

Roj: STS 1534/2014
Id Cendoj: 28079120012014100314
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1652/2013
Nº de Resolución: 211/2014
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil catorce.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **Florencio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, con fecha veinte de Junio de dos mil trece, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado **Florencio**, representado por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado y defendido por la Letrado Doña Eulalia Puig Fusté. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **AYUNTAMIENTO DE TERRASSA**, representado por el Procurador Don Luis Estrugo Muñoz y defendido por la Letrado Doña Fina Fernández Fernández y **TRANSPORTS MUNICIPALS D'EGARA, S. A.**, representado por el Procurador Don Florencio Araez Martínez y defendido por el Letrado Doña Cristina Nieto Enriquez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Terrassa, instruyó las diligencias previas con el número 1775/2.008, contra **Florencio**; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, rollo 93/2012) que, con fecha veinte de Junio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Primero.- El Ayuntamiento de Terrassa que es quien presta el servicio de transporte colectivo público y urbano de viajeros en la ciudad de Terrassa, lo hacía a través de la empresa adjudicataria TRANSPORTES MUNICIPALS D'EGARA, SA (TMESA) con un 80% del capital privado y un 20% del Ayuntamiento referido.

El acusado, Florencio, mayor de edad, sin antecedentes penales, en su calidad director financiero de la empresa desde el mes de febrero de 1991 de la entidad TRANSPORTES MUNICIPALES D'EGARA, SA, teniendo el control directo de las áreas de contabilidad, tesorería y recaudación, desde el mes de enero del 2003 al mes de junio del 2008, y con ánimo de enriquecerse ilícitamente, hizo suyo en distintas fechas y de forma continuada durante el periodo cronológico referido, parte de la recaudación en efectivo generada por la venta de billetes sencillos de transporte, cantidades variables que en ocasiones alcanzaron entre los 4.000 y los 5.000 euros, logrando sustraer un total de 2.732.950 euros.

Asimismo, el acusado, que tenía entre sus funciones llevar la contabilidad de la empresa, con la finalidad de poder perpetrar las varias apropiaciones dinerarias antes referidas, alteró los balances de situación de los ejercicios anuales antedichos, sobrevalorando los saldos de clientes e infravalorando los saldos de los proveedores, aumentando las partidas de crédito y disminuyendo las correspondientes a deudas y, alterando las partidas de deuda con la Hacienda Pública, con la finalidad de que en las cuentas anuales correspondientes a dichos ejercicios no se reflejasen las sustracciones que iba realizando. Dichos balances los presentó anualmente al gerente de la empresa para su posterior aprobación del Consejo de Administración, el cual presentó las cuentas anuales en el Registro Mercantil en base a la información contable contenida en los balances de situación confeccionados por el acusado, dada la confianza que mantenían con el mismo en sus diecisiete años de trabajo en la empresa.

En fecha 20 de junio de 2008, el acusado procedió a confesar estas actividades, salvo la totalidad de la cuantía defraudada y las sustracciones desde enero a junio del 2003, ante el Juzgado de guardia de Terrassa, remitiendo este mismo día un burofax a la dirección de la entidad en el mismo sentido.

SEGUNDO.- El acusado en la fecha de los hechos sufría una ludopatía - juego patológico- que le afectaba en el control de sus impulsos para la obtención de dinero que le permitiera jugar y seguir jugando. Tras haber confesado los hechos inició el 31-10- 2008 un tratamiento de orientación cognitiva-conductual, en la Unidad de Juego patológico del Hospital de Bellvitge, del que se le dió el alta médica en fecha 15-6-2011.

Dicha patología no le afectó en su capacidad de comprensión del alcance y significado de su conducta, aunque sí en su voluntad, que estaba afectada por la falta de control de sus impulsos para obtener dinero, aunque de forma moderada, al mantener el control de actos que requiere planificación en fases cronológicas muy prolongadas, así como el control para mantener intacto su patrimonio.

TERCERO.- En el curso del procedimiento de investigación judicial, el acusado procedió a vender sus acciones en dos sociedades en fecha 19-3-2009, percibiendo el importe de 100.152,84 euros, de las cuales únicamente consignó en el Juzgado Instructor a cuenta de las responsabilidades civiles por él mismo confesadas la suma de 35.000 euros. El resto del dinero lo destinó a cancelar deudas contraídas fundamentalmente con entidades bancarias y para su destino propio. Dicha venta fue comunicada por la representación procesal del acusado al Juzgado Instructor, así como la venta de un piso de su propiedad en Sant Cugat del Vallés (Barcelona, por importe de 250.000 euros, cantidad de la que una vez cancelada la hipoteca de importe 160.100,64 euros, dispuso para otros pagos, consignando únicamente la suma de 30.000 euros. No se adoptó ninguna medida cautelar para afianzar las responsabilidades civiles derivadas de los hechos investigados hasta transcurridos tres años desde el inicio del procedimiento, por Auto de fecha 13-9-2011"(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"CONDENAMOS al acusado Florencio como penalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de Apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, ya definidos, concurriendo las circunstancias atenuantes de confesión y trastorno psíquico por ludopatía, a las penas de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de SEIS MESES, con una cuota diaria de SEIS euros (6 euros) y, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas de multa impagadas y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil, Florencio abonará a TRANSPORTES MUNICIPALS D'EGARA la suma 2.732.950 euros más el interés legal del art. 576 LEC, de la que deberá deducirse en ejecución de sentencia, una vez firme esta resolución, las cantidades consignadas y, embargadas aludidas en el fundamento de derecho quinto"(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por Florencio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el correspondiente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Florencio, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Por quebrantamiento de Forma, al amparo del nº 1 del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, resultar manifiesta contradicción entre ellos y consignar como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

2.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria basado en el informe pericial psiquiátrico del Dr. Evelio.

3.- Recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 392 CP.

4.- Por infracción de Ley, al amparo del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 77.2 y errónea inaplicación del art. 77.3 CP.

5.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación errónea del art. 21.4ª, en relación con el art. 66.1.2ª CP .

6.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación errónea del art. 21.5ª, en relación con el art. 66.1.2ª CP .

7.- Recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación errónea del art. 21.1ª, en relación con el art. 68 CP .

8.- Recurso de casación por infracción de Ley, por inaplicación errónea del art. 21.6ª, en relación con el art. 66,2ª CP .

Quinto.- Instruidos las partes recurridas y el Ministerio Fiscal, interesan la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día once de Marzo de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, con las atenuantes de confesión y trastorno psíquico por ludopatía, a las penas de dos años y seis meses de prisión y multa de seis meses con cuota diaria de 6 euros. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 851.1º de la LECrim , denuncia falta de claridad en los hechos probados, pues dice que no se expresa clara y terminantemente si queda probado que en el momento de los hechos podía comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, pues por un lado se dice que sufría una ludopatía y por otro que no le afectó en su capacidad aunque sí en su voluntad. Entiende que el relato resulta confuso. Discute seguidamente los efectos de la ludopatía en la conducta del recurrente discrepando de lo que se recoge en la sentencia. En segundo lugar se queja de predeterminación del fallo al declarar probado que "alteró los balances de situación", cuando en realidad, los confeccionó faltando a la verdad. En tercer lugar denuncia contradicción entre los hechos probados, pues se afirma, por un lado, que la supuesta alteración documental se hizo con la finalidad de poder perpetrar las variadas apropiaciones dinerarias, y de otro lado se dice que lo hizo para que en las cuentas anuales no se reflejasen las sustracciones que iba realizando, lo cual tiene una evidente trascendencia respecto de la posible existencia de un concurso medial.

1. Los motivos por quebrantamiento de forma previstos en el artículo 851.1º de la LECrim , en el que se apoya el recurrente, solo determinarían, en caso de ser estimados, la devolución de la sentencia al Tribunal de origen para que procediera a una nueva redacción exenta de los vicios o defectos apreciados. Pero no autorizan un debate sobre las cuestiones de fondo que pudieran relacionarse con la redacción del hecho probado tal como aparece en la sentencia o tal como debería quedar redactado una vez corregido el defecto, en caso de que fuera apreciado. Dicho esto, que permite prescindir de algunas consideraciones contenidas en el motivo que exceden del puro quebrantamiento de forma, examinaremos cada una de las alegaciones del recurrente.

La jurisprudencia ha entendido que existe falta de claridad cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras STS núm. 471/2001, de 22 de marzo ; 1144/2001, de 31 de julio ; 1181/2001, de 19 de julio ; 1610/2001, de 17 de septiembre , y STS nº 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

En el caso, no se aprecia la falta de claridad que se alega. En la sentencia se declara probado que el acusado padecía una ludopatía que le afectaba en el control de sus impulsos para la obtención de dinero con destino al juego. Y seguidamente precisa que esa afectación no recaía sobre la capacidad de comprender el significado y alcance de su conducta, sino sobre la voluntad para ajustarse a aquella comprensión. Y, finalmente precisa que esa afectación era moderada, manteniendo intacto el control sobre la planificación de la conducta en fases cronológicamente prolongadas, así como para mantener intacto su patrimonio.

Es claro que el recurrente puede discrepar del Tribunal en lo relativo a la determinación de los efectos de la ludopatía, pero esa es una cuestión que excede el quebrantamiento de forma que se denuncia.

2. En cuanto a la predeterminación del fallo, es evidente que la fundamentación jurídica y el fallo de cualquier sentencia deben referirse a los hechos que se han declarado probados. En ese sentido, todo relato fáctico predetermina el fallo. Pero no es esa la predeterminación prohibida por la ley.

Como ha señalado la jurisprudencia, la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECrim , es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, sustituyendo la necesaria narración fáctica por una afirmación jurídica que califica lo ocurrido, y que según una reiteradísima jurisprudencia (Sentencias de 7 de mayo de 1996 , 11 de mayo de 1996 , 23 de mayo de 1996 , 13 de mayo de 1996 , 5 de julio de 1996 , 22 de diciembre de 1997 , 30 de diciembre de 1997 , 13 de abril de 1998 , 20 de abril de 1998 , 22 de abril de 1998 , 28 de abril de 1998 , 30 de enero de 1999 , 13 de febrero de 1999 y 27 de febrero de 1999) exige para su estimación: A) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado. B) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común. C) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo, y D) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (STS nº 667/2000, de 12 de abril). En definitiva, existe predeterminación cuando se sustituye la narración fáctica por un concepto jurídico, de manera que si se prescinde de éste el relato resulta vacío de contenido.

En el caso, tiene razón el recurrente cuando se queja del empleo del término "alteró" al describir la conducta que se considera constitutiva de falsedad documental. En realidad, existiría predeterminación si el Tribunal se hubiera limitado a esa expresión, declarando probado que "alteró los balances de situación". Sin embargo, y aunque sería deseable una mayor precisión al describir la conducta delictiva, en la sentencia se añade, luego de "alteró los balances de situación de los ejercicios anuales antedichos", que lo hizo "sobrevalorando los saldos de clientes e infravalorando los saldos de los proveedores, aumentando las partidas de crédito y disminuyendo las correspondientes a deudas y, alterando las partidas de deuda con la Hacienda Pública", con lo cual, aunque de forma un tanto genérica, se describen acciones, sin sustituirlas por conceptos jurídicos, lo que permite la comprensión del relato aun cuando se prescindiera del término cuya utilización se denuncia en el motivo.

3. En cuanto a la contradicción entre los hechos probados, es necesario para apreciarla que se den las siguientes condiciones: "a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in terminis" de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato y d) que sea esencial y causal respecto del fallo".

En el caso, la contradicción, en todo caso, sería solo aparente. Los hechos consistentes en la apropiación indebida se ejecutan en diferentes ocasiones a lo largo de varios años, y en cada año se confecciona un balance en el que se consignan datos falseados con una doble finalidad. En primer lugar, ocultar lo ya realizado. En segundo lugar, permitir la continuación de los actos apropiatorios, ya que serían lógicamente impedidos de conocerse su existencia. Así se desprende del texto de la sentencia.

No existe, pues, la contradicción denunciada.

Por todo ello, el motivo, en sus distintas alegaciones, se desestima en su integridad.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba que entiende que resulta del dictamen pericial psiquiátrico sobre el estado mental del recurrente, según el cual el grado de afectación de su voluntad por el trastorno que padece es "sustancial". Dice que en el informe, que fue ratificado en el plenario, se afirma que "los vectores de la voluntad estuvieron sustancialmente afectados en relación a su comportamiento", lo cual no tiene reflejo en los hechos probados.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error

de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

La Sala Segunda -decíamos en la STS 370/2010, 29 de abril - solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras). (STS nº 53/2013).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim . Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone, además, de las ventajas de la intermediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la intermediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

Solo en aquellos supuestos antes citados es posible asimilar la prueba pericial al error resultante de un documento. En el primero porque, aunque el Tribunal diga que asume el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido utilizado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la Sentencia nº 310/95, de 6 de Marzo , ante un "discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico". (STS 26 de enero de 1999 y STS nº 1784/99, de 13 de diciembre de 1999).

2. En el caso, no concurren los requisitos contemplados en los supuestos antes aludidos. El Tribunal, contra lo que sugiere el recurrente, valora dos informes periciales no coincidentes, de un lado el referido por el recurrente y, de otro, el emitido por la Dra. Carlos José , que también compareció como perito en el plenario. En éste, la perito, doctora de la Unidad Psicoterapéutica del Hospital de Bellvitge, que le había tratado después de su autoinculpación, según se dice en la sentencia, concluye que el autocontrol de la conducta por parte del acusado estaba disminuido, pero no afirmó que lo estuviera de forma severa. El Tribunal, que presenció directamente la pericial en el juicio oral, bajo el interrogatorio cruzado de las partes, considera razonadamente que, dados otros aspectos de la conducta del acusado, como el hecho de la lejanía entre los impulsos para

hacerse con el dinero y la utilización del mismo y la reiteración en las falsedades de los balances, la afectación solo debería considerarse moderada.

Por lo tanto, no solo se ha valorado la pericial designada por el recurrente, sino también otra pericial de conclusiones no coincidentes, por lo que el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 392 del Código Penal. Sostiene que las manipulaciones contables declaradas probadas en la sentencia constituyen actos de autoencubrimiento impune, o, en todo caso, serían falsedades ideológicas igualmente impunes en tanto que ejecutadas por particular. Y finalmente, argumenta que su exclusiva finalidad era la de ocultar los hechos.

1. La posibilidad de considerar la existencia de un supuesto de autoencubrimiento impune debe descartarse en el caso desde el momento en que se declara probado que las falsedades en las cuentas de la sociedad se realizaban, no solo para ocultar lo ya apropiado, sino también para facilitar las nuevas apropiaciones que se ejecutarían con posterioridad.

De todos modos, la primera cuestión que es preciso examinar se refiere al carácter típico de la conducta del acusado. Pues la posibilidad de considerar un autoencubrimiento impune o, en otras palabras, un acto copenado, parte de la base de afirmar la tipicidad de la conducta. Para ello debe verificarse si, conforme al artículo 392, la conducta descrita en los hechos probados resulta subsumible en alguna de las previsiones de los tres primeros números del artículo 390.1 del Código Penal. Esta comprobación resulta también atinente a la segunda alegación del motivo, según la cual la conducta sería atípica al tratarse de un supuesto de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

El Tribunal ha declarado probado en la sentencia que el acusado, que tenía entre sus funciones llevar la contabilidad de la empresa, alteró los balances de situación de los ejercicios anuales entre 2003 y 2008, "sobrevalorando los saldos de clientes e infravalorando los saldos de los proveedores, aumentando las partidas de crédito y disminuyendo las correspondientes a deudas y, alterando las partidas de deuda con la Hacienda Pública, con la finalidad de que en las cuentas anuales correspondientes a dichos ejercicios no se reflejasen las sustracciones que iba realizando. Dichos balances los presentó anualmente al gerente de la empresa para su posterior aprobación del Consejo de Administración, el cual presentó las cuentas anuales en el Registro Mercantil en base a la información contable contenida en los balances de situación confeccionados por el acusado, dada la confianza que mantenían con el mismo en sus diecisiete años de trabajo en la empresa". En la fundamentación jurídica, luego de decir, FJ 1º, párrafo 7º, que el acusado había manipulado y alterado los balances de situación, dice que éstos fueron realizados por el acusado como persona competente en la materia y plenamente facultado para ello al ser el director contable, y al final del párrafo siguiente se concluye diciendo que son documentos mercantiles los balances y demás documentos contables en tanto recogen operaciones de comercio y que, en el presente caso son los que confeccionaba el acusado.

Por lo tanto, de lo que se ha transcrito resulta que el recurrente, a pesar de los términos empleados en la sentencia, no alteró un documento preexistente rectificando, sustituyendo, suprimiendo o modificando de cualquier otra forma su contenido, sino que en realidad procedió a confeccionar los balances de situación de la empresa, en los que hacía constar datos inexactos con la finalidad de disimular las apropiaciones de dinero que había realizado y de hacer posibles las subsiguientes, balances que, una vez confeccionados, entregaba al gerente quien, a su vez, los remitía al Consejo para su aprobación. Por lo tanto, se trataba de una fase de la elaboración de las cuentas anuales de la entidad en la que prestaba sus servicios, Transports Municipals D'Egara, S.A., que tenía un 80% de capital privado y un 20% de capital municipal. Aunque no se precisa este aspecto en la sentencia, de los hechos resulta que esas incorporaciones de datos inexactos a los balances suponían que las cuentas anuales reflejaban un estado de la entidad que probablemente no se correspondería con la realidad, en una cuantía no irrelevante, si se tiene en cuenta que la cantidad total apropiada se ha cifrado en 2.732.950,00 euros.

2. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente la importancia que en una economía de mercado tienen las cuentas de las sociedades que operan, de una u otra forma, en el mismo, en tanto que permiten a terceros que contratan con ellas conocer su estado, especialmente en el aspecto económico, y tomar decisiones informadas en sus relaciones empresariales. Similar importancia presentan respecto de la información a la que tienen derecho los socios de las mismas, como elemento previo a la adopción de decisiones en la medida en la que les compete hacerlo. Además, cuando se trata de dinero público, porque a través de las cuentas se puede ejercer el debido control sobre su utilización y destino. Y cuando se trata de sociedades cotizadas, en atención

a la necesidad de proporcionar información completa y veraz a los eventuales inversores. Un funcionamiento adecuado del mercado exige una información veraz, que proporcione suficiente seguridad y transparencia.

En consecuencia, no puede negarse que las falsedades en las cuentas anuales son extraordinariamente relevantes, quedando excluida su consideración como inocuas, al menos cuando son susceptibles de causar en terceros, incluidos los socios, una impresión errónea acerca del estado económico de la sociedad, con el consiguiente perjuicio derivado de la posible adopción de decisiones basadas en una información mendaz.

3. El Código Penal vigente excluyó de las falsedades punibles las cometidas por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles, cuando se ejecutaban faltando a la verdad en la narración de los hechos. De esta forma, en general, las afirmaciones mendaces realizadas por particulares, documentadas en cualquiera de aquellas clases de documentos, resultaban impunes, al no reconocerse una obligación de veracidad, sin perjuicio de que las conductas adosadas a esas mendacidades encontraran sanción penal en otros preceptos del Código.

La anterior afirmación requiere de algunas precisiones, pues si la conducta es subsumible en cualquiera de las previsiones del artículo 390.1.1º, 2º y 3º del Código, el que además lo fuera en el número 4º no impediría considerar que se está ante una conducta típica. La cuestión se planteó en la jurisprudencia en relación a los documentos creados íntegramente ex novo en los que, suscritos por quienes figuran en ellos, y, por lo tanto, auténticos en ese aspecto subjetivo, sin embargo se incorporaba a los mismos, generalmente en su totalidad, una información que no respondía en modo alguno a ninguna operación negocial. Se debatía si se trataba exactamente de un supuesto de falta a la verdad al narrar los hechos o si se trataba de un caso de simulación de documento induciendo a error sobre su autenticidad.

Sobre el particular se celebró un Pleno no jurisdiccional el 26 de febrero de 1.999, en el que se rechazó la propuesta según la cual se debía considerar que estos supuestos estaban despenalizados, al quedar incluidos en el nº 4 del artículo 390.1. La jurisprudencia posterior no ha sido del todo unánime en la resolución de esta cuestión, pero muy mayoritariamente ha admitido que la creación de un documento en el que se hace figurar como real un negocio absolutamente inexistente constituye simulación punible, aun cuando sea efectivamente suscrito por las personas que aparecen como firmantes del mismo, distinguiendo esta conducta de aquella otra consistente en introducir en un documento que responde a una realidad jurídica datos inexactos que alteran su significado.

En este sentido, por todas, recoge la doctrina mayoritaria la STS nº 331/2013, de 25 de abril, en la que se citan numerosas sentencias de esta Sala sobre el particular, y se sintetiza la doctrina jurisprudencial diciendo, lo siguiente: "**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**".

En definitiva, la completa creación "ex novo" de un documento, relativo a un negocio u operación absolutamente inexistente cuya realidad se pretende simular o aparentar, pues verdaderamente no existe en modo alguno, conteniendo datos que, por lo tanto, son inveraces o inexactos, constituye una conducta subsumible en el artículo 390.1.2º del Código Penal. Por el contrario, cuando se confecciona un documento para reflejar una realidad negocial existente, la introducción de datos falsos o inexactos constituiría un supuesto de falta a la verdad en la narración de los hechos, impune cuando el autor es un particular.

4. Además de lo dicho, la nueva redacción del artículo 392 no puede interpretarse en el sentido de que hayan quedado despenalizadas todas las llamadas falsedades ideológicas. En primer lugar, el Código Penal no se refiere a ellas como una categoría, pues no emplea esa terminología. Por lo tanto, la despenalización de un supuesto de falsedad calificada como ideológica, no supone necesariamente la de todas las demás que pudieran merecer esa misma calificación. En segundo lugar, porque pueden existir modalidades que podrían ser incluidas en esa clase de falsedades, que serían subsumibles sin dificultad en alguna de las previsiones de los tres primeros números del artículo 390.1. Y, en tercer lugar, porque pueden encontrarse en el Código Penal previsiones específicas que sancionan concretos supuestos de falsedades que, en algunos casos, podrían calificarse como ideológicas. En relación con este último caso, aún despenalizándose las falsedades consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos con carácter general, cuando son cometidas por particulares, subsisten numerosos supuestos que, no resultando subsumibles en los números primero a

tercero del apartado primero del artículo 390 del Código, encuentran, sin embargo otros preceptos en los que se contempla, especialmente, su punibilidad (En este sentido, STS nº 1318/2000, de 14 julio).

Uno de esos casos es el contemplado en el artículo 290 del Código Penal , mencionado también en las conclusiones definitivas de las acusaciones, pública, particular y popular, y sobre el que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno.

Con este precepto se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros mediante la conminación penal dirigida a los responsables de la elaboración de las cuentas anuales de las respectivas sociedades que operan en aquellos mercados. El " núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010 , "falsear" en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal ", (STS nº 194/2013). La jurisprudencia (STS nº 259/2013) ha entendido que el componente esencial de este delito es faltar a la verdad en la narración de los hechos, y que la acción típica "... consiste en falsear las cuentas anuales, esto es, adulterarlas, simular o tergiversar la verdadera situación contable de la entidad de que se trate ". En el mismo sentido, se decía en la STS nº 259/2013, de 19 de marzo , que "... faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, 10 de diciembre) ", siempre, naturalmente, que se cumplan las demás exigencias típicas contenidas en ese precepto.

También en la STS nº 1117/2004, de 11 octubre , se consideró que la inclusión de una cuantía inexacta en un balance solo tendría encaje en el nº 4 del artículo 390.1 y que por lo tanto, se trataba de una conducta despenalizada, señalando que "... estas conductas se encuentran ahora tipificadas en el capítulo de los delitos societarios, concretamente en su art. 290 ", sin perjuicio de que no resultara aplicable en aquella ocasión.

5. En el caso, ya hemos señalado que del contenido de la sentencia se desprende que la conducta del recurrente consistió en confeccionar los balances de la sociedad en la que desempeñaba sus funciones como director financiero y responsable de la contabilidad, si bien, en lugar de reflejar la situación real, lo hizo "sobrevalorando los saldos de clientes e infravalorando los saldos de los proveedores, aumentando las partidas de crédito y disminuyendo las correspondientes a deudas y, alterando las partidas de deuda con la Hacienda Pública". Tal conducta no puede considerarse subsumida en el artículo 390.1.1º, pues no se ha alterado documento alguno que existiera con anterioridad, sino que el autor, al confeccionar el documento existente introdujo en él datos inexactos, (faltó a la verdad al recoger los hechos), pero no alteró los preexistentes que ya constaran en el documento. Tampoco es posible incluir los hechos en el nº 2º del mismo artículo, pues el balance confeccionado por el acusado correspondía a una sociedad existente y a un ejercicio económico real. Dicho de otra forma, era el balance propio de esa entidad, que se presentó dentro de las cuentas anuales al Registro Mercantil, aunque en el mismo se hubieran falseado las cuentas al consignar datos inexactos en las cuantías relativas a determinadas partidas. Y, finalmente, de la misma forma es imposible calificar la conducta como un supuesto de suposición de participación de un tercero o de atribución a quien participó de manifestaciones diferentes de las que hubiera hecho, pues del relato fáctico solo resulta que el recurrente hizo constar en el balance que confeccionó los datos que él mismo consideró pertinentes, sin atribuir declaraciones o manifestaciones a terceros que participaran en los actos reflejados en el documento y sin suponer que otros participaran en tales actos o en la confección del documento sin haberlo hecho realmente.

Por lo tanto, dado que la conducta descrita en los hechos probados solamente podría incluirse en el nº 4 del artículo 390.1, debe considerarse inaplicable el artículo 392 del Código Penal .

Es de toda evidencia que la cuestión resuelta se atiene a las características que presenta el caso. La falsedad o falseamiento de las cuentas anuales de una sociedad, si reviste idoneidad para causar un perjuicio, es típica según el artículo 290 cuando quien la comete es el administrador de hecho o de derecho de la entidad. La posible responsabilidad de terceros que confeccionan los documentos que luego el administrador, conscientemente o no, asume como propios al elaborar las cuentas, debe ajustarse a las reglas generales, que no es preciso analizar ahora. La conclusión alcanzada en los anteriores razonamientos se contrae a negar la aplicación del artículo 392 del Código Penal en este caso concreto, pero, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, no afirma de ninguna forma la impunidad general de esta clase de conductas.

5. Resta, en consecuencia, considerar si, a pesar de que la condena se produjo por aplicación del artículo 392 del Código Penal, que hemos declarado inaplicable al caso, sería posible mutar aquí el título de imputación y mantener la condena, aunque con aplicación del artículo 290 del Código Penal. Como hemos ya señalado, en él se sanciona a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero.

Para establecer la aplicación de este precepto sería preciso resolver algunas cuestiones.

En primer lugar, si es posible aplicar en casación una concreta calificación jurídica sostenida en la instancia por las acusaciones y desestimada en la sentencia impugnada, cuando en el recurso de casación interpuesto por el condenado las acusaciones nada dicen sobre el particular. La respuesta es negativa, pues es claro que la cuestión no ha sido objeto de debate en el recurso y la nueva condena causaría indefensión al recurrente.

Pero, además, sería necesario el examen de otros aspectos relativos al tipo. Entre ellos, al menos, las funciones concretas del acusado en la sociedad, ya que el tipo exige que el autor sea el administrador de hecho o de derecho; en su caso, considerar su responsabilidad al confeccionar un documento que luego el administrador asume y entrega al Consejo de Administración; y, en tercer lugar, si el falseamiento de las cuentas mediante la introducción de datos falsos, que en la sentencia no se precisan, era idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a sus socios o a terceros.

Sin perjuicio del resultado de tal examen, dificultado por el silencio de la sentencia sobre esas cuestiones, la respuesta final a la cuestión planteada debe ser negativa, dado que el delito previsto en el artículo 290 tiene señalada una pena privativa de libertad más grave (de un año a tres años de prisión, y, en caso de causar perjuicio económico efectivo, en su mitad superior) que la prevista para el delito de falsedad (de seis meses a tres años).

Como consecuencia de todo lo expuesto, el motivo se estima, sin que sea necesario el examen de las demás cuestiones propuestas, y se dejará sin efecto la condena por el delito de falsedad, con las consecuencias que se establezcan en la sentencia que se dicte a continuación de la presente.

CUARTO.- En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 77 del Código Penal. Entiende que se han calculado mal las penas correspondientes al concurso apreciado.

El motivo queda sin contenido al haberse estimado el anterior, ya que la condena se producirá solamente por el delito continuado de apropiación indebida.

QUINTO.- En el quinto motivo, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la inaplicación errónea del artículo 21.4º en relación con el 66.1.2ª del Código Penal, pues entiende que la atenuante de confesión debió tener el grado de muy cualificada. Afirma que confesó los hechos antes de que supiera que el procedimiento se seguía contra él. Niega trascendencia al hecho de la inexactitud en la cuantía total de lo que reconoció haberse apropiado.

1. La atenuante de confesión del artículo 21.4º exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS núm. 1072/2002, de 10 de junio; STS núm. 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS núm. 590/2004, de 6 de mayo, entre otras.

Por otra parte, el artículo 66.1.2ª del Código Penal, en el tratamiento de las consecuencias que respecto de la pena debe producir la apreciación de circunstancias de atenuación dispone que cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna,

los Tribunales aplicarán la pena inferior en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

2. En el caso, el Tribunal aprecia la atenuante de confesión, dando por probado que reconoció los hechos antes de que se iniciara el procedimiento penal. Niega el carácter cualificado a la atenuante por dos razones. De un lado, porque entiende que el acusado sabía que en la empresa se habían detectado anomalías y ya habían acordado reunirse con él con la finalidad de aclararlo. Y, de otro lado, que la cuantía confesada era inferior a la defraudada.

Aunque el segundo dato valorado por el Tribunal tiene un valor relativo, dada la escasa diferencia entre ambas cantidades, el primero resulta de mayor relevancia. Pues si se tiene en cuenta, efectivamente, aunque el acusado haya actuado cumpliendo las previsiones del Código Penal para la aplicación de la atenuante ordinaria, la existencia de sospechas en la empresa respecto de su conducta hace que no se justifique la valoración como muy cualificada, en tanto que no resultan de los hechos circunstancias especiales que demuestren una especial intensidad en la actitud de reconocer su actuación delictiva.

Además, por otra parte, la regulación del Código Penal en el artículo 66.1.2^a permite al Tribunal valorar el conjunto de los elementos de atenuación que concurran en el hecho, sea como atenuantes ordinarias o sea como atenuantes muy cualificadas, y sean en cada caso una o varias, para reducir la pena en uno o dos grados, atendiendo a su número y entidad. Así como el número de las concurrentes es un dato puramente objetivo, su entidad debe ponerse en relación con el hecho y con los demás datos valorables, de manera que la pena resultante sea proporcionada a la gravedad del hecho y a sus circunstancias. Por lo tanto, la valoración de la atenuante de confesión como muy cualificada no determinaría, necesariamente, una alteración de la pena impuesta, por lo que el motivo se desestima.

En cualquier caso, estimado el motivo tercero, la pena será establecida por este Tribunal en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias del culpable.

SEXTO.- En el motivo sexto, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción por inaplicación indebida del artículo 21.5ª del Código Penal, pues entiende que debió aplicarse la atenuante de reparación del daño, ya que entregó, a cuenta de sus responsabilidades civiles la cantidad de 65.000 euros, aun cuando reservara para sus necesidades una cantidad superior.

1. El artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos del culpable posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados.

En cualquier caso, aunque la propia ley prevé la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse de una contribución relevante (STS nº 601/2008, de 10 de octubre y nº 668/2008, de 22 de octubre, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, especialmente en los delitos patrimoniales.

2. El Tribunal rechaza la atenuación al entender que no existe voluntad reparadora en quien habiendo defraudado la cantidad de 2.732.950,00 euros, realiza entregas por importe de 65.000 euros cuando había realizado ventas de su patrimonio por importe de 350.000 euros, aunque otra parte fuera destinada a satisfacer otras deudas. La decisión del Tribunal es razonable y se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, en tanto que tiene en cuenta el importe total de la defraudación, la cuantía de la reparación y las posibilidades reales del autor. En la STS nº 954/2010, de 3 de noviembre, se decía, citando la STS nº 78/2009, de 11 de febrero, que "... la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio)".

Por otro lado, la apreciación de la atenuante no produciría efectos ineludibles en la pena, en atención a lo razonado en el anterior fundamento jurídico.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEPTIMO.- En el motivo séptimo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la inaplicación indebida de la atenuante del artículo 21.1ª del Código Penal , pues entiende que la ludopatía debe aplicarse como eximente incompleta o atenuante muy cualificada.

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo reiteradamente considera la ludopatía como una atenuante analógica, salvo en algunos casos excepcionales (STS 2084/1993, de 21 de septiembre), y entiende que se trata de un trastorno que disminuye la voluntad, pero no el discernimiento (STS nº 1426/2011, de 29 de diciembre , que cita el propio recurrente). Efectivamente, recuerda la STS nº 1224/2006, de 7 diciembre , que en la STS nº 659/2003, de 9 de mayo , se decía que " *la ludopatía, o adicción al juego, puede considerarse una dependencia síquica que, cuando es grave y determina de modo directo e inmediato la comisión de hechos delictivos funcionalmente dirigidos a la obtención de fondos para satisfacer la compulsión al juego, permite ordinariamente la apreciación de una atenuante analógica del art. 21.6º en relación con el 21.2º, por tener análoga significación que otras adicciones graves prevenidas como atenuantes en el citado párrafo segundo del art. 21. Cuando es leve, y en consecuencia fácilmente controlable, no debe producir efecto alguno sobre la responsabilidad penal, pues el Legislador ha establecido claramente en el art. 21. 2º que las adicciones o dependencias que no sean graves no constituyen causa de atenuación. Si esto es así incluso en casos de adicciones que crean dependencia física, como sucede con las sustancias estupefacientes, en mayor medida ha de aplicarse en supuestos de mera dependencia síquica como ocurre con la adicción al juego. Sólo en supuestos de excepcional gravedad puede llegar a plantearse la eventual apreciación de una eximente, completa o incompleta, cuando pericialmente se acredite fuera de toda duda una anulación absoluta o cuasi absoluta de la capacidad de raciocinio o voluntad del acusado. Pero solamente respecto de acciones temporalmente inmediatas al momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad del agente en torno al acto concreto de jugar, y no respecto de otros actos más lejanos, que requieren cuidadosa planificación "*.

2. En el caso, como ya se ha dicho con anterioridad en esta sentencia de casación, en los hechos probados, sobre la base de los dictámenes periciales disponibles, expresamente valorados en la sentencia, se declara que el acusado tenía conservada en su integridad su capacidad de comprender la ilicitud del hecho, aunque tenía afectada su voluntad por la falta de control de los impulsos para obtener dinero con destino al juego, aclarando que tal afectación solo tenía una intensidad moderada, relacionándolo con la planificación de su comportamiento en fases cronológicas muy prolongadas. Lo cual resulta del todo razonable si se tiene en cuenta que la conducta del acusado se prolongó durante varios años.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el octavo motivo, nuevamente al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , alega la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Considera que es excesiva la duración del procedimiento.

1. En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. De las alegaciones del recurrente no se desprende que, frente a las argumentaciones del Tribunal de instancia, pueda entenderse que se ha producido una dilación extraordinaria e indebida no imputable al acusado. No se precisan periodos de paralización de la causa que puedan considerarse injustificados.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal del acusado **Florencio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, con fecha 20 de Junio de 2.013 , en causa seguida contra el mismo, por delito de estafa y falsedad en documento mercantil. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta **Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil catorce.

El Juzgado de Instrucción número 2 de los de Terrassa instruyó las diligencias previas con el número 1775/2008 (P.A 93/12), por delito de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, contra Florencio , con DNI número NUM004 , nacido el día NUM005 -1959, en Barcelona, hijo de Remigio y de Belarmino , con domicilio en Sant Cugat del vallés (Barcelona), sin antecedentes penales; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, rollo nº 93/2012), que con fecha veinte de Junio de dos mil trece, dictó Sentencia condenando a Florencio como penalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de Apropiación indebida en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil, ya definidos, concurriendo las circunstancias atenuantes de confesión y trastorno psíquico por ludopatía, a las penas de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de SEIS MESES, con una cuota diaria de SEIS euros (6 euros) y, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de prisión por cada dos cuotas de multa impagadas y al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.- Por vía de responsabilidad civil, Florencio abonará a TRANSPORTES MUNICIPALS D'EGARA la suma 2.732.950 euros más el interés legal del art. 576 LEC , de la que deberá deducirse en ejecución de sentencia, una vez firme esta resolución, las cantidades consignadas y, embargadas aludidas en el fundamento de derecho quinto.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** por la representación legal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado Florencio del delito continuado de falsedad en documento mercantil del que venía acusado.

Se declaran de oficio las correspondientes costas de la instancia.

Se mantiene la condena por el delito continuado de apropiación indebida, teniendo en cuenta al individualizar la pena en 8 meses de prisión la gravedad del hecho en relación con la cantidad defraudada y demás circunstancias.

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Florencio del delito continuado de falsedad en documento mercantil, declarando de oficio las correspondientes costas de la instancia.

Se mantiene la condena del acusado Florencio como autor de un delito continuado de apropiación indebida ya definido, con las atenuantes de confesión y trastorno psíquico por ludopatía, si bien imponiéndole las penas de 8 meses de prisión y multa de cuatro meses, con cuota diaria de seis euros, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y responsabilidad personal subsidiaria según ley.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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