recurso de casación. La defensa anticipa, por tanto, lo que habría de ser suscitado, en su caso, en la ejecutoria que siga a la firmeza de la sentencia de instancia.

En consecuencia, el motivo debe desestimado.

7.- El séptimo motivo de casación se sostiene al amparo del art. 851.3 de la LECrim y denuncia incongruencia omisiva, al omitirse en el juicio histórico de la sentencia toda referencia a los hechos denunciados por Faustino , Raimunda e Onesimo a quienes el fallo, sin embargo, reconoce el derecho a una indemnización de 454.000 y 44.135 euros respectivamente.

El motivo no puede prosperar.

La sentencias de esta Sala 508/2017, 4 de julio ; 636/2015, 27 de octubre y 444/2015, de 26 de marzo , recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, de 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (F.J.5º).

Pues bien, en el presente caso, el rechazo del motivo se justifica por varias razones. La primera, que el silencio de la Audiencia no afecta a una pretensión debidamente formalizada por el recurrente. Se trata de la respuesta a la pretensión que hizo valer el Ministerio Público en su escrito de conclusiones provisionales (folio 2075, tomo IX), elevadas luego a definitivas en el plenario. Es decir, el importe indemnizatorio no se incorpora al desenlace del proceso de forma inesperada, sorpresiva, sin conexión con una secuencia fáctica constitutiva de delito. Antes al contrario, había sido perfectamente delimitado en el objeto del proceso. El abuso de confianza en que incurrió el acusado respecto de Faustino , Raimunda e Onesimo formaba parte de los hechos inicialmente imputados al acusado y luego integrados en la acusación del Ministerio Público. Hugo y su propia defensa conocían perfectamente los presupuestos fácticos de ese desenlace indemnizatorio. Y han podido defenderse de él. De hecho, en ningún momento alegan indefensión. Su reivindicación tiene un sabor exclusivamente formal, de ahí la vía utilizada para hacerla valer.

Es cierto que la omisión de la Audiencia respecto de los presupuestos fácticos que respaldan esos importes indemnizatorios encierra una lamentable irregularidad formal. Pero con ella no se resiente de manera irreversible la estructura lógica de la sentencia recurrida. La Sala no detecta una indefensión constitucionalmente relevante. Y por más elasticidad con la que, en no pocas ocasiones, nos adentremos en la *voluntad casacional* del recurrente para desentrañar el sentido de una u otra impugnación, en el presente caso, a la vista de la vía seleccionada por la defensa, no podemos asumir la tarea de sostener el desacuerdo del recurrente con unos hechos probados que podrían haber sido objeto de ataque con respaldo en otros preceptos.

Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

8.- El primero y único de los motivos entablados por la representación legal de la entidad Asteya S.L sostiene, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a una resolución suficientemente motivada (arts. 24.1 y 120 CE).



Se alega por la entidad recurrente que la sentencia cuestionada no argumenta las razones por las que Asteya S.L ha sido considerada responsable civil subsidiaria, cuando de los hechos probados no se desprende una participación en los hechos y, por tanto, que tenga que asumir ninguna responsabilidad civil. Se lamenta, además, el hecho de que el Tribunal de instancia haya dado mayor credibilidad al dictamen pericial presentado por la acusación particular frente al informe aportado por el acusado.

El motivo no puede prosperar.

La queja acerca de las razones por las que el órgano jurisdiccional opta por una u otra de las explicaciones de los peritos que dictaminaron en el plenario, ya fue objeto de atención y respuesta en el primero de los motivos desarrollados por la representación legal de Hugo . A lo expuesto en el apartado 1.1 de la presente resolución nos remitimos.

Igual suerte desestimatoria ha de correr la censura a la defectuosa motivación de las razones por las que la entidad recurrente ha sido declarada responsable civil subsidiaria. No existe tal.

En el juicio histórico se proclama que «... como consecuencia de la relación de amistad que con los cónyuges Abelardo y Susana , amistad que también tenía con las personas anteriormente citadas, aquéllos le encomendaron que a través de la sociedad anónima ALTEYA, les gestionara las sociedades que habían creado: la anónima "Producciones Lumer" y la limitada "Sociedad profesional de periodismo", la administración práctica (aunque de la segunda formalmente lo fuera el propio Abelardo) y contabilidad de las cuales asumió en exclusiva. Ya, como mínimo desde el año 2.005, Hugo empezó a desviar fondos de ambas sociedades, haciendo constar en la contabilidad de ambas datos que no se correspondían con la realidad, como inversiones que en la práctica no se realizaron. Obrando así y durante el período comprendido entre ese año y el mes de agosto de 2.011 en que fue descubierta su práctica, Hugo hizo suyo un total de 8.945.649'46 euros de la sociedad anónima Producciones Lumer, y otros 5.435.144'46 de la limitada Sociedad profesional del periodismo ».

Fue, por tanto, a través de la sociedad recurrente como se canalizó el flujo dinerario que acabó en los bolsillos del acusado. Ya en el apartado referido a la fundamentación de la responsabilidad civil, puede leerse: «... en todo caso, responderá civilmente con carácter subsidiario de todo el montante económico derivado de la criminal actuación del acusado, la sociedad anónima ASTEYA por él administrada, ya que fue precisamente el hecho de ostentar este cargo, y en función a él y a la confianza que generaba su dedicación profesional a cuestiones inversoras, que recibió las cantidades con las que acabó lucrándose indebidamente ».

Por aplicación del art. 885.1 de la LECrim resulta obligada la desestimación del motivo.

SEGUNDO .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º .- **Declarar no haber lugar** al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de D. Gumersindo y la entidad mercantil ASTEYA S.L, contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona , en la causa seguida por los delitos de apropiación indebida y falsedad contable.

2º .- **Condenar** a los recurrentes al pago de las costas causadas.

3º .- **Comunicar** esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet