

**TRIBUNAL SUPREMO**  
***Sala de lo Penal***

**SEGUNDA SENTENCIA**

***Sentencia N°:*** 905/2014

***RECURSO CASACION N°:***465/2014

***Fallo/Acuerdo:*** Sentencia Estimatoria Parcial

***Fecha Sentencia:*** 29/12/2014

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Cándido Conde-Pumpido Tourón

***Secretaría de Sala:*** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

***Escrito por:*** AMM

**Apropiación indebida y administración desleal.- Utilización de tarjetas de empresa.- El más elemental sentido común impone al titular de una tarjeta de empresa excluir su utilización para gastos personales, que no puedan revestir la naturaleza de gastos de representación y que sean ajenos al ámbito de la empresa que la sufraga, sin necesidad de limitación expresa de quien haya autorizado su uso.- La calificación jurídica, como apropiación indebida o administración desleal, dependerá de las circunstancias específicas del hecho.- En el caso enjuiciado la utilización de una tarjeta de crédito de la empresa para el pago de gastos particulares, como la instalación de aire acondicionado en el domicilio de los acusados, se califica acertadamente por el Tribunal sentenciador como apropiación indebida y no como administración desleal, porque la distracción hacia el patrimonio privado de los fondos confiados al administrador para gastos de representación u otros relacionados con la empresa, se realizó con vocación de apropiación permanente, como se deduce de la naturaleza del gasto y de la inexistencia de gestión alguna para liquidar o devolver los fondos destinados a usos manifiestamente ajenos a los que corresponden en la práctica mercantil a una tarjeta de empresa.**

**Doctrina general sobre la apropiación indebida en su modalidad de distracción.- En el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron, aun cuando ello no significa que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario sea merecedora de sanción penal a través del delito de apropiación indebida, pues la distracción requiere una vocación de permanencia.**

**Distinción entre apropiación indebida y administración desleal.- La doctrina jurisprudencial más reciente señala que las conductas descritas en el art. 295 del CP reflejan actos dispositivo de carácter abusivo de los bienes sociales que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos sino simples actos de administración desleal y, por tanto, menos graves - de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.**

**DIFERENCIA ENTRE UNIDAD DE ACCIÓN EN SENTIDO NATURAL, UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN, UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN (DELITOS CON CONCEPTOS GLOBALES) Y UNIDAD**

**JURÍDICA DE ACCIÓN (DELITO CONTINUADO).**- En nuestra doctrina jurisprudencial se califican como **UNIDAD DE ACCIÓN EN SENTIDO NATURAL** los supuestos en que el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o natural.- En cambio, se califican de **UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN** aquellos supuestos en los que, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. - La **UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN** se produce en los **TIPOS QUE CONTIENEN CONCEPTOS GLOBALES**, que se asimilan a los supuestos de unidad natural de acción porque también excluyen la aplicación del delito continuado, pero se diferencian en que la conceptualización unitaria no viene determinada por la naturaleza de la acción sino por la descripción típica.- El delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 del C. Penal, se integran en una **UNIDAD JURÍDICA DE ACCIÓN**.

En el caso actual, no concurre una unidad natural de acción, pues cada una de las falsificaciones se realizó en momentos distintos para posibilitar la apropiación de cantidades derivadas de operaciones comerciales diferentes y separadas temporalmente. Tampoco una unidad típica de acción porque el delito de falsedad no es un tipo que contenga conceptos globales. Aplicación del delito continuado.

**ESTAFA.- Tentativa inidónea.- Doctrina general.-** Deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). La doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea ha sido ratificada por el Pleno de 25 de abril de 2012: " El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico".

**SUFICIENCIA DEL ENGAÑO.- DOCTRINA GENERAL.-** Únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima, porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa realizada por el autor del fraude, no por la perspicacia del perjudicado.- El delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante".

**AUTO DE TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.** - La acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputado, puesto que de otro modo podrían producirse en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. Pero ello no exige que desde el primer momento del proceso, y ya en la primera declaración, estén definidos con todos sus detalles los hechos que finalmente van a ser objeto de acusación. Es claro que el avance de las investigaciones puede precisar más los hechos o completarlos, pero ello no implica indefensión alguna al imputado, ya que al estar personado en las actuaciones, y disponer de defensa letrada, puede si así lo desea efectuar las manifestaciones que estime procedentes sobre estas nuevas aportaciones fácticas a la investigación, interesar, si lo considera conveniente, una ampliación de su declaración o solicitar la práctica de las diligencias procedentes para su defensa.

**DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO SIMULADO COM O ESTAFA IMPROPIA Y EL CONCURSO MEDIAL DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL Y ESTAFA PROPIA.**- Deben distinguirse los supuestos de contrato simulado en el que el perjuicio deriva directamente del otorgamiento del contrato y que, como estafa impropia, no exige necesariamente engaño, pues los contratantes conocen la naturaleza ficticia de lo contratado y el tercero perjudicado no realiza un acto de disposición engañado por el contrato sino que el perjuicio deriva directamente de éste, de aquellos otros supuestos, como el actual, en los que se comete una falsedad en documento mercantil, utilizando un soporte documental sustraído de una sociedad para simular un documento con el fin de inducir a error sobre su autenticidad. Autenticidad que no concurre, pues el contrato se formaliza en un soporte sustraído y se antedata para aparentar que fue otorgado por quien en la fecha indicada (pero no en la que realmente se confecciona el documento) todavía era administrador de la sociedad, con el fin de utilizar este documento falsificado (que no meramente simulado) para inducir a engaño a los nuevos administradores de la sociedad y obtener de ellos un importante desplazamiento patrimonial, es decir que el documento constituye en este caso el instrumento de una estafa propia. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso medial de falsedad en documento mercantil y estafa, y no como pretende el recurrente ante un supuesto de simulación contractual.

**PRESCRIPCIÓN.**- Admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere

**un auto adicional de imputación formal. Cuando se trate de una persona que no figure expresamente en la querrela como querrellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona e interrumpe el plazo de prescripción es la decisión judicial de citarle en calidad de imputado.**

**PRUEBA INDICIARIA.- Indicio cualificado.- Un indicio cualificado es aquel que acrecienta de modo muy relevante la probabilidad de que la hipótesis acusatoria se corresponda con la realidad, pues conforme a normas ordinarias de experiencia puede deducirse racionalmente del mismo la realización de los hechos delictivos, salvo supuestos excepcionales de hipótesis alternativas que no son apreciables en el análisis directo por parte del Tribunal y que solo el propio acusado podría proporcionar. Si la única hipótesis alternativa que proporciona el recurrente es la de que, pese a ser administrador de la empresa y al elevado importe y relevancia de los contratos, no se enteraba de lo que firmaba, es claro que se trata de una contra hipótesis inverosímil y absurda, que la Sala ha obrado racionalmente al rechazar.**

**AUTORIA.- La cooperación ejecutiva debe ser calificada de autoría conjunta, conforme al art 28, párrafo primero, inciso segundo del CP 95.**

*Nº:* 465/2014

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Cándido Conde-Pumpido Tourón

Fallo: 11/12/2014

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SENTENCIA Nº:*** 905/2014

***Excmos. Sres.:***

**D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**  
**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**  
**D. Alberto Jorge Barreiro**  
**D. Andrés Palomo Del Arco**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil catorce.

En los recursos de casación que ante Nos pende, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de ley por **UBALDO NICANOR y VIOLETA JOSEFINA** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **ÁLVARO FERNANDO** y por **JONÁS MARCIAL**, contra sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, en causa seguida a los mismos por delitos de apropiación indebida y falsedad, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados, respectivamente, los dos primeros por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Isabel Díaz Solano, Álvaro Fernando representado por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez y Jonás Marcial por el Procurador D. Francisco Miguel Velasco Fernández, y como recurrido Delegación Sur Renting S.L., representada por el Procurador D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo.

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 4 de Málaga, instruyó Procedimiento Abreviado y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda que los instruyó con el número de Procedimiento Abreviado 9/2008 y dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2013 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

“Ubaldo Nicanor, mayor de edad y sin antecedentes penales, era, además de socio, administrador solidario de las sociedades Cumaca Motor SL, Torino Motor SA y Delegación Sur Renting SA, las dos primeras dedicadas a la comercialización de vehículos de determinadas marcas, en tanto la tercera tenía por objeto la explotación de coches en régimen de alquiler. Su esposa, la también acusada Violeta Josefina, de iguales circunstancias, trabajaba como administrativa en el departamento de administración común para las tres entidades.

Durante el período de tiempo comprendido entre julio de 1997 y septiembre de 2000, ambos acusados, actuando de acuerdo y con la finalidad de lucrarse personalmente a costa del patrimonio de las referidas entidades, llevaron a cabo las siguientes operaciones:

1°.- Dado que como consecuencia del sistema de facturación de los coches nuevos y, concretamente, de la no inclusión en el importe facturado de los gastos de matriculación cobrados a los clientes, se generaba normalmente una diferencia a favor de éstos, los acusados confeccionaban unos recibos aparentando la devolución de las respectivas cantidades a los compradores, firmándolos por su orden los mismos empleados del departamento de administración, lo que permitía a los acusados sacar de caja el importe correspondiente y disponer del dinero, que hicieron suyo.

2°.- Cuando de ventas de vehículos usados se trataba, los acusados facturaban por un precio inferior al abonado por los clientes, cuando no contabilizaban la operación por un importe para seguidamente anularla indicando un precio superior, quedándose con la diferencia.

3°.- Cargaron en las cuentas de las sociedades gastos estrictamente personales, como comidas de fines de semana, muebles, viajes y un sistema de aire acondicionado para su domicilio particular.

Como consecuencia de estas prácticas, los acusados lograron hacerse con 276.777,32 € de las cuentas de Torino Motor SA, 121.330,02 € de las de Cumaca Motor SL y de 59.285,20 € de las de Delegación Sur Renting SA.

Los acusados, con la misma finalidad de lucro, transmitieron gratuitamente tres vehículos a otras tantas sociedades con cuyos administradores se habían concertado para llevar a cabo las acciones que se describirán en los apartados siguientes.

Dichos vehículos, todos propiedad de Cumaca Motor SL, fueron los siguientes:

1- Toyota Land Cruiser matrícula 9751 BBR, cuyo precio era de 29.170,57€, que fue transmitido a la entidad Gestenedora 2000 SL;

2- Toyota Land Cruiser matrícula MA-4012-DD, cuyo valor era de 29.350,43€, transmitido a Gestrade Sur SL; y

3- Toyota Ray 4 matrícula MA-5204-DF, cuyo precio era de 21.196,18€, transmitido a GF94 S.L.

Una vez cesado Ubaldo Nicanor en sus cargos el día 13 de diciembre de 2000, las referidas entidades debieron hacer frente a declaraciones complementarias de Impuesto de Sociedades e IVA como consecuencia de la inclusión como beneficios de las cantidades de los apartados 1 y 2 que habiendo sido entregadas por los clientes, no habían sido facturadas.

Los intereses de demora y sanciones tributarias debidas abonar como resultado de esas declaraciones ascendieron a:

- 87.698€ en el caso de Torino Motor SA
- 15.661,16€ en el de Cumaca Motor SL y
- 22.925,51€ en el de Delegación Sur Renting SA.

SEGUNDO.- Las sospechas que sobre lo que estaba ocurriendo tenía Romero Leovigildo, uno de los socios de Ubaldo Nicanor, llevaron a aquél a encargar una auditoría especial, lo que finalmente forzó la salida del acusado de la administración de las sociedades, que tuvo lugar en juntas generales de accionistas celebradas el día 13 de diciembre de 2000.

Al día siguiente, Violeta Josefina, de acuerdo con Ubaldo Nicanor, se personó en las oficinas de la administración y cogió 6 cheques correspondientes a cuentas corrientes que Cumaca Motor SL y Torino Motor SA tenían en Banco de Santander y en Banco de Sabadell. El 21 del mismo mes y año, y siguiendo el mismo plan trazado por los acusados para continuar aprovechándose de los activos de las sociedades, la nombrada Violeta Josefina se hizo con varias facturas en blanco de la oficina que Torino Motor SA tenía en Marbella.

TERCERO.- Con posterioridad a su cese, y siguiendo la referida finalidad de lucro que en todo caso presidió su actuación, Ubaldo Nicanor, se concertó con el también acusado Álvaro Fernando, mayor de edad y sin antecedentes penales, así como con una tercera persona inicialmente imputada y cuya responsabilidad criminal quedó extinguida por fallecimiento. Valiéndose, por un lado, de documentos que a su salida de sus cargos había llevado consigo Ubaldo Nicanor, y elaborando, además, unos documentos que fecharon en días anteriores al cese de aquél en los que recogían diversos contratos de venta de vehículos, los acusados quisieron hacer creer a los nuevos administradores de Cumaca Motor SL, Torino Motor SA y Delegación Sur Renting SA que dichas ventas habían tenido lugar realmente, pretendiendo por medio de requerimientos notariales la entrega de los coches, finalmente no lograda ante la negativa de la nueva dirección de las empresas.

Los referidos documentos fueron los siguientes:

A)- Con intervención de Álvaro Fernando:

1- documento fechado el 7-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Autorentig Car SL, representada por Álvaro Fernando, 21 coches por importe de 30.201.760 pesetas;

2- documento de 11-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Sur Rent a Car SA, representada por Álvaro Fernando, 11 coches por precio de 24.070.000 pesetas;

3- documento de 11-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Autorentig Car SL, representada por Álvaro Fernando, 10 coches por precio de 15.300.400 pesetas;

4- documento de fecha 20-11-00 por el que Torino Motor SA habría vendido a Inverhostelería SL, representada por Álvaro Fernando, un Fiat Bravo matrícula MA-6714-DF por precio de 1.850.200 pts;

5- documento de 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a GF94 SL, representada por Álvaro Fernando, además del vehículo Toyota Ray 4 matrícula MA-5204-DF que ya había sido entregado a la supuesta compradora, el Toyota Avensis matrícula MA-7641-DF por precio conjunto de 6.600.160 pts.

B)- Con intervención de una tercera persona ya fallecida

1- documento de 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a Gestenedora 2000 SL, además del Toyota Land Cruisier matrícula 9751 BBR que había sido entregado con anterioridad, un Toyota Corolla matrícula 8828BBV por importe conjunto de 8.001.680 pesetas;

2- documento de fecha 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a Gestrade Sur SL, además del Toyota Land Cruiser matrícula MA-4012-DD igualmente entregado antes del cese de Ubaldo Nicanor, un Toyota Yaris 1.0 matrícula MA-2739-DF por precio conjunto de 6.766.280 pts.

Los vehículos debieron quedar inmovilizados como consecuencia de la prohibición de disponer ordenada en el curso de este proceso.

CUARTO.- De acuerdo Ubaldo Nicanor con el nombrado Álvaro Fernando y con el también acusado Jonás Marcial, mayor de edad y sin antecedentes penales, libró el primero cuatro de los cheques que Violeta Josefina había tomado de las oficinas del departamento de administración en el que había trabajado, fechándolos con anterioridad al día de su cese y respaldándolos con documentos elaborados al efecto, que recogían ciertos negocios jurídicos que nunca tuvieron lugar, entregándolos a los otros dos acusados, quienes como si hubiesen obedecido a acuerdos reales, pretendieron sin éxito su cobro.

Concretamente fueron los siguientes:

1- 2 cheques, números 5.863.371 y 5.863.372, librados por importe de 20.000.000 pesetas cada uno contra la cuenta de Torino Motor SA en Banco de Sabadell, documentos fechados el 15-11-00 que fueron entregados a Álvaro Fernando quien, según contrato elaborado para justificar su expedición, habría actuado en nombre de Aligoan SA vendiendo terrenos a Torino Motor SA por precio de 150.000.000 pesetas.

2- cheque n° FH-3.329.621-1 librado contra la cuenta corriente de Cumaca Motor SL en Banco de Santander por importe de 27.500.000 pts, fechado el 20-11-00 y recibido por Jonás Marcial, quien según el documento elaborado para justificar su expedición, habría actuado en nombre de HVI Inversiones SA, vendiendo a Cumaca participaciones de Invercádiz SL por importe de 50.000.000 pts;

3- cheque n 7.048.752, librado por importe de 11.875.000 pts contra la cuenta que Torino tenía en Banco de Santander con fecha 15-11-00, recibido

por el anterior acusado, quien, actuando en nombre de Invercádiz SL, habría cedido a Torino Motor SA un derecho opción compra”.

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente PA RTE DISPOSTIVA:

FALLAMOS:

“1.- Condenamos al acusado Ubaldo Nicanor como autor de un delito continuado de falsedad que fue medio para cometer otro también continuado de apropiación indebida, de una falta de hurto y de dos delitos de falsedad que, junto con el hurto, fueron respectivamente medios para cometer otros dos intentados de estafa, todos ellos ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las siguientes penas:

a)- 4 años y 6 meses de prisión por el primero, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses con cuota de 20€, con la responsabilidad personal que legalmente corresponda en caso de impago, por el primero; b)- 2 años y 6 meses de prisión, la inhabilitación ya expresada por el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con igual cuota por cada uno de los otros dos delitos.

2.- Condenamos a Violeta Josefina como autora del delito continuado de falsedad que fue medio para cometer otro también continuado de apropiación indebida, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses con cuota de 20€, con la responsabilidad personal que legalmente corresponda en caso de impago. Y como autora de una falta de hurto,

igualmente definida a pena de multa de 40 días con cuota de 20€, con la responsabilidad personal que legalmente corresponda en caso de impago.

3.- Condenamos a Álvaro Fernando como autor de dos delitos de falsedad que fueron respectivamente medios para cometer otros dos intentados de estafa, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas, por cada uno, de 2 años y 6 meses de prisión, la inhabilitación ya definida por el tiempo de las condenas, y multa de 9 meses con cuota de 20€ con la responsabilidad personal que legalmente corresponda en caso de impago.

4.- Condenamos a Jonás Marcial como autor de un delito de falsedad que fue medio para cometer otro intentado de estafa, concurriendo la misma atenuante, a penas de 2 años y 6 meses de prisión, la inhabilitación ya definida por el tiempo de la condena, y multa de 9 meses con cuota de 20€ con la responsabilidad personal que legalmente corresponda en caso de impago.

5.- Absolvemos a los nombrados acusados del resto de las imputaciones formuladas tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular.

6.- Condenamos a los acusados que se nombran en el fundamento 10 que damos por reproducido, a indemnizar a las sociedades que igualmente se identifican en los términos allí expuestos, declarando sin efecto las transferencias de los vehículos a que se refieren los contratos detallados en el hecho probado 3º, que igualmente se reproduce, lo que se hará efectivo por medio de la oportuna comunicación a la Delegación Provincial de Tráfico.

7.- Los condenados harán frente a las costas del proceso en los términos expuestos en el fundamento 11 de esta sentencia, que damos aquí por reproducido.

Para el cumplimiento de las penas impuestas les será abonado a los condenados el tiempo que, en su caso, hubiesen permanecido privados de libertad por esta causa si no les hubiese sido aplicado a otra”.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por quebrantamiento de forma, por infracción precepto constitucional e infracción de ley por **UBALDO NICANOR y VIOLETA JOSEFINA** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **ÁLVARO FERNANDO** y por **JONÁS MARCIAL**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de **JONÁS MARCIAL** formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: Por infracción de Precepto constitucional: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Por infracción de ley: SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación de los artículos 248, 249 y 250.1.5º del Código Penal, por inexistencia, aduce, de estafa. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación de los artículos 392, 390.1.2º, al inexistir, según el recurrente, falsedad documental. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación de los artículos 77.2, 62, 66 Y 70 del Código Penal.

La representación de ÁLVARO FERNANDO, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., al vulnerar el derecho al debido proceso. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., TERCERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. CUARTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., pues no había sido acreditado con una actividad probatoria con todas las garantías, uno de los elementos objetivos del tipo del art. 248 del Código Penal. QUINTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 25 de la C.E. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto, la aplicación indebida del art. 248, 249 y 250 1.5º (actual) del Código Penal y art. 392 en relación con el art. 390.1.2º del Código Pena, al calificar los hechos del apartado 3º como un delito de falsedad que fue medio para cometer un delito intentado de estafa.. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto la aplicación indebida del art. 248, 249 y 250 1.5º (actual) del Código Penal y art. 392 en relación con el art. 390.1.2º del Código Penal., al calificar los hechos del apartado 4º como delito de falsedad que fue medio para cometer un delito intentado de estafa. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por vulneración del art. 131.6º en relación con el 131 del Código Penal, por inaplicación. NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por vulneración del art. 21.6

del C.P. en relación con el art. 66 del Código Penal, por no apreciarse como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas. DÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por vulneración del art. 77 del C.P. por aplicación indebida. UNDÉCIMO: Como subsidiario del motivo anterior, por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por vulneración del art. 77 del Código Penal, por aplicación indebida. DECIMO SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 120.3 de la Constitución Española. DÉCIMO TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por vulneración del art. 115 del C.P. por aplicación indebida.

La representación de UBALDO NICANOR y VIOLETA JOSEFINA, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la C.E., vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, en relación con Violeta Josefina. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida subsunción del hecho probado del ordinal 1º en los arts. 252, 250.1.5º (actual) y 28 del Código Penal, al haber condenado a ambos recurrentes como autores de un delito continuado de apropiación indebida. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por inaplicación del art. 295 del Código Penal. QUINTO: Al amparo del art. 5.4

L.O:P.J., y del art. 849.1° de la L.E.Crim., por vulneración del principio de legalidad penal y por indebida aplicación del ordinal 1° de los artículos 390.1.2° y 3°, 28, 74 y 77 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción del art. 25 C.E. y por indebida aplicación del art. 28 del C.P. en relación con el art. 252 del Código Penal, al considerar a la Sra. Violeta Josefina como coautora de un delito de apropiación indebida. SÉPTIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 de la L.E.Crim. por falta de claridad en el hecho probado. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida aplicación del ordinal 1° del art. 74 del Código Penal, al haber sido condenados los recurrentes como autores de un delito continuado de falsedad. NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida aplicación del ordinal 1° del art. 77 del Código Penal, al haber sido condena dos los recurrentes como autores de un delito continuado de falsedad documental como medio para cometer un delito continuado de apropiación indebida. DÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por indebida aplicación de los ordinales 3° y 4° de los artículos 248, 249 y 250.1.5° del C. Penal, al condenar a los recurrentes por dos delitos intentados de estafa. UNDÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción del art. 74 del Código Penal. DUODÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción del art. 66 del Código Penal. DECIMOTERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L. E.Crim., por infracción del art. 66 del Código Penal. DECIMOCUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por infracción de los artículos 76 y 74 del C.P. DÉCIMO QUINTO: Infracción de ley al amparo del art . 849.1 de la L.E.Crim., por infracción del art. 65.3 del Código , por indebida inaplicación a la Sra. Violeta Josefina. DECIMO SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim., por inaplicación del art. 21.6 del C. Penal, en relación con el art. 66.1.2° CP, al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 12 de noviembre de 2013, condena a los acusados como autores de delitos de falsedad, apropiación indebida y estafa. Frente a ella se alzan los presentes recursos, interpuestos por los cuatro condenados, por vulneración de derechos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley.

### **RECURSO DE UBALDO NICANOR Y VIOLETA JOSEFINA.**

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso, por vulneración de derechos fundamentales, alega, en síntesis, violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, añadiendo, en relación con ella, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

No se cuestiona, propiamente, la concurrencia de prueba de cargo, sino que se aduce la falta de valoración de la prueba de descargo, así como la irracional valoración del conjunto probatorio, dado que, admitiendo la desviación de fondos, se afirma por los recurrentes que esa desviación no integra una apropiación indebida pues los fondos desviados constituían una forma de pago en “B”, por lo que los acusados estaban facultados para hacerlos suyos.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal

constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las

manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado procede la desestimación del motivo de recurso. En efecto el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada. Lo que pretende el motivo es sustituir la valoración realizada imparcialmente por el Tribunal de Instancia por la propia de los recurrentes.

**TERCERO.-** En su extenso motivo alega la parte recurrente, en primer lugar, que existe una contradicción entre el hecho probado primero y la fundamentación jurídica en cuanto al destino de los fondos. Se funda en que, a su entender, no ha quedado acreditado el destino final del dinero desviado.

Esta alegación carece de la menor trascendencia, en este ámbito casacional. La propia parte recurrente reconoce que los acusados desviaron determinados fondos sociales que estaban a su disposición, alegando que los destinaron a abonar supuestos complementos salariales. La Sala sentenciadora no ha estimado acreditado este supuesto destino alternativo, por lo que la conclusión de que los acusados hicieron suyo el dinero desviado surge de modo espontáneo, lógico y natural.

En segundo lugar se alega que no es correcta la conclusión de que el dinero sobrante por la diferencia entre el precio de venta al público y el precio llave en mano debiera ser devuelta a los compradores. Considera la parte recurrente que estos sobrantes constituían un beneficio de la empresa, y ello tiene relevancia porque en este caso los recibos ficticios, que acreditaban la devolución de los fondos al comprador, no pueden considerarse como instrumento de una apropiación indebida sino a lo sumo como un ilícito tributario.

Nuevamente la parte recurrente formula al amparo de la presunción de inocencia una alegación en la que late una cuestión de calificación jurídica. Es claro que si los gastos de matriculación de los vehículos vendidos se calculaban al alza, y se solicitaba al comprador una cantidad anticipada para su pago, la liquidación resultante debería devolverse al comprador, caso de que éste hubiese anticipado una cantidad superior al coste final del trámite. Es por ello por lo que los propios recurrentes reconocen que falsificaban los recibos de los compradores. Cuestión distinta es que si dichas cantidades no se devolvían en la práctica, la sociedad debiese contabilizarlas a efectos fiscales como un beneficio, lo que en ningún caso autorizaba a los recurrentes a apropiárselas, como efectivamente ocurrió.

En tercer lugar se alega que no está acreditada la apropiación por los acusados de estos fondos, pues existe prueba de que se destinaron a abonar gastos de la sociedad. En su argumentación la parte recurrente insiste en realizar consideraciones jurídicas sobre la indebida aplicación del art 252 CP, por estimar que la disposición de bienes solo es típica cuando se produce un perjuicio al patrimonio administrado, por lo que estima que debió acreditarse que los fondos distraídos no reportaron utilidad alguna a la sociedad.

Esta alegación debe igualmente ser desestimada. La Sala sentenciadora ha valorado la prueba practicada, en la que consta reconocido por los propios acusados ahora recurrentes que se falsificaban recibos de los clientes fingiendo la entrega de fondos que en realidad retenían los acusados, y estima que no consta acreditada la utilización de dichos fondos en beneficio de la sociedad, por lo que, como ya se ha expresado, la conclusión de que los hicieron suyos constituye una inferencia lógica y racional.

Alega la parte recurrente que la Sala sentenciadora ha prescindido de la prueba de descargo, lo que no es cierto pues constan expresamente valoradas diversas declaraciones testimoniales sobre este tema. Cuestión distinta es que dicha valoración no coincida con la de los recurrentes, lo que es ajeno a la supuesta violación constitucional denunciada.

También se alega la irracionalidad de la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, por estimar que utiliza una argumentación absurda al razonar en contra de la afirmación de los recurrentes que no existía documentación de pagos en “B”, cuando lo normal es que los pagos en “B” no se documenten. Pero esta alegación no es en realidad respetuosa con lo que se expresa en la sentencia. En ésta, tras analizar minuciosamente la prueba testimonial practicada, se concluye que ha quedado acreditada la realidad de un

procedimiento sistemático de distracción continuada de fondos de la empresa, utilizando incluso recibos ficticios de clientes, y no ha quedado acreditado que estos fondos se destinasen a realizar pagos en “B”. Estima el Tribunal sentenciador que estos pagos, caso de existir, solo fueron ocasionales, y que en el caso de constituir un sistema de pago generalizado sería necesario algún tipo de documentación (lo que ordinariamente se denomina una contabilidad “B”), pues un sistema generalizado de pagos en “B” exigiría alguna forma de control. Esta afirmación no es irrazonable, y no cabe apreciar en ella la arbitrariedad denunciada por la parte recurrente.

Realiza seguidamente la parte recurrente una valoración personal de la prueba testifical, que pretende sustituir la realizada por el Tribunal sentenciador, y que únicamente aporta su apreciación de parte.

Como cuarto apartado, dentro de este mismo motivo (apartado D) se alega por la parte recurrente que no se ha acreditado que los gastos de Visa realizados por el recurrente con cargo a la empresa no guarden relación con su actividad comercial. Considera la parte recurrente que el accionista mayoritario autorizó el uso de la tarjeta de la empresa sin establecer límite alguno, por lo que el hecho de que existan cargados gastos personales debe considerarse atípico, como disposiciones anticipadas pendientes de liquidación.

La cuestión que se plantea mezcla nuevamente el ámbito jurídico y el fáctico. **Que existen gastos personales cargados a la tarjeta de la empresa es manifiesto, pues incluso se abonó con la misma un sistema de aire acondicionado para el domicilio particular del recurrente.** Sin entrar ahora en la calificación jurídica, como apropiación indebida o administración desleal, que dependerá de las circunstancias específicas del hecho, lo cierto es que la autorización para el uso de una tarjeta de empresa, con carácter de

gastos de representación, excluye manifiestamente, en cualquier caso y aun cuando quien la autoriza no haya puesto límites expresos, su utilización para gastos estrictamente personales, que no tienen la naturaleza de gastos de representación y que son absolutamente ajenos al ámbito de la empresa que la sufraga.

**El más elemental sentido común impone al titular de una tarjeta de empresa excluir su utilización para gastos personales, que no revistan la naturaleza de gastos de representación y que sean ajenos al ámbito de la empresa que la sufraga, sin necesidad alguna de limitación expresa de quien haya autorizado el uso de la tarjeta.**

Procede, por todo ello, la desestimación de este primer motivo de recurso.

**CUARTO.-** El segundo motivo de recurso, también por vulneración de precepto constitucional, se refiere expresamente a la condenada D<sup>a</sup> Violeta Josefina, y alega la violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El motivo, en realidad, plantea cuestiones jurídicas como el título de participación de la recurrente en los delitos objetos de enjuiciamiento, cuestionando que existiese una solidaridad en la responsabilidad entre ella y su esposo, considerando que su participación en el delito de apropiación indebida debería ser a título de “extraneus”, y estimando que su contribución a la actividad de su marido debería calificarse como mero favorecimiento, en su caso.

Nuevamente se excede el contenido propio de un motivo por presunción de inocencia, lo que impone su desestimación. La Sentencia impugnada analiza de modo detallado las declaraciones testimoniales de los empleados, que calificaban a la recurrente como la “jefa”, así como la declaración de la propia recurrente que reconoció haber confeccionado personalmente alguno de los recibos ficticios. Existe prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada en la sentencia, y las cuestiones de subsunción deben ser plantadas por otra vía.

**QUINTO.-** El tercer motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega indebida aplicación del art 252 y concordantes, por estimar que los hechos no revisten los caracteres de la apropiación indebida. Considera la parte recurrente que los hechos deberían calificarse como administración desleal, del art 295 CP.

El cuarto motivo, también por infracción de ley, plantea la misma cuestión, desde una perspectiva complementaria, al denunciar infracción de ley por inaplicación del art 295 CP.

En la argumentación de ambos motivos se realiza una detallada exposición de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre ambos tipos delictivos, insistiéndose en el primer motivo en que el dinero objeto de distracción, en lo que se refiere a las cantidades no devueltas a los compradores por la percepción anticipada de cantidades excesivas para gastos de matriculación, pertenecía a la empresa y no a los compradores, pues no había compromiso de devolución.

Ambos motivos deben ser desestimados. Para ello es necesario recordar nuestra doctrina más reciente en lo que se refiere a la diferenciación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

Como recuerda la STS 370/14, de 9 de mayo, el delito de apropiación indebida aparece descrito en el artículo 252 del Código Penal que tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

La doctrina de este Tribunal Supremo (SSTS 513/2007, de 19 de junio, 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio, entre otras muchas) ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito diciendo que el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio.

La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace

que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente, en los supuestos de obligación de devolver, o el destinatario final del dinero, en los supuestos de obligación de entregar, un derecho a recibir otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, como hemos señalado, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica.

De manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron, aun cuando ello no significa que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario sea merecedora de sanción penal a través del delito de apropiación indebida, pues la distracción requiere una vocación de permanencia.

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor.

Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, ad ministración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado ; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Continúa diciendo la STS 370/14, de 9 de mayo, que esta doble modalidad que la jurisprudencia aprecia en el tipo de apropiación indebida no vacía de contenido la rúbrica del tipo (apropiación indebida) y no convierte las modalidades de "distracción" en una mera administración desleal según el modelo germánico, que tantos problemas de taxatividad está planteando en dicho país, porque en todo caso la doctrina jurisprudencial requiere que se emplee o gaste el dinero administrado dándole de modo definitivo un destino distinto del acordado.

Por ello la doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo).

Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero " hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales". En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio o la STS 938/98, de 8 de julio.

No basta pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo, o incluso ilícito, de las facultades conferidas, sino que **es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia** (STS. 11 de julio de 2005).

La naturaleza de la sanción penal como "ultima ratio", y el respeto al principio de tipicidad, impiden considerar que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario constituye, en nuestro derecho penal vigente, un delito de apropiación indebida.

Las conductas descritas que reflejen actos de carácter abusivo de los bienes ajenos pero que no impliquen necesariamente apropiación, es decir ejecutadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, pueden ser constitutivas de administración desleal, que en nuestro ordenamiento solo está tipificado como delito societario, pero no de apropiación indebida, ni en su modalidad propia ni en la de distracción, pues ambas requieren lo que define el tipo: la apropiación, es decir una vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular.

La concepción expresada responde a la diferenciación que se ha señalado en nuestra más reciente doctrina jurisprudencial entre la apropiación indebida y la administración desleal en el ámbito societario.

En sentencias como la STS 462/2009, de 12 de mayo , la STS 517/2013, de 17 de junio, la STS 656/2013, de 22 de julio , la STS 765/2013, de 22 de octubre, la STS 206/2014, del 3 de marzo y la STS 370/14, de 9 de mayo, entre otras, se señala que las conductas descritas en el art. 295 del CP reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

**SEXTO.-** En el caso actual nos encontramos frente a una conducta que contiene varias modalidades diferentes de apropiación, por el administrador de una sociedad y su esposa, de bienes propiedad de la empresa o de terceros, que la Sala sentenciadora ha sancionado conjuntamente como apropiación indebida continuada.

En primer lugar nos encontramos con supuestos en los que los acusados se apropian de los beneficios generados por la diferencia entre el anticipo solicitado a los clientes para la matriculación de un vehículo nuevo vendido y el coste efectivo de esa gestión. Alega la parte recurrente que ese dinero no era de los clientes, porque éstos abonaban el importe solicitado sin esperar devolución alguna, en caso de que los gastos de matriculación fuesen inferiores a la cantidad anticipada. Pero esta alegación choca con el hecho de

que los acusados falsificaban recibos a nombre de los clientes en los que constaba que les habían devuelto la diferencia, lo que pone de manifiesto que el dinero se recibía con la obligación de devolver el exceso, una vez matriculado el vehículo, con independencia de que, caso de no devolverse, por abandono, desinterés o desinformación del cliente, el dinero debería permanecer en la empresa, integrando parte de sus beneficios, y tributar por ello. En cualquier caso lo que no podían hacer los recurrentes era hacer suyos los referidos sobrantes, con ánimo manifiesto de apropiación definitiva, como se deduce de la falsificación de los recibos, por lo que nos encontramos ante una conducta constitutiva de apropiación indebida y no de administración desleal.

En segundo lugar, la sentencia de instancia incluye en el delito continuado de apropiación indebida, la utilización de la tarjeta de crédito de la empresa para el pago de gastos particulares, como la instalación de aire acondicionado en el domicilio de los acusados. En este caso puede apreciarse la misma razón anteriormente señalada para calificar el hecho como apropiación indebida y no administración desleal, como ha estimado acertadamente el Tribunal de Instancia: la distracción de fondos confiados al administrador para gastos de representación u otros relacionados con la empresa, con destino a su patrimonio privado, se realizó claramente con vocación de apropiación permanente, como se deduce de la naturaleza del gasto y de la inexistencia de gestión alguna para liquidar o devolver los fondos destinados a usos manifiestamente ajenos a los que corresponden en la práctica mercantil a una tarjeta de empresa.

En tercer lugar nos encontramos ante supuestos en los que los acusados facturaban el precio de los vehículos usados que vendían por debajo del valor real por el que se había realizado la venta, apropiándose directamente de la diferencia, lo que también debe considerarse una conducta subsumible en

el art 252 CP y no en el 295, pues el ánimo de apropiación definitiva es manifiesto.

Y, en cuarto lugar, nos encontramos con conductas en las que los acusados dispusieron libremente de tres vehículos propiedad de Cumaca Motor SL transmitiéndolos gratuitamente a los administradores de otras sociedades, con los que se habían concertado, apropiándose indebidamente de bienes que se encontraban bajo su custodia y a los que le dieron un destino definitivo que determinó su pérdida para la sociedad propietaria.

En definitiva, podemos estimar que la calificación de apropiación indebida continuada, defendida por el Ministerio Público, y acogida por el Tribunal de Instancia, es correcta, y ambos motivos de recurso deben ser desestimados.

**SÉPTIMO** .- El quinto motivo, por infracción de precepto constitucional, en concreto del principio de legalidad penal, cuestiona la condena por delito de falsedad en documento mercantil, alegando que no se puede atribuir dicha naturaleza a los recibos falsificados.

Como recuerda la STS 1018/2013, de 17 de diciembre, entre otras, en relación con el concepto de documento mercantil la jurisprudencia de esta Sala mantiene un concepto amplio estimando por tal todo documento que sea expresión de una operación mercantil plasmada en la creación, alteración o extensión de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sea para cancelar, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, estimándose por tales documentos mercantiles no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio y Leyes mercantiles sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos

u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio este acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad.

Como documentos mercantiles expresamente citados en estas Leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósitos y otros muchos. También son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efecto en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial; finalmente se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos como facturas y albaranes de entrega y otros semejantes (SSTS de 8 de Mayo de 1997, seguida por otras muchas, y entre las más recientes 1753/2002; 1148/2004; 171/2006; 788/2006; 900/2006 o 1046/2009).

En el caso actual los recibos falseados son documentos acreditativos del pago de una obligación de carácter comercial, por lo que la calificación de los documentos como mercantiles, realizada por la sentencia de instancia, es conforme con nuestra doctrina jurisprudencial, y el motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO.**- El sexto motivo, también formulado como infracción constitucional, pero que en realidad denuncia una infracción legal, alega vulneración del art 28 CP, en relación con el 252, por estimar que la señora Violeta Josefina no debió ser condenada como coautora de la apropiación indebida, sino como simple cómplice.

El cómplice es un auxiliar del autor, que carece del dominio del hecho, pero que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios, físicos o síquicos, conducentes a la realización del proyecto, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria, concretada en actos (u omisiones) de carácter secundario. Realiza una aportación favorecedora, no necesaria para el desarrollo del "iter criminis", pero que eleva el riesgo de producción del resultado.

Se trata de una participación no esencial, accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior, SSTS (de 24 de marzo de 1998, 22 de mayo de 2009 y 6 de mayo de 2010, entre otras muchas).

La complicidad no requiere el concierto previo, pues puede producirse a través de una adhesión simultánea, pero exige: a) la conciencia de la ilicitud del acto proyectado; b) la voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito; y c) la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar.

El dolo del cómplice debe ir dirigido a favorecer un hecho concreto y determinado, conociendo y asumiendo su probable resultado, pero no requiere que el hecho se encuentre precisado en todos sus pormenores.

Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación decisiva.

En el caso actual no nos encontramos ante un supuesto de complicidad sino de autoría conjunta. Como recuerdan las recientes sentencias 220/2013, de 21 de marzo, 326/2013, de 7 de febrero y 760/2012, de 16 de octubre, la doctrina de esta Sala en materia de autoría conjunta (recogida en resoluciones ya clásicas como las Sentencias núm. 177/98, de 14 de diciembre, núm. 573/1999, de 14 de abril, núm. 1263/2000, de 10 de julio, núm. 1240/2000, de 11 de septiembre, núm. 1486/2000, de 27 de septiembre, y núm. 1166/2002, de 24 de junio, entre otras), establece que la definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 19 95 como "realización conjunta del hecho" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto.

No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en la apropiación indebida que aquí se enjuicia, que realice cada coautor todos los actos que conduzcan a la apropiación delictiva, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. En concreto en el caso actual ambos coautores, marido y mujer, trabajaban en el empresa realizando funciones relevantes, actuando conjuntamente como jefes de los diversos empleados, que obedecían sus instrucciones, y como administradores de iure o de facto, respectivamente, disponiendo ambos conjuntamente del dinero recibido, y realizando ambos acciones que determinaban el dominio del hecho de la apropiación continuada, como la falsificación de los recibos que facilitaban y enmascaraban la apropiación, por lo que ambos deben ser calificados de coautores.

**NOVENO.**- El séptimo motivo, por quebrantamiento de forma, alega falta de claridad en el hecho probado, por insuficiente descripción de la fecha de elaboración de los recibos.

El vicio de falta de claridad en los Hechos Probados requiere como requisitos: **a)** que en la narración fáctica se produzca incomprensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia; **b)** que tales incomprensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir impidan o dificulten notoriamente la subsunción; **c)** que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados. (S.T.S. 483/2013, de 12 de junio, entre otras).

Este vicio casacional no faculta para complementar o alterar los hechos probados con particulares o extremos que interesen a las partes, lo que únicamente podrá obtenerse a través del cauce del art. 849.2º de la Lecrim., sino únicamente para anular (art. 901 bis b, de la Lecrim), aquellas sentencias que, por la oscuridad de su relato fáctico, no permitan una subsunción precisa, lo que no equivale, desde luego, a que no conduzcan a la consecuencia jurídica interesada por la parte recurrente.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos, pues el relato fáctico es suficientemente claro y completo.

La parte recurrente alega que al no concretarse la fecha en la que se confeccionaron los documentos falsos no puede determinarse si se confeccionaron antes o después de consumarse la apropiación, por lo que no puede concretarse si fueron un instrumento de la apropiación, o una forma de encubrirla. Sin perjuicio de estimar que en el caso actual esta precisión resulta

indiferente, pues en todo caso la falsificación constituía un instrumento para consumir la apropiación, lo cierto es que el relato fáctico permite determinar que la falsificación se producía antes de la apropiación propiamente dicha, pues en dicho relato se expresa que “ *los acusados confeccionaban unos recibos aparentando la devolución de las respectivas cantidades a los compradores....lo que permitía a los acusados sacar de caja el importe correspondiente*”, de lo que se deduce con claridad que primero se falsificaban los recibos y después se producía la apropiación.

Alega también la parte recurrente que al no precisarse la fecha de confección de los recibos falsificados no puede conocerse si se falsificaron al mismo tiempo, por lo que en lugar de un delito continuado podría tratarse de un supuesto de unidad natural de acción. Esta alegación carece del menor sentido pues del relato fáctico se deduce con claridad que cada recibo se falsificaba para acreditar la devolución de la cantidad sobrante a un cliente diferente, como consecuencia de ventas que se realizaban en momentos distintos, por lo que no resulta posible que se falsificaran los recibos conjuntamente.

**DÉCIMO** .- El octavo motivo, por infracción de ley, alega indebida aplicación del art 74 1º CP (delito continuado) en el delito de falsificación documental.

Apoyándose en la argumentación del motivo anterior se alega que no consta que los recibos se hubiesen falsificado en momentos distintos, por lo que podríamos encontrarnos ante un supuesto de unidad natural de acción y no de delito continuado.

Ya hemos señalado que la propia dinámica delictiva exige que los documentos se falsificasen en momentos diferentes, pues obedecían a operaciones comerciales distintas que se realizaban de forma distanciada en el tiempo.

En cualquier caso, para aclarar las diversas respuestas jurídicas posibles, conviene precisar los conceptos de unidad de acción en sentido natural, unidad natural de acción, unidad típica de acción y unidad jurídica de acción o delito continuado, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial (STS 487/2014, de 9 de junio).

En nuestra doctrina jurisprudencial se califican como **unidad de acción en sentido natural** los supuestos en que el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o natural (quien lesiona a otro dándole un solo puñetazo).

En cambio, se califican de **unidad natural de acción** aquellos supuestos en los que, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción (quien lesiona a otro dándole, sin solución de continuidad, varios puñetazos y patadas, que se califican como un único delito de lesiones).

La jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción para sancionar una sucesión de acciones como un solo delito cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal (especialmente en delitos de falsedad documental o contra la libertad sexual).

En cambio, concurre una **unidad típica de acción** cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente y de intrusismo, entre otros). Pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que, contemplados aisladamente, colman individualmente las exigencias de un tipo de injusto se valoran sin embargo por el derecho penal desde un punto de vista unitario.

La unidad típica de acción se produce en los denominados **tipos que contienen conceptos globales**, que se asimilan a los supuestos de unidad natural de acción porque también excluyen la aplicación del delito continuado, pero se diferencian en que la conceptualización unitaria no viene determinada por la naturaleza de la acción sino por la propia descripción típica.

En la construcción de los tipos penal es el Legislador utiliza a veces conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Así ocurre con el delito del art. 301 CP o con el delito del art. 368 CP o con el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, en los que la utilización en plural del término "actos" nos obliga considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. Son actividades plurales que tenemos que integrar en un delito único, pese a tratarse de una pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado.

Por último, el **delito continuado** aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos su puestas objetivos y subjetivos

previstos en el art. 74 del C. Penal, se integran en una **unidad jurídica de acción**. Aparece constituido por tanto el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el Legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos (STS 487/2014, de 9 de junio).

Pues bien, en el caso actual, no concurre una unidad natural de acción, pues cada una de las falsificaciones se realizó en momentos distintos para posibilitar la apropiación de cantidades derivadas de operaciones comerciales diferentes y separadas temporalmente. Tampoco una unidad típica de acción porque el delito de falsedad no es un tipo que contenga conceptos globales. Por lo tanto la pluralidad de acciones homogéneas debe calificarse de delito continuado, como se ha hecho correctamente en la sentencia de instancia, por lo que procede la desestimación del motivo.

**UNDÉCIMO** .- El noveno motivo, también por infracción de ley, alega vulneración del art 77 CP por haberse considerado el delito de falsedad documental un medio de cometer el delito continuado de apropiación indebida.

Alega la parte recurrente que la falsificación no constituía un medio necesario para la apropiación indebida. Pero en su argumentación la parte recurrente se aparta del relato fáctico, insistiendo en que la confección de los recibos falsos se realizó por razones tributarias, para eliminar

contablemente las partidas correspondientes, cuando en el hecho probado se señala que dicha falsificación se realizó para poder sacar el dinero de la caja y disponer del mismo como propio. Esta falta de respeto al relato fáctico impone la desestimación del motivo encauzado por infracción de ley.

En cualquier caso ha de señalarse que la exigencia legal de que el delito medio constituya un instrumento necesario para el delito fin, a los efectos de la aplicación del concurso medial, no exige una necesidad absoluta, sino únicamente que en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos exista una conexión lógica, temporal y espacial entre los dos delitos.

**DÉCIMO SEGUNDO** .- El décimo motivo de recurso, por infracción de ley, alega vulneración de los arts. 248, 249 y 250 1º (delito de estafa), por estimar que la acción enjuiciada era inidónea para integrar el engaño típico de este delito.

Alega la parte recurrente, en primer lugar, que la tentativa era inidónea porque la acción realizada no podía engañar a los nuevos administradores dado que no se simulaban los medios de pago sino únicamente los contratos de venta, tentativa inidónea que debe ser calificada como atípica.

Y, en segundo lugar, que no concurrió engaño bastante, elemento esencial de la estafa, por lo que no debió apreciarse la concurrencia de este tipo delictivo.

La fundamentación del motivo impone la reconsideración de la doctrina jurisprudencial relacionada, en primer lugar, con la punición de la denominada tentativa inidónea. Y, en segundo lugar, con la suficiencia del engaño como elemento típico de la estafa.

Los acusados se apropiaron de documentos propios de la empresa con el fin de, una vez abandonados sus cargos en la misma, utilizar esos documentos para simular la venta de diversos vehículos con fecha antedatada, y con la cooperación de terceros reclamar dichos vehículos, supuestamente vendidos, a los nuevos administradores incluso mediante requerimiento notarial.

En relación con la punición de la de nominada tentativa inidónea, señala la STS 183/2013, de 12 de marzo que como esta Sala ha recordado reiteradamente, el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito y ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Esta posición doctrinal no ha sido compartida por esta Sala (ver STS 899/2012, de 2 de noviembre, entre las sentencias recientes, cuya doctrina seguimos en el caso actual, y las sentencias que en ella se citan) porque el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado").

Objetivamente quiere decir, en la interpretación consolidada de esta Sala, que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta (STS 899/2012, de 2 de noviembre , y las sentencias que en ella se citan).

Ahora bien **deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)**. Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan).

La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor

ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado.

Esta doctrina sobre la punición de la tentativa inidónea, iniciada en sentencias como las de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, núm. 1866/2000, entre otras, ha sido ratificada por el Pleno de esta Sala de 25 de abril de 2012, que ha acordado que "*El art 16 no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados, valorados ex ante, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico*".

En consecuencia, en el caso actual debemos desestimar esta primera alegación pues es claro que los medios utilizados por los recurrentes, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, eran abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico, dado que al haberse apropiado los acusados de documentos propios de la empresa para, una vez abandonados sus cargos en la misma, utilizar esos documentos para simular la venta de diversos vehículos con fecha antedatada, y con la cooperación de terceros reclamar dichos vehículos supuestamente vendidos, a los nuevos administradores, la maniobra realizada era racionalmente apta para inducir a error a estos nuevos administradores, pues los contratos de venta utilizaban como soporte la propia documentación de la empresa, las fechas correspondían a la época en la que los acusados todavía se encontraban en ella y podían haber hecho las ventas, y los terceros, que cooperaban con los acusados, dotaban de verosimilitud a toda la acción fraudulenta.

**DÉCIMO TERCERO** .- En relación con la segunda alegación, relativa a la insuficiencia del engaño en relación con los límites del deber de autoprotección en la estafa, conviene también reiterar la doctrina de

esta Sala, con el fin de difundirla y ratificarla en aras del principio de seguridad jurídica que debe consolidar esta Sala en el ámbito jurisdiccional penal.

Como señala la STS 331/2014, de 15 de abril, cuya doctrina reiteramos en esta resolución, en orden a evitar que una interpretación abusiva de la doctrina del deber de autoprotección en la estafa desplace indebidamente sobre los perjudicados la responsabilidad de comportamientos en los que la intención de engañar es manifiesta, y el autor ha conseguido su objetivo o puesto en peligro el bien jurídico protegido, debe recordarse que la tendencia jurisprudencial más reciente (STS 228/2014, de 26 de marzo) considera que *"únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante»"*.

Dicho de otra manera: el engaño no tiene que quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño **se mide en función de la actividad engañosa realizada por el autor del fraude, no por la perspicacia del perjudicado.**

De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa. En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11 de julio del siguiente modo: *"el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es*

*bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones".*

Es cierto que esta Sala ha dedicado una especial atención a determinados supuestos en los que el comportamiento de la víctima podría tener incidencia en la configuración del delito de estafa (STS 331/2014, de 15 de abril).

Como ha destacado la doctrina, esta Sala utiliza para referirse a estos supuestos denominaciones diversas, por ejemplo principio de autoprotección (STS 69/2011, de 1 de febrero), principio de autorresponsabilidad (STS 337/2009, de 31 de marzo), deber de autoprotección (STS 554/2010, de 25 de mayo), deber de autotutela (STS 752/2011, de 22 de junio), deber de diligencia (STS 732/2008, de 10 de diciembre), exigencias de autoprotección (STS 970/2009, de 14 de octubre), exigencias de autotutela (STS 177/2008, de 24 de abril), exigencia de autodefensa (STS 733/2009 de 9 de julio) y medidas de autodefensa y autoprotección (STS 278/2010, de 15 de marzo).

También se ha utilizado una fundamentación variada para justificar la exclusión en estos supuestos del delito de estafa. **La más**

**frecuente, y posiblemente la más correcta, es la de excluir del delito de estafa aquellos supuestos en los que se considera que la ausencia de la más elemental diligencia o cuidado por parte del perjudicado excluye la suficiencia del engaño.** Es a la que responde la sentencia núm. 228/2014, de 26 de marzo, que sigue el criterio de regla-excepción.

La regla general consiste en que el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o espermático que no puede inducir a error a nadie que actúe con una mínima diligencia o cuidado.

Las resoluciones que consideran que el engaño solo será bastante si tiene idoneidad o entidad suficiente para provocar el error en una persona que haya cumplido con unos deberes mínimos de diligencia, son frecuentes en los supuestos que se hace referencia a la autotutela y puede decirse que constituyen la línea principal en la doctrina de la Sala (STS 298/2003, de 14 de marzo, 172/2004 de 12 de febrero, 462/2006, de 27 de abril, 618/2006, de 9 de junio, etc.) situando manifiestamente esta cuestión en el ámbito de la concurrencia del requisito típico de la estafa que exige el engaño bastante (art 248 CP).

Otras resoluciones sitúan la relevancia de la autoprotección en el ámbito de la relación de causalidad. Entre ellas la primera sentencia que se refiere a este tema, y que ha generado la polémica posterior, la STS de 21 de septiembre de 1988, y otras del mismo ponente, que consideran que todo

engaño que cause un error a otro es bastante, y por tanto típico (la ley no exige engaño idóneo sino engaño "bastante"), pero como la ley exige que el error haya sido producido por el engaño, es decir que el engaño sea la causa del error, se puede excluir esta relación causal cuando existen otras causas que concurren a la falsa representación del sujeto pasivo como puede ser su falta de autotutela (STS 1013/2009, de 22 de junio, o STS 351/2007, de 3 de mayo).

Un tercer grupo de resoluciones, acogiendo una relevante posición doctrinal y forense, acude a la imputación objetiva considerando que el fin de la norma que tipifica la estafa no puede ser la protección de quien omite la autotutela del propio patrimonio (STS 1214/2004, de 2 de noviembre).

Se señala en estas resoluciones que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria (SSTS 581/2009, de 2 de junio, 278/2010, de 15 de marzo, o 452/2011, de 31 de mayo), afirmación que ha sido cuestionada como apriorística y carente de sustento legal, pues del mismo modo podría afirmarse que el tipo penal del robo protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria, y sin embargo nunca se ha considerado atípico un supuesto de robo en casa habitada por el hecho de que el titular de la vivienda no hubiese protegido con rejas las ventanas o instalado un sistema de alarma, pese a estar situada la casa en un vecindario peligroso (STS 331/2014, de 15 de abril).

Ha de recordarse que el CP 95 sanciona como apropiación indebida un supuesto de manifiesta negligencia del perjudicado, en el art 254,

cuando se reciba indebidamente, por error no generado por el beneficiario, dinero o alguna cosa mueble y el que lo haya recibido no proceda a devolverlo al transmitente negligente, una vez comprobado el error, por lo que resultaría incongruente desproteger a la víctima de la estafa que actúe negligentemente realizando un desplazamiento patrimonial por un error que es consecuencia de un engaño deliberado del acusado, frente al que se le exige autotutela, y en cambio proteger penalmente a quien ha actuado negligentemente sin concurrir engaño alguno (STS 331/2014, de 15 de abril).

Por último, un cuarto grupo de resoluciones acude a la doctrina del delito relacional, haciéndose eco del principio victimodogmático y sosteniendo que en la configuración de los elementos del delito de estafa ha de tenerse en cuenta el comportamiento de la víctima, por lo que el Derecho Penal no debería constituirse en un instrumento de protección de aquellos que no se protegen a sí mismos. Esta posición también ha sido cuestionada señalando que **eso es precisamente el Derecho Penal, un instrumento social de protección de quienes no pueden protegerse suficientemente a sí mismos**, y que dicho principio llevaría a consecuencias absolutamente inasumibles en otros ámbitos delictivos (STS 331/2014, de 15 de abril).

En la sentencia núm. 832/2011 de 15 de julio se señala que *"La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de*

*dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa" .*

En la doctrina jurisprudencial más reciente la exclusión de la tipicidad de la estafa por exigencias de autoprotección se ha limitado considerablemente.

Así pueden citarse, entre las más recientes, la STS 228/2014, de 26 de marzo, la STS 128/2014, de 25 de febrero, la STS 1015/2013, de 23 de diciembre, la STS 867/2013, de 28 de noviembre o los autos de 19 de diciembre de 2013, 24 de octubre de 2013 o 19 de septiembre de 2013, que parten del criterio de que la jurisprudencia de esta Sala estima, en general, que solo debe apreciarse la quiebra del deber de autotutela en aquellos casos en que el comportamiento mendaz que origina el engaño en la víctima, sea absolutamente burdo, vulnere las más elementales reglas de prudencia o entren en el terreno de la credulidad, estimando que, en lo que se refiere al tráfico mercantil, se regula por los principios de agilidad y buena fe, de forma que incluso la falta de respeto a un procedimiento estandarizado o pactado no tiene por qué forzosamente estimarse como una falta de diligencia, salvo en aquellos casos en que sea palmario, o como se ha dicho, que denote una actitud absolutamente negligente o descuidada (STS 331/2014, de 15 de abril).

En la STS 1015/2013, de 23 de diciembre, se reitera la doctrina más reciente señalando que la afirmación según la cual "el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos", no puede asumirse en los términos expresados y con esta generalidad, pues de ser cierta debería conducir, como mínimo, a la supresión del delito de hurto, en caso s de descuido del perjudicado, o a la derogación de la modalidad de apropiación indebida

prevenida en el art 254 CP 95, que brinda una específica protección penal a víctimas negligentes que transmiten dinero o alguna otra cosa mueble por error (STS 331/2014, de 15 de abril).

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la suficiencia del engaño. Las SSTS 243/2012, de 30 de marzo, 344/2013, de 30 de abril, y 1015/2013, de 23 de diciembre, entre otras, resumen la doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa. Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 , 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que *"esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que*

*pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño".*

Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que *"Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".*

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, *"el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en*

*términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".*

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas (STS 331/2014, de 15 de abril).

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, " un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida y ampliada por esta Sala en la sentencia ya citada núm. 832/2011 de 15 de julio.

Ha de tomarse en consideración que **no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento penal, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas.** Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede

quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección (STS 331/2014, de 15 de abril).

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm.243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

**En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante".** El marco de aplicación del deber de autoprotección debe ceñirse a aquellos casos en que consta una omisión patentemente negligente de las más mínimas normas de cuidado o que supongan actuaciones claramente aventuradas y contrarias a la más mínima norma de diligencia.

**DÉCIMO CUARTO** .- Aplicando estos criterios al caso actual, es clara la desestimación del motivo.

En efecto, la parte recurrente sustrajo documentos propios de la empresa que administraba para utilizarlos posteriormente como soporte documental de supuestos contratos de compraventa de vehículos, antedatados para simular que las ventas se habían contratado cuando los recurrentes se encontraban al frente de la sociedad. Asimismo se concertaron con terceros

para que simulasen ser los compradores, y reclamasen los vehículos que supuestamente habían adquirido.

El hecho de utilizar para los contratos el mismo soporte documental que empleaba ordinariamente la empresa, y la consignación de una fecha falsa, correspondiente a una época en que los recurrentes estaban al frente de la sociedad, y podían efectivamente haber vendido los vehículos, aportaba una apariencia de realidad a los contratos, que configuraba una “puesta en escena” hábil, en principio para configurar el engaño. La cooperación de terceros, que se apoyaban en dichos documentos y se presentaban como simples clientes, ajenos a los recurrentes, completaba el engaño, que solo las sospechas que los recurrentes habían generado previamente con su comportamiento anterior pudieron frustrar.

En definitiva, los recurrentes configuraron un engaño con la suficiente entidad para que en la convivencia social actuase como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, sin perjuicio de que no obtuviese su objetivo, lo que determina la sanción como tentativa pero no excluye la aplicación del tipo de estafa. El motivo debe ser desestimado.

**DÉCIMO QUINTO.-** El undécimo motivo, también por infracción de ley, alega la vulneración del art 74 CP, por no haberse incluido las falsedades documentales y las dos tentativas de estafa en el mismo delito continuado que las falsedades documentales como instrumento de apropiación indebida.

El motivo no puede ser acogido. El delito continuado exige la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, y en el caso actual nos encontramos ante momentos diferentes (antes y después

de ser cesados los recurrentes como administradores de la sociedad perjudicada) y ocasiones distintas (en la apropiación indebida aprovechando la ocasión que les proporcionaba su posición en la empresa, y en la estafa mediante la sustracción de documentación de la misma), dirigiéndose ambos grupos de falsedades a la comisión de delitos fin diferentes (apropiación indebida en el primer conjunto delictivo sancionado, y estafa en el segundo), por lo que no cabe apreciar la infracción de ley denunciada en la sentencia de instancia.

**DÉCIMO SEXTO.-** El decimosegundo motivo, por infracción de ley, también al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega la falta de motivación suficiente de la pena impuesta por el delito continuado de falsedad documental en concurso con el delito continuado de apropiación indebida.

Alega la parte recurrente que no se ha efectuado el doble cálculo para constatar si la pena del concurso medial es más favorable al reo aplicando la pena del delito más grave en su grado máximo o sancionando ambos delitos por separado, y no se ha motivado adecuadamente porque se exagera la pena, excluyendo su aplicación en el mínimo legal.

La Sala sentenciadora ha sancionado un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, con la pena única de cuatro años y seis meses de prisión.

Si se hubiesen sancionado los hechos separadamente correspondería por el delito de apropiación indebida agravada por la cuantía (276.777 euros de las cuentas de Torino Motor SA, 121.330 euros de las de

Cumaca Motor SL y 59.285 de las de la Delegación Sur Renting), cuyo marco punitivo va de uno a seis años de prisión, tres años y seis meses a seis años al aplicarse la mitad superior por ser delito continuado. Aplicando la atenuante de dilaciones indebidas y llevando la pena al mínimo legal, corresponderían tres años y seis meses.

Por el delito continuado de falsedad en documento mercantil, como señala la representación del Ministerio Público en su contestación al recurso, y siendo la pena prevista en el art 392 CP de seis meses a tres años, correspondería por la continuidad una pena entre un año y nueve meses y tres años. La mínima, por las dilaciones, sería de un año y nueve meses.

Sumadas ambas penas mínimas daría un resultado de cinco años y tres meses, superior a la pena impuesta conjuntamente de cuatro años y seis meses. En consecuencia carece de fundamento la alegación de que resultaría favorable la sanción separada.

En cuanto a la alegación de falta de motivación por la exacerbación punitiva también debe ser desestimada. Sancionando el delito más grave (apropiación indebida agravada y continuada) en su grado máximo por la continuidad, (tres años y seis meses a seis años), y en el máximo de este segmento por el concurso (cuatro años y nueve meses a seis años), se aprecia que la pena impuesta es inferior en tres meses a la mínima legal, por lo que difícilmente puede acogerse la alegación del recurrente, pues la sanción no solo no se ha exacerbado, sino que se ha impuesto por debajo del límite legal.

Si prescindiésemos de la aplicación de la doble agravación por la cuantía y por la continuidad, pese a que existen cantidades parciales apropiadas que superan los cincuenta mil euros, la pena por la apropiación

indebida agravada, en su conjunto y sin apreciar separadamente la continuidad, iría de uno a seis años, es decir que, en su grado máximo por el concurso, iría de tres años y seis meses a seis años. Pero en este caso, no apreciándose como agravación la continuidad, tiene razón la sentencia impugnada en que debe tomarse en consideración la importancia del conjunto de la apropiación, por lo que la pena impuesta de cuatro años y seis meses no es desproporcionada.

Es sabido que el delito continuado no excluye las agravantes de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante.

La razón es clara: el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno o alguno de los hechos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no deba quedar sin contenido. La agravante del art. 250.1.5ª CP referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**DÉCIMO SÉPTIMO.** - El decimotercer motivo, por infracción de ley, denuncia la ausencia de motivación en la pena impuesta por

el delito de falsedad en concurso con el delito de estafa en grado de tentativa, denunciando además que la pena se ha impuesto por encima del máximo legal.

Para la resolución de este motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal sentenciador, pese a la pluralidad de documentos falsificados, aplica la doctrina de la unidad natural de acción y no aplica la continuidad delictiva. En consecuencia la pena legal, aplicando el concurso, es la del delito más grave en su mitad superior, y dentro de este segmento, en la mitad inferior, por la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Siendo el delito más grave la falsificación, cuya pena privativa de libertad se extiende de seis meses a tres años, la mitad superior de la pena iría de 21 meses a tres años.

Dentro de esta mitad superior, la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas impone a su vez, acudir a la mitad inferior, que va de 21 meses a 2 años cuatro meses y quince días. Dado que la pena impuesta es de dos años y seis meses, el motivo debe ser estimado, reduciendo la penalidad por cada uno de los dos delitos de falsedad en documento mercantil en concurso con estafa en grado de tentativa, a la pena de 2 años cuatro meses y quince días, manteniendo la misma pena de multa.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del motivo.

**DÉCIMO OCTAVO** .- El decimocuarto motivo, también por infracción de ley, alega que los dos delitos de falsedad en concurso con estafa intentada debieron ser sancionados como delito continuado y no como concurso real, denunciando como infringidos los arts. 76 y 74 CP.

El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, como señala el Ministerio Fiscal, el motivo se formula como subsidiario del anterior, que ya ha sido estimado, aunque parcialmente. En segundo lugar, como también destaca el Ministerio Público, se formula como cuestión nueva, dado que ninguna de las partes interesó la continuidad que ahora se postula, lo que dificulta la determinación de la pena que correspondería caso de aplicación de este instituto de la continuidad. En tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que aunque la sentencia impugnada sanciona los hechos declarados probados en los apartados 3º y 4º como dos delitos de falsedad, que junto con un hurto fueron medios para cometer otros dos delitos de estafa, en realidad dentro de cada apartado ya se ha aplicado implícitamente la continuidad, pues las tentativas de estafa incluidas en cada uno de los dos apartados fácticos son muy numerosas (siete hechos en el apartado 3º y tres en el apartado 4º), por lo que no resulta proporcionado agrupar además ambos apartados fácticos en una nueva continuidad, y caso de hacerlo nos encontraríamos ante cantidades tan elevadas y estafas tan plurales (solo en el número 1º de los hechos relatados en el apartado 4º, por ejemplo, se incluyen tres cheques falsificados por 20 millones de pesetas cada uno, que se pretendían cobrar fraudulentamente a los perjudicados), que exigirían la elevación de la sanción procedente a la pena superior en grado, como prevé el art 74 1º in fine, lo que sin embargo no resulta accesible por falta de acusación que lo solicite.

Junto a ello nos encontramos con el hecho de que en ambos conjuntos fácticos participan autores diferentes, y en principio la aplicación de la continuidad permite la pluralidad de sujetos pasivos, pero exige la identidad del sujeto activo (STS 27 de julio de 2009). La participación de una pluralidad de sujetos activos unidos por un mismo pactum sceleris permite la aplicación del delito continuado a todos ellos (STS 27 de julio de 2009), o incluso a alguno de ellos separadamente (STS 5 de diciembre de 2000), pero la

aplicación de este Instituto no resulta ordinariamente justificada a conjuntos delictivos, como el aquí enjuiciado, en el que existe una pluralidad de sujetos activos diferentes en unos y otros hechos.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**DÉCIMO NOVENO** .- El decimoquinto motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega vulneración del art 65 3º CP, por indebida inaplicación a D<sup>a</sup> Violeta Josefina, a pesar de no poder ser considerada autora del delito de apropiación indebida.

Reitera el recurrente la imposibilidad de que D<sup>a</sup> Violeta Josefina pueda ser considerada autora del delito de apropiación indebida, ya alegada y rechazada en el motivo correspondiente, por no concurrir en ella la condición necesaria para ser autora de dicho delito, por lo que debió serle aplicada la regulación relativa a la participación de extraños en los delitos especiales, rebajándose su penalidad conforme a lo dispuesto en el art 65 3º citado.

El motivo no puede ser estimado. Ha de señalarse en primer lugar que en la recurrente si concurría la condición o cualidad necesaria para ser considerada autora del delito de apropiación in debida pues, como se ha señalado, actuaba como administradora de hecho de la empresa, junto con su esposo, y tenía a su disposición los bienes de los que se apropió, por lo que debe ser calificada de autora conjunta y no de cooperadora. Y, en segundo lugar, la norma citada, art 65 3º CP, establece una regla no imperativa (“podrán imponer”), que no habilita en el caso actual para a preciar infracción legal alguna.

**VIGÉSIMO** .- El decimosexto motivo, también por infracción de ley, denuncia la inaplicación del art 66 1 2º CP , al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Es cierto que el proceso actual se ha demorado excesivamente, pero la Sala sentenciadora ya ha apreciado legalmente la atenuante de dilaciones indebidas, estimando en consecuencia la concurrencia de una dilación extraordinaria, sin que concurran méritos para la apreciación de esta atenuante como muy cualificada, pues el asunto tiene una acusada complejidad, tanto por la pluralidad de hechos delictivos cometidos, como por la relevancia de las cantidades objeto de apropiación y la diversidad de modalidades de apropiación utilizadas, la complejidad de los diversos “modus operandi” empleados, lo voluminoso de la documentación aportada y valorada, la presencia de once partes personadas, con los consiguientes recursos e incidencias que demoraron la celebración del juicio , y la pluralidad de los partícipes.

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por el autor (SSTS 27 de diciembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 10 de diciembre de 2008, 25 de enero, 30 de marzo y 25 de mayo de 2010).

La compensación se realiza mediante la aplicación de la circunstancia atenuante, que exige cuatro requisitos: 1) que la dilación sea

indebida, es decir procesalmente injustificada; 2) que sea extraordinaria; 3) que no sea atribuible al propio inculpado; y 4) que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La aplicación de la atenuante común ya exige, en consecuencia, que el retraso sea extraordinario. La cualificación solo procede en casos en que el retraso haya sido tan manifiestamente excesivo y **tan desproporcionado respecto de la escasa complejidad de la causa**, que imponga necesariamente una reducción extraordinaria de la pena como compensación natural. Dichas circunstancias no concurren en el caso actual, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de los motivos de recurso interpuestos por estos recurrentes, con la excepción de lo expuesto al resolver el motivo decimotercero, que se estima parcialmente, sin imposición de costas a los recurrentes.

## **RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO ÁLVARO FERNANDO.**

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Álvaro Fernando, por vulneración de precepto constitucional al amparo del art 852 de la Lecrim y 5 4º de la LOPJ, alega infracción del art 24 CE por violación del derecho al debido proceso.

Se refiere la parte recurrente a que el procedimiento penal no ha sido dirigido contra él hasta el auto de 11 de mayo de 2008, sin que se le haya tomado declaración por los hechos como imputado, pues la declaración anterior de 25 de junio de 2003 no abarcaba todos los hechos, considerando que la acusación fue sorpresiva, lo que conlleva la vulneración de las garantías procesales básicas del debido proceso.

Considera el recurrente que el auto de 11 de mayo de 2008 en el que se dirige el procedimiento contra él es nulo por infringir el art 779 de la Lecrim, concretamente por no habersele recibido previamente declaración sobre los hechos.

**VIGÉSIMO SEGUNDO** .- El motivo carece de fundamento.

Como señala el Ministerio Público, el recurrente prestó declaración como imputado sobre los hechos a los que se refiere esta causa, con fecha 25 de junio de 2003, obrando su declaración en calidad de imputado al folio 2.384 de las actuaciones. Previamente el Ministerio Fiscal, que ya apreciaba indicios de responsabilidad contra el mismo, había solicitado que se le recibiese declaración como imputado el 29 de marzo de 2003, como obra al folio 2326 de las actuaciones, y el Juez de Instrucción lo acordó expresamente el 30 de abril de 2003 (folio 2.329). Para ello se remitió exhorto, obrante al folio 2.377. Exhorto que interesaba expresamente que se le recibiese declaración sobre los hechos y concretamente como supuesto responsable de un delito de apropiación indebida, solicitando que aclarase los negocios en los que había intervenido con el querellado Ubaldo Nicanor en su calidad de representante de tres sociedades concretas, y específicamente para que aclarase a que obedecían diversos cheques que había cobrado o había intentado cobrar.

En consecuencia, el recurrente prestó declaración sobre los hechos en calidad de imputado, en momento hábil y previo a la transformación del procedimiento a que se refiere el art 779 de la Lecrim. Acudió a dicha declaración asistido de letrado, efectuando las manifestaciones que estimó procedentes, siéndole mostrado los cheques, y respondiendo que no los recuerda, aunque admitiendo que sabe de su existencia.

A partir de ese momento el recurrente cuenta con asistencia letrada y está personado en la causa, en su calidad de imputado, pudiendo tomar conocimiento de toda su tramitación dado que no se había declarado el secreto de las actuaciones. Es claro que el avance de las investigaciones puede precisar más los hechos o completarlos, pero ello no implica indefensión alguna al imputado, pues al estar personado en las actuaciones, y disponer de defensa letrada, puede si así lo desea efectuar las manifestaciones que estime procedentes sobre estas nuevas aportaciones de la investigación, interesar, si lo considera conveniente, una ampliación de su declaración o solicitar la práctica de las diligencias procedentes.

**VIGÉSIMO TERCERO.** - El apartado cuarto del número primero del art. 779 Lecrim dispone que debe dictarse auto que transforme el procedimiento y continúe la tramitación por las normas del Capítulo IV cuando el hecho constituya delito comprendido en el art. 757.

La nueva redacción de la LO. 38/2002 establece los extremos que, al menos, debe contener dicho auto: determinación de los hechos punibles e identificación de personas imputadas; además establece que no podrá dictarse el auto de transformación contra persona a la que no se le haya tomado declaración como imputada.

El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones, de modo que el hecho de que inicialmente se calificasen los hechos como apropiación indebida y finalmente se formulase la acusación por estafa, no puede considerarse que ocasione indefensión al acusado.

El art. 118, con carácter general y el art. 775 (antiguo art. 789.4) con carácter específico para el procedimiento abreviado, impone el deber al órgano judicial instructor de ilustrar al interesado del hecho de la causa abierta en su contra. Ello quiere decir que el Juez de instrucción debe determinar en la fase instructora quién sea el presunto autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de los derechos que integran la defensa (y, en especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos del art. 767 y 118,4º) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes.

De ello se desprende la consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputado, puesto que de otro modo podrían producirse en la práctica, acusaciones sorprendidas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.

Pero ello no exige que desde el primer momento del proceso, y ya en la primera declaración, estén definidos con todos sus detalles los hechos que finalmente van a ser objeto de acusación, pues como se ha señalado, es claro que el avance de las investigaciones puede precisar más los hechos o completarlos, pero ello no implica indefensión alguna al imputado, ya que al estar personado en las actuaciones, y disponer de defensa letrada, puede si así lo desea efectuar las manifestaciones que estime procedentes sobre estas nuevas aportaciones fácticas a la investigación, interesar, si lo considera conveniente, una ampliación de su declaración o solicitar la práctica de las diligencias procedentes para su defensa.

Lo relevante, como recuerda la STC 134/1986, es que **"no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia"**.

En el caso actual, como se ha señalado, al recurrente se le recibió declaración como imputado sobre los hechos que dieron lugar a la iniciación de esta causa, y fue informado de sus derechos (folios 2.384 y 2.385, tomo VIII), pudiendo interesar lo que a su derecho conviniese a lo largo de toda la causa. Es cierto que inicialmente el auto de transformación del procedimiento, de 13 de mayo de 2008, no lo incluyó como sujeto pasivo del procedimiento abreviado, pese a ser imputado, pero también lo es que dicho auto fue reformado, atendiendo el recurso de la acusación particular al que se adhirió el Fiscal, dictándose nuevo auto de 11 de mayo de 2008, en el que ya se incluyó al recurrente. Este auto fue notificado a las partes y recurrido a la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso.

El 23 de octubre de 2010 se dictó auto de apertura del juicio oral, respecto del recurrente por delito continuado de estafa en concurso con un delito de falsedad también continuado. Y por un segundo delito de estafa, en grado de tentativa, en concurso también con falsedad. No se aprecian diferencias sustanciales con la acusación y condena posterior, por lo que ha de estimarse que el recurrente no ha sufrido indefensión alguna.

**VIGÉSIMO CUARTO.** - El segundo motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Álvaro Fernando, por vulneración de precepto constitucional al amparo del art 852 de la Lecrim y 5 4º de la LOPJ, alega infracción del art 24 CE por quebrantamiento del principio acusatorio.

Se refiere la parte recurrente a que el procedimiento penal ha sido dirigido contra él por el auto de 11 de mayo de 2008, que alega que carece de motivación.

El motivo también carece de fundamento. Como ya hemos señalado, el referido auto se dictó al resolver un recurso de reforma y complementa la resolución anterior, incluyendo entre los sujetos pasivos del proceso al recurrente. Esta parte, hoy recurrente, tuvo plena conocimiento del auto, y lo recurrió específicamente ante la Audiencia Provincial, que lo confirmó motivadamente. El auto incluye los extremos exigidos por la nueva redacción del art 779 procedente de la LO. 38/2002: determinación de los hechos punibles e identificación de personas imputadas, sin que sea exigible una específica motivación probatoria del relato fáctico, pues no nos encontramos ante una sentencia condenatoria sino ante una simple resolución de procedimiento, relevante pero no definitiva.

Las referencias que incluye el recurrente al principio acusatorio no son pertinentes. Como ya hemos expresado, esta resolución constituye el anticipo del auto de apertura de juicio oral que se dictó, respecto del recurrente, por delito continuado de estafa en concurso con un delito de falsedad también continuado y por un segundo delito de estafa, en grado de tentativa, en concurso también con falsedad, sin que se aprecien diferencias sustanciales con la acusación y condena posterior, por lo que no concurre vulneración alguna del principio acusatorio.

Como recuerdan la STS 940/2012, de 24 de noviembre, y la STS 263/2013, de 3 de abril, entre otras, el principio acusatorio impide la condena sin una acusación previa de la que la parte acusada haya podido defenderse, sostenida por alguien distinto del Tribunal responsable del enjuiciamiento. Esta Sala ha señalado, entre otras, en STS núm. 1954/2002, de 29 de enero, que "*... el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria*".

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos

circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

En el caso actual la sentencia condenatoria es plenamente congruente con la acusación formulada, por lo que no cabe apreciar la vulneración denunciada.

**VIGÉSIMO QUINTO** .- El tercer motivo alega también vulneración de derechos fundamentales, en concreto violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, así como del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

No se cuestiona la concurrencia de prueba de cargo, sino que se apoya en la falta de valoración de la prueba de descargo y en la irracional valoración del conjunto probatorio. Alega que el recurrente era simplemente una persona joven que entró a trabajar en el despacho del Sr Jonás Marcial, y que suscribió los contratos pero no participó en la negociación ni en la redacción de los mismos.

El motivo debe ser desestimado. El recurso no precisa cual es la prueba de descargo cuya valoración se omite. El hecho de que el fundador de las sociedades implicadas fuera el Sr Jonás Marcial, no excluye que sea el recurrente quien figura como comprador de los vehículos, en representación de varias sociedades, firmando los correspondientes contratos. El recurrente no niega esta facultad de representación, que constituye un indicio cualificado de su participación en los hechos, y no aporta una versión alternativa razonable,

pues no lo es ampararse en un supuesto desconocimiento absoluto de contratos en los que intervenía y que avalaba con su firma.

La Sala sentenciadora valora razonadamente la prueba practicada, analizando las declaraciones del propio recurrente tanto durante la instrucción como en el acto del juicio oral. Del conjunto de estas declaraciones, en las que el recurrente adopta una actitud elusiva, sin dar explicaciones de su participación en contratos en los que consta documentalmente su firma, deduce racionalmente la Audiencia que el recurrente actuaba con plena consciencia de la actuación delictiva planeada.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO SEXTO** .- El cuarto motivo insiste en la alegación de vulneración de la presunción constitucional de inocencia. En concreto se refiere a la falta de prueba de uno de los elementos del tipo del delito de estafa: la voluntad de engañar.

La prueba de la voluntad de engañar solo puede obtenerse a través de la constatación de que la acción realizada es manifiestamente engañosa y de que el recurrente la realizó de modo consciente y deliberado. Si la conducta es objetivamente engañosa, como lo es firmar unos contratos simulados con un antiguo administrador de una empresa, con fecha antedatada y utilizando documentos de la propia empresa, para crear la apariencia de haber comprado unos vehículos cuando todavía estaba el supuesto vendedor al frente de dicha sociedad, y reclamar seguidamente los vehículos a los nuevos administradores, es claro que quien suscribe dichos contratos está intentando engañar a estos administradores para que les entreguen los vehículos supuestamente comprados. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO** .- El quinto motivo, también por vulneración constitucional, considera una conducta atípica firmar unos contratos privados negociados y acordados por los otros acusados.

El motivo, aunque se incardine por supuesta vulneración del principio de legalidad, es en realidad, un motivo encubierto por infracción de ley. En consecuencia, es necesario que respete el relato fáctico. Y atendiendo a este relato los hechos revisten todos los caracteres de la tentativa de estafa objeto de sanción.

Reitera esta parte recurrente lo alegado por los otros condenados en el décimo motivo de su recurso acerca de la inidoneidad de la estafa, por estimar que la acción enjuiciada no era idónea para integrar el engaño típico de este delito.

Debemos remitirnos a lo ya expresado al resolver el referido motivo, en el sentido de que la acción de utilizar los documentos sustraídos de la propia sociedad para simular en ellos contratos supuestamente válidos y obligatorios, era abstractamente idónea para engañar a los nuevos administradores, y solo las sospechas que recaían sobre cualquier acción del anterior administrador, por sus anteriores abusos, fue lo que impidió que se obtuviese el resultado esperado.

**VIGÉSIMO OCTAVO** .- El sexto motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega aplicación indebida de los art 248, 249 250 1- 5º, y art 392 CP, por entender que los hechos consignados en el apartado 3º no pueden calificarse como delito de falsedad en concurso con estafa en grado de tentativa.

Los hechos descritos en dicho apartado son los siguientes:

*"TERCERO.- Con posterioridad a su cese, y siguiendo la referida finalidad de lucro que en todo caso presidió su actuación, Ubaldo Nicanor, se concertó con el también acusado Álvaro Fernando, mayor de edad y sin antecedentes penales, así como con una tercera persona inicialmente imputada y cuya responsabilidad criminal quedó extinguida por fallecimiento. Valiéndose, por un lado, de documentos que a su salida de sus cargos había llevado consigo Ubaldo Nicanor, y elaborando, además, unos documentos que fecharon en días anteriores al cese de aquél en los que recogían diversos contratos de venta de vehículos, los acusados quisieron hacer creer a los nuevos administradores de Cumaca Motor SL, Torino Motor SA y Delegación Sur Renting SA que dichas ventas habían tenido lugar realmente, pretendiendo por medio de requerimientos notariales la entrega de los coches, finalmente no lograda ante la negativa de la nueva dirección de las empresas.*

*Los referidos documentos fueron los siguientes:*

*A)- Con intervención de Álvaro Fernando:*

*1- documento fechado el 7-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Autorentig Car SL, representada por Álvaro Fernando, 21 coches por importe de 30.201.760 pesetas;*

*2- documento de 11-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Sur Rent a Car SA, representada por Álvaro Fernando, 11 coches por precio de 24.070.000 pesetas;*

*3- documento de 11-11-00 por el que Delegación Sur Renting SA habría vendido a Autorentig Car SL, representada por Álvaro Fernando, 10 coches por precio de 15.300.400 pesetas;*

*4- documento de fecha 20-11-00 por el que Torino Motor SA habría vendido a Inverhostelería SL, representada por Álvaro Fernando, un Fiat Bravo matrícula MA-6714-DF por precio de 1.850.200 pts;*

*5- documento de 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a GF94 SL, representada por Álvaro Fernando, además del vehículo Toyota Ray 4 matrícula MA-5204-DF que ya había sido entregado a la supuesta compradora, el Toyota Avensis matrícula MA-7641-DF por precio conjunto de 6.600.160 pts.*

*B)- Con intervención de una tercera persona ya fallecida*

*1- documento de 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a Gestenedora 2000 SL, además del Toyota Land Cruisier matrícula*

*9751 BBR que había sido entregado con anterioridad, un Toyota Corolla matrícula 8828BBV por importe conjunto de 8.001.680 pesetas;*

*2- documento de fecha 20-11-00 por el que Cumaca Motor SL habría vendido a Gestrade Sur SL, además del Toyota Land Cruiser matrícula MA-4012-DD igualmente entregado antes del cese de Ubaldo Nicanor, un Toyota Yaris 1.0 matrícula MA-2739-DF por precio conjunto de 6.766.280 pts.*

*Los vehículos debieron quedar inmovilizados como consecuencia de la prohibición de disponer ordenada en el curso de este proceso".*

Cuestiona la parte recurrente el delito de falsedad alegando que nos encontramos ante un contrato simulado (art 250 3º CP) y no una falsedad en documento mercantil.

La jurisprudencia entiende que la figura delictiva del art. 251.3 CP exige para su ejecución:

a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado a través del cual se pone de relieve un negocio público, bien sin existencia real alguna, bien con ocultación del contrato verdadero.

b) Desde la óptica de la antijuricidad que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes.

c) En cuanto a la culpabilidad que se tenga conciencia y voluntad de la simulación realizada de la que debe derivarse con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que debe redundar en beneficio del sujeto activo de la acción (STS 383/2002, de 6 de marzo; 1348/2002, de 18 de julio; 1040/2002, de 4 de junio.).

**Sin embargo deben distinguirse los supuestos de contrato simulado en el que el perjuicio deriva directamente del otorgamiento del contrato y que, como estafa impropia, no exige necesariamente engaño, pues los contratantes conocen la naturaleza ficticia de lo contratado y el tercero perjudicado no realiza un acto de disposición engañado por el contrato sino que el perjuicio deriva directamente de éste, de aquellos otros supuestos, como el actual, en los que se comete una falsedad en documento mercantil, utilizando un soporte documental sustraído de una sociedad para simular un documento con el fin de inducir a error sobre su autenticidad. Autenticidad que no concurre, pues el contrato se formaliza en un soporte sustraído y se antedata para aparentar que fue otorgado por quien en la fecha indicada todavía era administrador de la sociedad, con el fin de utilizar este documento falsificado (que no meramente simulado) para inducir a engaño a los nuevos administradores de la sociedad y obtener de ellos un importante desplazamiento patrimonial, es decir que el documento constituye en este caso el instrumento de una estafa propia. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso medial de falsedad en documento mercantil y estafa, y no como pretende el recurrente ante un mero supuesto de simulación contractual.**

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO NOVENO** .- El séptimo motivo, por infracción de ley, alega aplicación indebida de los arts. 248, 249 y 250 1 5º CP y 392 CP, por estimar que los hechos no constituyen un delito de falsedad como medio para cometer un delito intentado de estafa.

El motivo no se desarrolla limitándose al parte recurrente a remitirse a los argumentos expuestos en el motivo anterior. Por las mismas razones ya expuestas al desestimar dicho motivo, debe decaer el presente.

**TRIGÉSIMO** .- El octavo motivo, por infracción de ley, alega vulneración del art 131 6º CP interesando la prescripción del delito. Se apoya el recurrente en que el único auto en el que puede estimarse que se dirige la acción penal contra el mismo es el auto de 11 de mayo de 2008, y cuando se dictó ya había transcurrido el tiempo necesario para la prescripción.

El motivo carece de fundamento, pues con anterioridad a dicho auto el recurrente ya había sido llamado a declarar en calidad de imputado, con fecha 25 de junio de 2003, por lo que la prescripción se encuentra absolutamente descartada.

Como recuerda la STS de 24 de octubre de 2013, una de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 es la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La nueva norma hace una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Hasta la aprobación de dicha norma, el Tribunal Supremo entendía, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional se exigía algún *“acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción (...) que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito”* (STC 59/2010, de 4 de octubre de 2010), lo que, como regla general, implicaba

que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querella.

De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal (art. 132.2.2ª CP), dichos criterios se han refundido, ganándose en seguridad jurídica, en una norma que impone que la interposición de una querella o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses (o 2 meses para el caso de las faltas) desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, es decir se admita judicialmente la denuncia o querella (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Así, el nuevo precepto, en su epígrafe segundo, pone de manifiesto que *“por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.”*

La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que *“entre las resoluciones previstas en este artículo”*, que tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción producida por la presentación de la querella o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser

constitutivo de delito o falta, **la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia.** Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrellado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta.

En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal.

**Cuando se trate de una persona que no figure expresamente en la querrela como querrellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona e interrumpe el plazo de prescripción es la decisión judicial de citarle en calidad de imputado.**

**TRIGÉSIMO PRIMERO** .- El noveno motivo, por infracción de ley, interesa la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Su desestimación se impone por las razones y a expuestas al resolver el motivo correlativo del recurso interpuesto por los condenados Ubaldo Nicanor y Violeta Josefina.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO** .- El décimo motivo, por infracción de ley, denuncia como vulnerado el art 77 del CP 95 por aplicación indebida. En su argumentación, ciertamente confusa, se refiere, en realidad, al hecho de sancionar separadamente los delitos correspondientes a los hechos declarados probados en los apartados 3º y 4º.

La aplicación por la sentencia de instancia del concurso medial o instrumental entre las falsedades y las estafas intentadas es correcta, y la parte recurrente no ofrece argumento alguno en su contra, por lo que no cabe apreciar la infracción denunciada del art 77. En cuanto a la sanción separada en concurso real de ambos conjuntos delictivos (apartados 3º y 4º del relato fáctico), debemos remitirnos a lo ya expresado en el motivo correspondiente de la otra parte recurrente.

**TRIGÉSIMO TERCERO** - Los dos últimos motivos de recurso cuestionan la pena impuesta por el concurso entre falsedad y tentativa de estafa.

Como ya se expresó al resolver el motivo correlativo de los dos primeros recurrentes, en el fundamento jurídico decimoséptimo de esta resolución, para la resolución de este motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal sentenciador, pese a la pluralidad de documentos falsificados, aplica la doctrina de la unidad natural de acción y no aplica la continuidad delictiva. En consecuencia la pena legal, aplicando el concurso, es la del delito más grave en su mitad superior, y dentro de este segmento, en la mitad inferior, por la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Siendo el delito más grave la falsificación, cuya pena privativa de libertad se extiende de seis meses a tres años, la mitad superior de la pena iría de 21 meses a tres años.

Dentro de esta mitad superior, la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas impone a su vez, acudir a la mitad inferior, que va de 21 meses a 2 años cuatro meses y quince días. Dado que la pena impuesta es de dos años y seis meses, el motivo debe ser estimado, reduciendo la penalidad por cada uno de los dos delitos de falsedad en documento mercantil en concurso con estafa en grado de tentativa, a la pena de 2 años cuatro meses y quince días, manteniendo la misma pena de prisión.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial de ambos motivos.

Por todo ello, debemos acordar la íntegra desestimación de los motivos de recurso interpuestos por este recurrente, con la excepción de lo expuesto al resolver los dos últimos motivos, que se estiman parcialmente, sin imposición de costas al recurrente.

## **RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D. JONÁS MARCIAL.**

**TRIGÉSIMO CUARTO** .- El primer motivo de recurso, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 Lecrim, alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Alega el recurrente que no tenía real conocimiento de las actividades comerciales de las empresas en las que figuraba como administrador, pues era su hermano el que las dirigía, desconociendo los motivos y finalidad de los contratos que firmaba como administrador.

Como ya hemos señalado, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

En el caso actual el Tribunal sentenciador ha dispuesto de prueba documental y testifical acreditativa de que el recurrente, como administrador de Invercádiz SL, recibió un cheque procedente del departamento de Administración de la empresa Cumaca Motor, y que había sido sustraído por otra acusada, antedatado al 20 de noviembre de 2000, y por importe de 27.500.000 ptas., supuestamente por la venta a Cumaca de participaciones de Invercádiz por valor de cincuenta millones, y otro cheque por importe superior a once millones, contra una cuenta de Torino Motor, por un supuesto derecho de opción de compra.

Teniendo en cuenta la naturaleza de estas operaciones, su elevado importe (venta de participaciones por 50 millones de ptas, venta de una opción de compra por más de once millones) no resulta verosímil que el administrador de las sociedades que realiza los supuestos negocios y percibe los cheques correspondientes para su pago, alegue desconocerlo todo sobre los contratos que suscribe. Por otra parte concurren elementos indiciarios muy relevantes que acreditan que el recurrente tuvo que conocer el carácter ficticio de las operaciones, pues tanto los contratos como los cheques se suscribieron en una fecha muy posterior a la que figuraba en los mismos, lo que era

manifiesto para cualquiera, y en el caso actual no tenía otra justificación que el hecho de que los coacusados ya no eran en la fecha de los contratos representantes de las sociedades Cumaca Motor SL y Torino Motor SA, siendo inverosímil que el recurrente pudiese firmar contratos de tan elevado importe, vendiendo opciones y participaciones a empresas concesionarias de automóviles, que no se dedicaban al negocio inmobiliario, falseando la fecha sin cuestionar la razón de esta falsedad y sin constatar la representación de los supuestos compradores en la fecha real de firma de los contratos.

En consecuencia, la Sala de Instancia dispuso de una prueba directa de la participación activa del recurrente en las operaciones delictivas, su firma en los contratos, y de un indicio cualificado de su conocimiento de la irregularidad de la operación, la falsedad de la fecha.

Un indicio cualificado es aquel que acrecienta de modo muy relevante la probabilidad de que la hipótesis acusatoria se corresponda con la realidad, pues conforme a normas ordinarias de experiencia puede deducirse racionalmente del mismo la realización de los hechos delictivos, salvo supuestos excepcionales de hipótesis alternativas que no son apreciables en el análisis directo por parte del Tribunal y que solo el propio acusado podría proporcionar.

Si la única hipótesis alternativa que proporciona el recurrente es la de que, pese al elevado importe y relevancia de los contratos, no se enteraba de lo que firmaba, es claro que se trata de una contra hipótesis inverosímil y absurda, que la Sala ha obrado racionalmente al rechazar.

**TRIGÉSIMO QUINTO.** - El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la indebida aplicación de los arts. 248, 249 y 250 1 5º (actual) CP 95, alegando la inexistencia de estafa.

Afirma que los contratos eran reales, y que no concurría intención alguna de engañar a los nuevos administradores de las sociedades Cumaca Motor SL y Torino Motor SA, por lo que no deben apreciarse los elementos integradores del delito de estafa.

El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico. En éste se expresa:

*"CUARTO.- De acuerdo Ubaldo Nicanor con el nombrado Álvaro Fernando y con el también acusado Jonás Marcial, mayor de edad y sin antecedentes penales, libró el primero cuatro de los cheques que Violeta Josefina había tomado de las oficinas del departamento de administración en el que había trabajado, fechándolos con anterioridad al día de su cese y respaldándolos con documentos elaborados al efecto, que recogían ciertos negocios jurídicos que nunca tuvieron lugar, entregándolos a los otros dos acusados, quienes como si hubiesen obedecido a acuerdos reales, pretendieron sin éxito su cobro.*

*Concretamente fueron los siguientes:*

*1- 2 cheques, números 5.863.371 y 5.863.372, librados por importe de 20.000.000 pesetas cada uno contra la cuenta de Torino Motor SA en Banco de Sabadell, documentos fechados el 15-11-00 que fueron entregados a Álvaro Fernando quien, según contrato elaborado para justificar su expedición, habría actuado en nombre de Aligoan SA vendiendo terrenos a Torino Motor SA por precio de 150.000.000 pesetas.*

*2- cheque nº FH-3.329.621-1 librado contra la cuenta corriente de Cumaca Motor SL en Banco de Santander por importe de 27.500.000 pts, fechado el 20-11-00 y recibido por Jonás Marcial, quien según el documento elaborado para justificar su expedición, habría actuado en nombre de HVI Inversiones SA, vendiendo a Cumaca participaciones de Invercádiz SL por importe de 50.000.000 pts;*

*3- cheque n 7.048.752, librado por importe de 11.875.000 pts contra la cuenta que Torino tenía en Banco de Santander con fecha 15-11-00, recibido*

*por el anterior acusado, quien, actuando en nombre de Invercádiz SL, habría cedido a Torino Motor SA un derecho opción compra”.*

**TRIGÉSIMO SEXTO** .- El recurrente cooperó con el antiguo administrador de las empresas Cumaca Motor SL y Torino Motor SA, que había sido despedido por los socios mayoritarios por abusar de su función, con el fin de aprovecharse de dichas empresas a través de contratos ficticios aparentemente suscritos y pagados con anterioridad a su cese. Aprovechando soportes documentales con el anagrama de las citadas empresas, e incluso talones bancarios sustraídos de las mismas, se falsificaron contratos modificando las fecha reales de suscripción de los documentos, para hacer aparecer al Sr Ubaldo Nicanor en una condición que ya no os tentaba, la de administrador de ambas sociedades, y con ello aparentar que se trataba de contratos que vinculaban a dichas empresas, induciéndolas a error para provocar un desplazamiento patrimonial: el pago de las cantidades millonarias que supuestamente las referidas sociedades adeudaban como consecuencia de dichos contratos.

El hecho de utilizar para los supuestos pagos los talones bancarios sustraídos a las referidas empresas y la consignación de una fecha falsa en los contratos, correspondiente a una época en que el antiguo administrador estaba al frente de las sociedades, y podía efectivamente haber firmado los referidos contratos, aportaba una apariencia de realidad a los negocios jurídicos suscritos por el recurrente, que configuraba una “puesta en escena” hábil, en principio para configurar el engaño.

La cooperación del recurrente, en consecuencia, era absolutamente relevante, y completaba el engaño, que se frustró por las sospechas de los nuevos administradores fundadas en el deshonesto

comportamiento previo del Sr Ubaldo Nicanor. Cooperación ejecutiva, que debe ser calificada de autoría conjunta, conforme al art 28, párrafo primero inciso segundo CP 95.

En definitiva, el recurrente contribuyó con actos ejecutivos a configurar un engaño con la suficiente entidad para que en la convivencia social actuase como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, sin perjuicio de que no obtuviese su objetivo, lo que determina la sanción como tentativa pero no excluye la aplicación del tipo de estafa.

El motivo debe ser desestimado.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.-** El tercer motivo de recurso (segundo por infracción de ley en la denominación del recurrente), alega vulneración de los arts. 392 y 390 12° CP, por inexistencia de falsedad documental.

Considera el recurrente que la falsedad por la que se le condena es la de los contratos fechados los días 20 de noviembre de 2000, 2 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2000, y es la firma de dichos contratos lo que tipifica la falsedad. Alega que en la causa no constan los contratos propiamente dichos sino las fotocopias de los mismos, y que en cualquier caso no son falsos pues responden a negocios perfectamente legítimos. Alega finalmente que, en cualquier caso, nos encontraríamos ante una falsedad ideológica, apoyándose en una sentencia representativa de un criterio jurisprudencial minoritario, y rechazado en Pleno de esta Sala.

El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico. En este consta que los referidos documentos recogían negocios

jurídicos “que nunca tuvieron lugar”, y estaban elaborados al efecto con fecha antedatada para respaldar el pretendido cobro de unos cheques extendidos en talones sustraídos a las empresas que se pretendía perjudicar, con el fin de aparentar que los talones respondían a operaciones comerciales reales y existentes.

Que no obren en la causa los originales de los documentos que integran el delito de falsedad no es relevante en el caso actual, pues consta que se suscribieron y se introdujeron en el tráfico jurídico para respaldar el cobro de talones, que no respondían a deuda alguna, por importes millonarios. Que no respondían a negocio jurídico alguno constituye un hecho probado, que no puede ser cuestionado en este cauce casacional. Y que no nos encontramos ante una falsedad meramente ideológica aparece perfectamente explicado en la sentencia de instancia, a la que nos remitimos.

Si se partiese del criterio en el que se apoya el recurrente, conforme al cual todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real es auténtico, con independencia de que no responda a realidad alguna, es claro que el art. 390.1. 2º CP quedaría vacío de contenido, pudiendo generar consecuencias negativas para la seguridad del tráfico mercantil e incluso para el normal desarrollo de una convivencia organizada en un ámbito de confianza.

Cabe sostener razonablemente que no puede considerarse como auténtico aquel documento que es incierto en su integridad, salvo en la firma, es decir, que ha sido deliberadamente inventado para acreditar una realidad jurídica totalmente inexistente, que es lo que sucede en el caso actual. Ha de ponderarse la relevancia del principio de lesividad con respecto a falsedades documentales idóneas para ocasionar perjuicios a terceros. Y también que el hecho de que se despenalice en el ámbito de los documentos

privados una determinada modalidad de falsedad ideológica (art 390 1 4º) no quiere decir que se despenalicen las restantes.

Resulta razonable, por tanto, incardinar en el art. 390.1.2º del CP aquellos supuestos, como el actualmente enjuiciado, en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su *autenticidad* (en sentido amplio).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció a favor de esta tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2.º se contemplan este tipo de falsedades consistentes en la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido: SSTS 817/1999, de 14 de diciembre; 1282/2000, de 25 de septiembre; 1649/2000, de 28 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 514/2002, de 29 de mayo; 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre; 325/2004, de 11 de marzo.

En esta jurisprudencia se sienta como línea interpretativa unificada por el criterio del referido Pleno, tal como se sintetiza en la STS de 29 de enero de 2003 (núm. 1954/2002), que, " *en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento "genuino" con el documento "auténtico", pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como "auténtico" por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material.*

*Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa "acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren", por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que "genuino" significa "puro, propio, natural, legítimo", sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia ("propio" de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad*

*En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, y a que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.*

*Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a la modalidad falsaria del número segundo del art. 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.*

*Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.*

*Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de estimarse que el Legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido."*

Como recuerda la misma STS 1954/2002, el Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental (STC 123/2001, de 4 de junio).

Asimismo, como señala la S.T.S. 280/2013 de 2 de abril, que seguimos en esta exposición, en las sentencias más recientes dictadas sobre esta cuestión se ha consolidado el criterio de que determinadas falsedades ideológicas siguen estando penadas, si bien con un carácter restrictivo, en el actual texto penal. Y así, en la SSTS 213/2008, de 5 de mayo, y 641/2008, de 10 de octubre, se afirma que la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2º. aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente.

Y en la STS 692/2008, de 4 de noviembre, se establece que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico.

La STS 894/2008, de 17 de diciembre, señala que la función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya

faltado a la verdad, se trata sencillamente de que tales declaraciones jamás se han producido.

En la misma línea que las anteriores, la STS 324/2009 argumenta que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del C. Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

En la misma línea expresada se pronuncian las sentencias 784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre; y 1100/2011, de 27 de octubre. En todas ellas se subraya que el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (STS 309/2012, de 12 de abril).

**TRIGÉSIMO OCTAVO.-** - En el caso concreto enjuiciado, se aprecia que la falsedad consistió en confeccionar unos documentos simulados para hacer creer erróneamente a los nuevos

administradores de dos sociedades que se encontraban vinculados por unos contratos, realmente inexistentes, que había suscrito el administrador anterior, y que en consecuencia debían hacer frente a los pagos derivados de los referidos contratos. Para ello se simulaban documentos de manera que inducían a error sobre su autenticidad (que es precisamente la conducta tipificada en el art 390 1 2º CP), documentando contratos que realmente no se habían suscrito con el anterior administrador, cuando éste ya había sido expulsado de las sociedades afectadas, pero haciendo figurar en ellos una fecha anterior, para que parecieran contratos auténticos suscritos por el administrador cuando estaba en el ejercicio de sus funciones. Acompañando estos contratos falsos con cheques extendidos en talones bancarios que el antiguo administrador había sustraído al abandonar la empresa, pretendieron obtener de los nuevos administradores el pago de deudas realmente inexistentes. En consecuencia, la calificación jurídica realizada por la sentencia de instancia, falsedad en documento mercantil en concurso medial con estafa intentada, es correcta, y no procede admitir el motivo de casación que examinamos.

**TRIGÉSIMO NOVENO.-** - El cuarto y último motivo de recurso, por infracción de ley, cuestiona la cuantificación de la pena impuesta por el concurso, en los mismos términos de los anteriores recurrentes. En el mismo sentido que los motivos correlativos de los anteriores recurrentes (decimotercero del Sr Ubaldo Nicanor y undécimo del Sr Álvaro Fernando), procede estimar parcialmente este motivo de recurso, fijando la pena privativa de libertad procedente en dos años cuatro meses y quince días.

Por todo ello, debemos acordar la íntegra desestimación de los motivos de recurso interpuestos por este recurrente, con la excepción de lo expuesto al resolver el último motivo, que se estima parcialmente, sin imposición de costas al recurrente.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR**, parcialmente, al motivo **DECIMOTERCERO**, del recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de ley interpuesto por **UBALDO NICANOR y VIOLETA JOSEFINA**, contra sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, en causa seguida a los mismos, a Álvaro Fernando y a Jonás Marcial, por delitos de apropiación indebida y false dad.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR**, parcialmente, al motivo **UNDÉCIMO**, del recurso de casación por infracción precepto constitucional e infracción de ley interpuesto por **ÁLVARO FERNANDO**, contra la anterior sentencia.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR**, parcialmente, al motivo **CUARTO**, del recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley interpuesto por **JONÁS MARCIAL** contra la anterior sentencia.

Y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, con declaración de las costas de oficio de todos los recurrentes.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**465/2014**

***Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón***

***Fallo: 11/12/2014***

***Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández***

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SEGUNDA SENTENCIA N.º: 905/2014***

***Excmos. Sres.:***

**D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**  
**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**  
**D. Alberto Jorge Barreiro**  
**D. Andrés Palomo Del Arco**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil catorce.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 4 de Málaga y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital con el núm. 1003/2012 por delitos de apropiación in debida y estafa contra Ubaldo Nicanor, con D.N.I. xxxxxxxxxxx-x, con domicilio en Palma de Mallorca, sin antecedentes penales e ignorada solvencia; contra VIOLETA JOSEFINA, con D.N.I. xxxxxxx-x, con domicilio en Málaga, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia; contra ÁLVARO FERNANDO, con D.N.I. xxxxxx-x, nacido el 15/7/1967 en Jerez de la Frontera, hijo de Sinforoso Ambrosio y de Gabriela Purificación, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia; y contra JONÁS MARCIAL, con D.N.I. xxxxxx-x, nacido el 12-10-1949 en Venta de Baños, Palencia, hijo de Aníbal Pío y Jezabel Francisca con domicilio en Palencia, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-PumpidoTourón.

## **I. ANTECEDENTES**

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO.-** Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos sustituir la pena de Dos años y seis meses de prisión impuesta a los recurrentes Ubaldo Nicanor, Álvaro Fernando y Jonás Marcial por los delitos de falsedad documental en concurso con estafa en grado de tentativa, por la de Dos años cuatro meses y quince días.

### **III. FALLO**

DEJANDO SUBSISTENTES TODOS LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA debemos sustituir la pena de Dos años y seis meses de prisión impuesta a los recurrentes UBALDO NICANOR, ÁLVARO FERNANDO Y JONÁS MARCIAL, por los delitos de falsedad documental en concurso con estafa en grado de tentativa, por la de DOS AÑOS CUATRO MESES Y QUINCE DÍAS. En los casos de Ubaldo Nicanor y Álvaro Fernando, la modificación afecta a cada una de las dos condenas impuestas a cada uno de ellos por delito de falsedad en concurso con estafa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su

fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.