

Roj: **STS 187/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:187**Id Cendoj: **28079120012017100054**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/01/2017**Nº de Recurso: **1177/2016**Nº de Resolución: **31/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil diecisiete.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por **Nicolas , INVERSIONES MEBRU S.A. y REGESTA REGUM S.L.**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), con fecha 29 de Abril de 2016 , en causa seguida contra Nicolas , por Delitos Societarios, 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 Nicolas , representado por el Procurador Sr. D. Víctor Venturini Medina; el responsable civil **REGESTA REGUM S.L.**, representada por el Procurador Sr. D. Victor Venturini Medina; y la acusación particular **INVERSIONES MEBRU S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Dª María Victoria Pérez-Mulet y Diez-Picazo.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Valencia, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 66/2015 contra Nicolas y Regesta Regum S.L., y una vez decretada la apertura del Juicio Oral lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª, rollo 34/2015) que, con fecha 29 de Abril de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*"ÚNICO.- El acusado Nicolas , con DNI NUM000 , mayor de edad, sin antecedentes penales, era accionista mayoritario de la sociedad Regesta Regum, SL., con domicilio social en Paseo de la Alameda nº 41 de Valencia, constituida en escritura pública otorgada en 22 de febrero de 2006. El acusado fue Consejero Delegado de Regesta Regum S.L. desde su constitución hasta el 22 de mayo de 2007 y Administrador Único de la misma desde esta última fecha hasta la actualidad.*

*Regesta Regum S.L. fue nombrada Administrador Única de Urbem, S.A. en 14/03/06.*

*Urbem, S.A. es una sociedad constituida en Valencia, ante su Notario D. Francisco Ribes Canet en 20/04/77, y domiciliada en Valencia, Paseo de la Alameda nº 41, Sus accionistas son tres: Inversiones Mebru, S.A., D. Nicolas y D. Anselmo .*

La representación de Regesta Regum, S.L. en la administración de Urbem, S.A. siempre ha venido ejercitada por el acusado Nicolas .

*El acusado, actuando como persona física representante de la mercantil "Regesta, Regum, S.L." que era la Administradora única de la mercantil "Urbem, S.A." transfirió el día 1 de marzo de 2010 desde la cuenta corriente en la entidad Banesto nº NUM001 titularidad de "Urbem, S.A" la cantidad de 5.100.000 euros a la cuenta en la misma entidad nº NUM002 titularidad de "Regesta Regum, SL".*



Dicha operación no obedecía a ninguna relación comercial o mercantil entre ambas entidades, tratándose de un préstamo gratuito que el acusado, valiéndose indebidamente de sus facultades de administrador, se autoconcedió en detrimento de la tesorería de "Urbem, S.A" y en interés personal suyo.

Con dicha operación el acusado incumplió sus deberes, como administrador, de velar por los intereses de la mercantil "Urbem, S.A.", y actuó exclusivamente en interés de la mercantil "Regesta Regum, SL", de la que era accionista mayoritario y fiador personal de ésta en operaciones de crédito con la entidad Banesto, para con dicho importe satisfacer obligaciones de "Regesta Regum, S.L.", con la entidad Banesto, ajenas por completo a los intereses de la sociedad que administraba.

El 23 de marzo de 2010, la mercantil "Regesta Regum, S.L." devolvió a "Urbem, S.A." la cantidad de 2.500.000 de euros y el 13 de septiembre de 2010 le reintegró 2.000.000 de euros. Respecto de los restantes 600.000 euros que faltaban por devolver, Regum los compensó emitiendo una factura nº NUM003 de 8 de octubre de 2010 en concepto de importe a cuenta de la retribución del Órgano de Administración del ejercicio de 2010 por importe de 600.000 euros.

El día 4 de marzo de 2011, desde la cuenta de la entidad Banco de Santander nº NUM004 titularidad de la mercantil "Regesta Regum, S.L." la cantidad de 1.683.000 euros con la que se abonó la factura nº NUM005 de 2 de marzo de 2011 por cuantía de 1.683.000 euros en concepto de importe a cuenta de la retribución del Órgano de Administración del ejercicio de 2011.

Conforme a los estatutos de la mercantil "Urbem, S.A", artículo 16-bis, la retribución del órgano de administración, en este caso "Regesta Regum, SL", se fijó en el 10% del resultado antes de impuestos de la cuenta de pérdidas y ganancias, retribuyéndose en base a ello el ejercicio de 2.010 en 575.472,92 euros con lo que la cantidad anticipada a cuenta se ajustaba razonablemente a las previsiones, con un exceso de solo 24.527,08 euros. Sin embargo, la retribución aprobada para el ejercicio de 2011 fue de solo 126.475,10 euros, lo que suponía un exceso de 1.556.524,9 euros. El 15-1241 devolvió por la mercantil "Regesta Regum, S.L." mediante compensación de deudas de "Urbem, SA" con "Regesta Regum, SA" los indicados excesos por honorarios de administración de ambos ejercicios por importe total de 1.836.519,56 euros.

El anticipo a cuenta correspondiente al ejercicio de 2011 por honorarios de administración eran desproporcionados a los beneficios previsibles de ese ejercicio, más aún cuando era un ejercicio prácticamente sin iniciar y no había obligación de efectuar anticipos antes del cierre del ejercicio de 2011, y si se efectuó dicho anticipo por el acusado lo fue en interés exclusivo de la mercantil "Regesta Regum, SL" que, en la práctica obtenía un préstamo gratuito y no en interés de "Urbem, SA",

El acusado actuó con la tesorería de "Urbem, S.A." exclusivamente en su propio interés personal y en el interés de su sociedad "Regesta Regum, S.L.", y no en interés de la sociedad que administraba, que sufrió gratuitamente una disminución de tesorería de 1.556.524 euros desde el 4 de marzo de 2011 hasta el 15 de Diciembre de 2011. El interés legal del dinero en 2011 era del 4% por lo que el valor del préstamo encubierto bajo el concepto de pago a cuenta que el acusado se autoconcedió en interés suyo y de su sociedad "Regesta Regum, S.L." durante 280 días de ese año ascendió a 48.612,45 euros que no abonó a Urbem.

En cuanto al préstamo que se autoconcedió el acusado en el ejercicio de 2010, atendiendo al interés legal del dinero de ese año que era también del 4%, teniendo en cuenta que se devolvieron 600.000 euros el 23 de marzo de 2010, 2.000.00 el 13 de Septiembre de 2010 y que los restantes 600.000 euros compensados como pago de honorarios no debían de abonarse hasta, al menos el cierre de ese ejercicio, estaría valorado en 69.315,06 euros, que no se abonaron a la mercantil "Urbem, S.A."

El acusado, como administrador de Urbem, desde al año 2006 hasta el año 2013, ha realizado desde cuentas de esa mercantil o desde cuenta de la sociedad Espacios del Este, SL, que es propiedad de Urbem, distintas transferencias, diferentes a las reseñadas en los apartados precedentes, a cuentas de Regesta Regum por diversos conceptos, sin que conste ni resulte probado fueran indebidos.

Por sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17/10/10 se estimó el recurso interpuesto por la mercantil Inversiones Mebru contra Urbem SA y Regesta Regum SL y se declaró la nulidad de la suscripción por la segunda de 168.487 acciones de la primera emitidas conforme al acuerdo de la junta General de fecha 14/03/06, con devolución al comprador del importe que en su caso hubieran desembolsado. También la sentencia declaraba el derecho de los referidos demandantes a suscribir estas mismas acciones en las condiciones previstas en el mencionado acuerdo, comenzando a correr el plazo de 15 días para el ingreso del importe correspondiente el siguiente al de la notificación de la sentencia y debiendo abstenerse el órgano de administración de Urbem SA de entorpecer de cualquier modo el derecho que se reconocía a los demandantes.

Con fecha 17/01/12, el acusado Nicolas , actuando en nombre y representación de Urbem, otorgó escritura de aumento de capital de la mercantil citada.



En dicha escritura se hacía constar que la junta General de Urbem de fecha 14/03/06 adoptó el acuerdo de aumento de capital en los términos del acta autorizada por el Notario de Valencia señor Arias de dicha fecha y conforme a la misma resultó que la entidad Regesta suscribió y desembolsó 168.487 acciones, operación declarada nula por la sentencia del Tribunal Supremo antes aludida.

También se hacía constar, en la escritura de 17/01/12 que transcurrido el plazo de 15 días fijado por la sentencia y en el propio acuerdo societario para la suscripción, no se había realizado dentro del mismo acto alguno de suscripción y desembolso; y en aplicación en sus términos del acuerdo de capital social de ejecución del mismo, al resultar no suscritas las referidas 168.487 acciones, el órgano de administración quedaba libre para adjudicar las acciones no suscritas a personas físicas o jurídicas extrañas a la sociedad.

En su virtud se realizó la suscripción y desembolso en los siguientes términos: por la mercantil REGESTA 58.754 acciones, aportando al efecto en dinero en diversos desembolsos efectuados entre el 20 de diciembre de 2011 y 30 de diciembre de 2011, un total de 8.995.018,48 €. También el acusado Nicolas suscribió un total de 6246 acciones por un importe de 956.239,33 euros.

Los desembolsos que se decían realizados por la entidad Regesta se documentaban en certificados emitidos por las entidades bancarias Banco de Santander, BBVA, Banco de Valencia y Banesto, en los que se hacía constar que en la cuenta de la sociedad Urbem había sido ingresado por Regesta el importe consignado en la correspondiente certificación.

En realidad estos ingresos en la cuenta de Urbem no se llegaron a realizar puesto que en la misma fecha se abonaba y cargaba la suma correspondiente que de manera efectiva no ingresaba en las cuentas de Urbem. Esta mecánica obedecía al hecho de que Urbem debía a Regesta el importe de las acciones que está suscribió y que fueron objeto de la anulación declarada por el Tribunal Supremo.

Antes de obtener el acusado las indicadas certificaciones para los fines expuestos, el 28 de noviembre de 2011, en la sucursal número 140 del banco de Valencia, sito en la avenida de Francia de esta ciudad, intentó que se realizarán 37 apuntes contables simultáneos de entrada y salida por valor cada uno de ellos de 700.000 € desde la cuenta de Regesta Regum a la cuenta de Urbem y viceversa y que se expidiera la correspondiente certificación de ingreso en la cuenta de Urbem de la suma de 25.700.000 €, lo cual no fue posible al no aceptarlo la entidad bancaria.

En 20/02/12, ante el Notario de Valencia Sr. Juárez González, Nicolas otorga escritura con el siguiente único contenido: "expone y otorga que mediante escritura de 17 de enero mercantil URBEM, SA otorgó escritura de aumento de capital en los términos que constan en la misma. Que a los efectos de complementar la misma, el compareciente, según interviene, declara que por URBEM, S.A., se ha procedido, en cumplimiento del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2011 de su sala de lo Civil de dicha fecha número 675/2011, a la devolución del total importe desembolsado como consecuencia de la declaración de la nulidad de la suscripción de la mercantil REGESTA REGUM, S.L., de las 168.487 acciones de URBEM, S.A. emitidas conforme al acuerdo de la Junta General de URBEM S.A. de 14 de marzo de 2006, acciones números 228.151 a 396.113".

Por junta de accionistas de Urbem S.A., de fecha 30/06/2011 convocada, los propios acusados acuerdan otra ampliación de capital, esta vez de 150.000 acciones al precio de 39,67 euros por acción, en total 5.950.500 euros.

El 6 de julio de 2012, se otorga otra escritura ante el Notario. Sr. Juárez nº de Protocolo, 1.159/12, en la que el acusado Nicolas (en nombre de Regesta, que actúa en nombre de Urbem) en la que se hace constar, en relación a la junta General de URBEM de fecha 30/06/12, y respecto al aumento de capital social por importe de 5.950.500 € mediante la emisión y puesta en circulación de 150.000 nuevas acciones, que el contravalor de este aumento de capital consiste en la compensación de parte de un determinado crédito que Regesta mantiene frente a la sociedad. También se dice que el desembolso de las nuevas acciones se realizará por medio de compensación y consecuente capitalización de la parte del crédito pendiente de evolución a la mercantil REGESTA de las aportaciones realizadas en la suscripción de capital anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17/10/11.

A su vez, en la escritura de ampliación de capital otorgada por los acusados en fecha de 17/01/12 ante el Notario de Valencia D. Javier Máximo Juárez González, protocolo 69/12, se adjudican al acusado Nicolas 6.246 acciones de Urbem(sic)".

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

"CONDENAR al acusado Nicolas como autor de un delito societario, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de siete meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y al pago de la sexta parte de las costas, incluidas las de la acusación particular,



debiendo indemnizar a Urbem, SA en 117.927 euros, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Regesta Regum, S.L.

Se absuelve al acusado Nicolas de los restantes delito objeto de acusación y al acusado REGESTA REGUM, S. L. de los delitos de los que venía acusado y se declaran de oficio las restantes costas del proceso(sic)".

**Tercero.** - Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Nicolas** , **INVERSIONES MEBRU S.A. y REGESTA REGUM S.L.**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

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

1.- a) Infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

i) Se considera infringido el artículo 21.5ª del Código Penal , en cuanto a la falta de apreciación de la atenuante de reparación del daño, como precepto penal sustantivo.

ii) Se considera infringido el artículo 1.108 del Código Civil , en cuanto a la liquidación de los intereses, en aquello que afecta la indemnización por responsabilidad civil a que mi mandante ha sido condenado. Si bien, debido a un error mecanográfico, al anunciar dicho recurso se expresó que la vulneración de la norma sustantiva lo era del artículo 1.124 del Código Civil , por lo que solicitamos expresamente que se tenga por subsanado tal error material.

b) Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en cuanto a la concurrencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de los Particulares designados y que muestran el error evidente del Tribunal, que no ha sido desvirtuado por otras pruebas.

c) Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por no expresarse en la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos. No cabe, sin embargo, el requisito de la designación de la reclamación practicada a los fines de subsanar el defecto, por cuanto que el mismo se comete en la propia Sentencia.

d) Por infracción de precepto constitucional, conforme al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : al haberse vulnerado el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna , consistente en el derecho a la presunción de inocencia.

**Quinto.** - El recurso interpuesto por **INVERSIONES MEBRU S.A.**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

**1.- MOTIVO PRIMERO.-**

RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY al amparo del apartado 2º del Art. 849 de la LECRIM , invocándose error en la Apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**2.- MOTIVO SEGUNDO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA del Art. 851.1º LECRIM , por contener el facturo de la Sentencia conceptos que por su carácter jurídico implican una predeterminación del fallo. No cabe exigir el requisito de designar la reclamación practicada para subsanar el defecto por cuanto que se comete en la propia Sentencia.

**3.- MOTIVO TERCERO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del artículo 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del Art. 252 en relación con el Art. 250.1.4 º, 5 º y 6º del Código Penal (redacción anterior a la reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo).

**4.- MOTIVO CUARTO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del Art. 74 del Código Penal .

**5.- MOTIVO QUINTO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1º de la Lev de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del Art. 392 del Código Penal .

**6.- MOTIVO SEXTO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del Art. 248 en relación con el art. 250.1. 4 °, 5 ° y 6° del Código Penal (redacción anterior a la reforma operada por LO 1/15 de 30 de marzo).

**7.- MOTIVO SÉPTIMO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del Art. 293 del Código Penal .

**8.- MOTIVO OCTAVO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, al amparo del Art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Art. 852 de la LECRIM , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española , en su vertiente de obtener una resolución motivada. y por ende no ilógica, irracional, absurda, ni, por ende, arbitraria o irrazonable, dicho sea con los debidos respetos.

**9.- MOTIVO NOVENO -**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del Art. 77 del Código Penal .

**10.- MOTIVO DECIMO.-**

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo del Art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación o incorrecta aplicación del Art. 109 . 110 . 111 . 112 . 113 , y 115 del Código Penal y 1101 del Código Civil .

**Sexto.** - El recurso interpuesto por **REGESTA REGUM S.L.**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

**1.- INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por infracción de Ley del art. 849.1 Lecrim .

## a) Motivo Primero.

Se formula el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por considera infringido el artículo 21.5ª del Código Penal , en cuanto a la falta de apreciación de la atenuante de reparación del daño, como precepto penal sustantivo.

**2.- INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim

## a) Motivo Segundo:

Bien conoce la Sala el contenido del art. 1.108 C.c ., que consideramos, dicho sea con los debidos respetos, que ha sido infringido por el Tribunal a quo, no obstante lo cual, seguidamente y para facilitar la exposición jurídica, procedemos a su transcripción:

## Artículo 1108

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

Se considera infringido el artículo 1.108 del Código Civil , en cuanto a la liquidación de los intereses, en aquello que afecta la indemnización por responsabilidad civil a que mi mandante ha sido condenado, si bien por un error mecanográfico, en el anuncio del recurso de casación se hizo referencia al artículo 1.124 del Código Civil -

**3.- INFRACCIÓN DE LEY DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por infracción de Ley del artículo 849.2 de la Ley de enjuiciamiento Criminal .

## a) Motivo Tercero:



Se formula el presente motivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

#### **4.- QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. ARTÍCULO 850.2 LECRIM**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por quebrantamiento de forma ( artículo 850. 2 LECrim )

a) Motivo cuarto ( artículo 850.2 LECrim )

Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por omisión de la citación del responsable civil subsidiario, REGESTA REGUM, S.L. para su comparecencia en el acto del juicio oral, habiéndose puesto ya de manifiesto en las cuestiones previas al juicio oral.

#### **5.- QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. ARTÍCULO 851.1 LECRIM**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por quebrantamiento de forma del artículo 851.1 LECrim

a) Motivo quinto ( artículo 851.1 LECrim ).

Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresarse en la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos. No cabe, sin embargo, el requisito de la designación de la reclamación practicada a los fines de subsanar el defecto, por cuanto que el mismo se comete en la propia Sentencia.

#### **6.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.**

Fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivo de casación por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim .

a) Motivo sexto.

Al haberse vulnerado el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, consistente en el derecho a la presunción de inocencia.

**Sétimo.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos de casación interpuestos, interesa su inadmisión a trámite y subsidiariamente los impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Octavo.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 24 de Enero de 2017.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso interpuesto por Nicolas

**PRIMERO.-** El recurrente ha sido condenado como autor de un delito societario del artículo 295 del Código Penal a la pena de siete meses de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 21.5 del Código Penal, que regula la atenuante de reparación del daño. Argumenta que, de una forma u otra, devolvió todo el dinero del que dispuso, tal como se recoge en los hechos probados.

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. En el caso, es cierto que el recurrente devolvió las cantidades de las que había hecho un uso ilegítimo. Pero ha de tenerse en cuenta que ha sido condenado como autor de un delito de administración desleal en el ámbito societario, y no como autor de un delito de apropiación indebida. La devolución de los caudales pertenecientes a la sociedad que administraba es uno de los elementos que se ha tenido en cuenta en la instancia para entender que la disposición que efectuó de los mismos no tenía una pretensión definitiva, sino solo temporal, de manera que no constituía un delito de apropiación indebida sino un delito societario de administración desleal. Tal devolución sería relevante a los efectos pretendidos en el caso de que la condena se basara en haberlos hecho suyos o haber dispuesto de ellos para fines distintos de los encomendados en el título de recepción, con vocación definitiva, es decir, en la comisión de un delito de apropiación indebida. El delito societario de administración desleal del artículo 295 supone una utilización desleal de las facultades de administración mediante la disposición fraudulenta de los bienes sociales, aplicable al caso, o mediante la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad, pero no comprende los actos de apropiación o los equivalentes de distracción.

Por lo tanto, el perjuicio causado no se cifra en la apropiación o distracción definitivas de los caudales, por lo que su devolución no es relevante a los efectos de la reparación. Por el contrario, es la privación de la disponibilidad de los mismos, traducida en el importe del interés legal del dinero, lo que constituye el perjuicio, y en ese aspecto, nada consta que se haya reparado por el recurrente.

Por ello, el motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- En el motivo segundo, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 1108 del Código Civil, en cuanto a la aplicación del interés legal, ya que considera que en virtud de los acuerdos generales para las operaciones entre sociedades del grupo Urbem se regían por un interés inferior, concretamente el Euribor de la zona euro a doce meses.

1. El motivo pudo haber sido inadmitido de plano en tanto que no alega la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, sino de un precepto civil.

2. De todos modos, el recurrente ignora voluntariamente en su argumentación que la operación que origina la aplicación del interés legal no es un contrato o negocio jurídico entre las sociedades del grupo, sino un delito cometido por el recurrente mediante la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad que causa como perjuicio la privación temporal a aquella de la posibilidad de utilizar dichos caudales. El Tribunal de instancia ha determinado cuantitativamente el perjuicio atendiendo al interés legal del dinero, lo cual ha sido considerado razonable por la jurisprudencia en casos similares, cuando la indemnización se ha fijado aplicando el interés legal desde la privación del uso del objeto del delito hasta su recuperación.

El motivo, pues, se desestima.

**TERCERO.**- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba derivado de documentos, y designa como tales varias pruebas periciales, la solicitud de sobreseimiento y documentos anexos y las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, en relación con la doctrina relativa a la retribución del administrador societario.

1. Como hemos reiterado, los requisitos que ha exigido la 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.



En cuanto a la prueba pericial, la Sala Segunda -decíamos en la STS 370/2010, 29 de abril - solo excepcionalmente ha admitido su virtualidad como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como los siguientes: 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 inmediación 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 inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.

2. De los documentos designados, no tienen el carácter exigido por el artículo 849.2º de la LECrim la solicitud de sobreseimiento ni las sentencias del Juzgado de lo Mercantil. En todo caso, los documentos en los que constan solo acreditarían que efectivamente esa solicitud existió y que las sentencias se dictaron. E igualmente, que su contenido era uno determinado. Pero, salvo en esos aspectos, carecen de suficiencia para alterar los hechos probados.

Por otro lado, en general, el recurrente no precisa cuales son los particulares de las distintas pruebas periciales que demostrarían un error del Tribunal al establecer los hechos probados.

Y, finalmente, en la sentencia no se cuestiona el importe de la retribución del administrador societario, sino la utilización de cantidades desproporcionadas a cuenta de aquella, desde fechas muy anteriores al momento en que debiera ser abonada. En cualquier caso, el hecho de que en el año 2007 la retribución hubiera ascendido a 1.470.713,46 euros, según el recurrente deduce del folio 2024, en el que consta una de las periciales, no autorizaba a deducir que en el año 2011, en plena crisis económica, se mantuviera en cifras cercanas, y en cuanto a la esperanza de la realización de un concreto negocio, que el recurrente menciona, sobre el mismo no consta dato alguno que demuestre que tal esperanza estaba seriamente fundada.

El motivo, pues, se desestima.

**CUARTO.-** En el siguiente motivo, numerado en el recurso como quinto, al amparo del artículo 851.1 de la LECrim , denuncia quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados y por contradicción entre los mismos. Alega que se queja de la falta de fijación de los criterios, importes y cálculos realizados por el Ministerio Público, asumidos sin cuestionamiento por la sentencia, que tienen como resultado la condena a una responsabilidad civil de 117.927,00 euros.

1. Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 570/2002, de 27-3 ; 99/2005, de 2-2 ; 999/2007, 26-11 ; 753/2008, de 19-11 ; 54/2009, de 22-1 ; y 884/2013 , de 20- 11, entre otras), para que exista el quebrantamiento de forma consistente en la contradicción entre los hechos probados, es necesario 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. ( STS nº 440/2015, de 29 de junio ).

En cuanto a la falta de claridad, esta queja habrá de estimarse 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.

2. Ninguno de los defectos enunciados se aprecian en el relato fáctico de la sentencia impugnada, en el que constan los periodos temporales durante los cuales el recurrente dispuso de cada una de las cantidades que se precisan, y en relación con los cuales se aplica el interés legal y se calcula la cuantía del perjuicio. Por otro lado, el recurrente no realiza cálculo alguno que demuestre que el realizado por el Tribunal es erróneo, aunque no aparezca expresamente en el texto de la sentencia.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** En el sexto motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se basa en que el recurrente ha manifestado que los querellantes eran conocedores de la disposición temporal del dinero; en que se considera inexistente la expectativa de actividad económica susceptible de generar tan importantes ingresos para el administrador en el ejercicio de 2011; y en que no se ha demostrado el perjuicio concreto causado a URBEM, S.A..

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo.

Por otro lado, rectificando anteriores planteamientos la consolidada doctrina de esta Sala, siguiendo la del Tribunal Constitucional, ha entendido que la prueba de cargo ha de estar referida a todos los elementos del delito, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva ( STC nº 147/2002, de 15 de julio ; STS nº 521/2015, de 13 de octubre y STS nº 655/2015, de 4 de noviembre , entre otras).

2. En el caso, el Tribunal ha valorado las declaraciones de los querellantes que negaron tal autorización. Respecto de la disposición de 5.100.000 euros el 1 de marzo de 2010, señala el Tribunal que no consta documento alguno del que se desprenda que el recurrente actuó con el conocimiento y la autorización de la sociedad URBEM, S.A., a pesar de que la cuantía de lo dispuesto aconsejaría, en cualquier caso, la suscripción de un contrato en el que se estableciera la razón del traspaso y las condiciones de su devolución, lo que no aparece por parte alguna. En cuanto a la disposición de 1.683.000 euros en el día 4 de marzo de 2011, tampoco se menciona en la sentencia, ni se identifica por el recurrente, ningún documento del que se desprenda que en esa fecha, en el día primero del tercer mes del ejercicio, y en plena crisis económica, existían unas expectativas razonables de negocios concretos para la sociedad que permitieran calcular la retribución del administrador en cantidades cercanas a la dispuesta. Frente a la ausencia de datos objetivos en ese sentido, se alzan solamente las manifestaciones del recurrente, comprensibles desde el ejercicio del derecho de defensa, pero carentes de cualquier apoyo objetivo, por lo que las conclusiones fácticas del Tribunal, tanto en uno como en otro caso, han de considerarse razonables.

En cuanto se refiere a la demostración de la existencia del perjuicio concreto, este se deriva directamente de la imposibilidad originada a la sociedad URBEM, S.A. de disponer de esas cantidades, o, incluso, de hacerlas figurar en su patrimonio como disponibles, durante los periodos temporales comprendidos entre la fecha de



disposición por el recurrente y la devolución por éste a su legítimo titular. En la sentencia se precisa cada una de esas cantidades y el tiempo en el que injustificadamente estuvieron en poder del recurrente, privando a la sociedad URBEM, S.A. de su posesión y de una eventual utilización. En realidad, lo que el recurrente discute es, de un lado, que ello constituya un perjuicio en el caso concreto al no quedar demostrado que dicha sociedad hubiera necesitado el dinero del que se vio privada; y, de otro, que ese perjuicio, de existir, se haya evaluado correctamente. Sin embargo, en cuanto a lo primero, la simple privación de la posibilidad de disponer de un dinero que es propio, o de mantenerlo en el patrimonio a disposición de su titular, ya constituye un perjuicio, aunque no se concrete en una imposibilidad de utilizarlo en relación con un negocio concreto o una operación determinada. La sociedad perjudicada tenía derecho a tener a su disposición el dinero, y se vio privada de esa disponibilidad sin su consentimiento y, por tanto, de forma ilegítima.

En cuanto a lo segundo, la evaluación se ha hecho por el Tribunal aplicando el interés legal a las cantidades de las que dispuso ilegítimamente el recurrente, desde el acto de disposición hasta su devolución, lo cual, como ya hemos dicho, es una forma de operar ordinariamente utilizada por los Tribunales para determinar el importe de la indemnización cuando el sujeto pasivo se ha visto privado de una cantidad de dinero. Es cierto que, como alega el recurrente, la concesión de préstamos a los dirigentes sociales no necesariamente constituye un delito. Es claro que, incluso, puede resultar beneficioso económicamente para el prestamista. Pero esa posibilidad nada tiene que ver con los hechos probados, en los que la sociedad querellante ignoraba que su administrador aprovechaba su posición para hacerse préstamos con objeto de satisfacer sus necesidades propias, sin documentarlos en forma alguna y sin establecer ninguna clase de interés a favor de la entidad a la que, sin su conocimiento ni consentimiento, situaba como prestamista.

Finalmente, en lo que se refiere a las cantidades que se dice entregadas a cuenta de la retribución, su ilicitud desde la perspectiva del delito societario resulta de su desproporción con lo esperable como retribución, que se ha medido en la sentencia teniendo en cuenta la cantidad finalmente resultante y la inexistencia de expectativas de negocio que, de concretarse, pudieran llegar a justificar la cantidad dispuesta. También es cierto, como dice el recurrente, que las retribuciones razonables a los dirigentes sociales carecen de significado delictivo. Pero, aunque pueda resultar en ocasiones dificultoso, y aunque hayan de reconocerse ciertos márgenes, también lo es, que no es imposible establecer unos límites a partir de los cuales las retribuciones carecen de cualquier justificación razonable, teniendo en cuenta la marcha de la sociedad, las retribuciones existentes en el sector, los pactos alcanzados con carácter general y en la sociedad de que se trate en particular. En este sentido se señalaba en la STS nº 906/2016, de 30 de noviembre, que "*Aun reconociendo la dificultad que existe para determinar cuándo las retribuciones de los directivos de grandes empresas pueden considerarse notoriamente excesivas y abusivas, y cuando, por lo tanto, esas conductas pueden considerarse delictivas, ha de afirmarse tal posibilidad, operando tanto en atención a la situación y evolución, especialmente económica, de la entidad para la que los acusados prestan sus servicios, como a la previsión de aumentos y disminuciones retributivos en función de los resultados, a las retribuciones en sectores de alguna forma equiparables, al trabajo efectivamente desarrollado y a las normas existentes sobre el particular, aunque sean solo de carácter orientativo, tanto de carácter general como para la sociedad concreta de que se trate, e incluso a la transparencia en la forma de retribución*". Citando a continuación el texto del artículo 217.4 de la Ley de sociedades de capital, texto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en el que se establece: *La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorable*.

En el caso, no se ha cuestionado en la sentencia impugnada la razonabilidad de las retribuciones ya percibidas. Lo que el Tribunal ha considerado desproporcionado e injustificado es disponer en el mes de marzo de una cantidad notoriamente excesiva en relación con lo finalmente devengado en ese ejercicio, cuando no existía ninguna expectativa razonable y conocida de negocio que pudiera alzar la retribución del administrador hasta una cifra cercana.

Por todo ello, el motivo se desestima.

*Recurso interpuesto por REGESTA REGUM, S.L.*

**SEXTO.-** La entidad Regesta Regum, S.L. interpone un recurso de casación y formaliza seis motivos que, salvo el numerado como cuarto, son de contenido literal idéntico a los del recurso interpuesto por Nicolas, por lo que ha de darse por reproducido lo dicho en los anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia. En consecuencia, se desestiman por esas razones los motivos primero, segundo, tercero, quinto y sexto.



En el motivo cuarto, al amparo del artículo 850.2 de la LECrim , se queja de la omisión de la citación del responsable civil subsidiario, Regesta Regum, para su comparecencia en el acto del juicio oral. Argumenta que no se han observado las necesarias cautelas para reconocer a la persona jurídica una representación independiente de la del acusado Nicolas , dando lugar a un conflicto de intereses.

1. Esta Sala ya ha señalado (STS nº 154/2016, de 29 de febrero , citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas.

2. Sin embargo, en el caso, la cuestión carece de trascendencia, pues la persona jurídica recurrente no ha sido condenada como autora de ningún delito, sino como responsable civil subsidiario respecto de la indemnización a cuyo pago ha sido condenado el acusado Nicolas , por lo cual las eventuales irregularidades que hubieran podido tener alguna repercusión en el ejercicio de su derecho de defensa como acusada, no inciden en su posición como responsable civil subsidiario. Por otro lado, de la causa resulta que compareció al plenario y pudo defender su posición tanto en el concepto de acusada, en relación con el que ha resultado absuelta, como en el concepto de responsable civil subsidiaria.

No ha habido, pues, indefensión alguna por lo que el motivo se desestima.

*Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Inversiones Mebru, S.A.*

**SEPTIMO.-** En el primer motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba, y designa como documentos, varios extractos bancarios de los que resultaría que la devolución de 2.500.000,00 euros que se dice efectuada por el acusado a URBEM, habría sido ficticia en la medida en la que el dinero proviene a su vez de las cuentas de URBEM. La consecuencia es que la calificación correcta no sería considerar los hechos como delito societario, sino como apropiación indebida.

1. Ya hemos señalado más arriba que una de las exigencias derivadas de la regulación de este motivo de casación es que los particulares del documento designado han 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. Es cierto, como se ha dicho, que en el examen de la prueba documental esta Sala se encuentra en una posición equivalente a la del Tribunal de instancia, pero tal cosa solo ocurre cuando para su valoración no sea preciso tener en cuenta otras pruebas cuya práctica no se ha presenciado.

2. Los documentos designados en el caso solamente consignan operaciones de movimiento de dinero, desde unas a otras cuentas, en unas fechas determinadas, y aunque, junto con otras pruebas, permitieran una argumentación diferente a la efectuada en la instancia, no demuestran que esa sea la única realidad posible o razonablemente establecida. Las anotaciones bancarias no acreditan las causas ni las finalidades de los movimientos que reflejan, por lo que solo con ellas, sin acudir a otros elementos probatorios, no es posible rectificar el relato fáctico

De otro lado, es bien sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la STC 167/2002 , así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para empeorar su situación tras una sentencia condenatoria, en tanto que viene a exigir que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de éstas ante el tribunal que resuelve el recurso. Y también que, desde la perspectiva del derecho de defensa, según se entendía inicialmente, o desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías, como se entiende en la actualidad, es igualmente necesario en esos casos dar al acusado la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquel.

Por lo tanto, no es posible rectificar el hecho probado en casación en perjuicio del acusado.

Por todo ello, el motivo se desestima.

**OCTAVO.-** En el segundo motivo alega predeterminación del fallo, en la que considera que ha incurrido la sentencia al calificar en los hechos probados las disposiciones de dinero de URBEM realizadas por el acusado como un "préstamo gratuito", lo que conduce a calificar los hechos como delito societario.



1. 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 807/2014, de 2 de diciembre ).

La sanción de la predeterminación no supone una hipervaloración de un aspecto meramente formal de la sentencia, pues a lo que se atiende es a la imposibilidad de conocer qué hechos se declaran probados y se imputan al acusado si la narración fáctica es sustituida por una calificación jurídica.

2. En el caso, con independencia de que tal expresión bien podría haberse dejado para la fundamentación jurídica, donde habría hallado mejor acomodo, su empleo por el Tribunal de instancia no supone una sustitución de la necesaria narración fáctica por un concepto jurídico, pues los hechos probados contienen una descripción de los que se consideran ocurridos, aunque se anticipe, de alguna forma, una valoración jurídica de los mismos, lo cual, aunque pueda considerarse poco adecuado, no supone la predeterminación prohibida por la ley.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**NOVENO.-** En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia inaplicación indebida del artículo 252 del C. Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, pues sostiene que los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida. Afirma que ha existido distracción de dinero respecto de su destino correspondiente, en la medida en que se dispuso del dinero dándole un destino diferente del que correspondía, en perjuicio de la sociedad titular del mismo, y sin que la devolución tenga otra trascendencia que la relativa a la indemnización o a la posible reparación parcial del daño.

1. La jurisprudencia mayoritaria ha entendido en general que ( STS nº 915/2005 ) "*... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente 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. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada*".

La exigencia de que el acto de disposición del dinero tenga vocación definitiva se deriva de la naturaleza dominical que al mismo ha venido atribuyendo la jurisprudencia ( STS nº 868/1996, de 13 de noviembre ; STS nº 135/1998, de 4 de febrero ; STS nº 235/1998, de 20 de febrero ; STS nº 762/2012, de 9 de octubre ; STS nº 358/2014, de 28 de abril ; y STS nº 735/2014, de 11 de noviembre , entre otras) de manera que los meros usos temporales quedan excluidos del delito de apropiación indebida. Dejando a un lado cuestiones probatorias, el delito de apropiación indebida requiere que el sujeto que ha recibido legítimamente dinero en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, realice sobre el mismo un acto de disposición, dándole un destino diferente con significado apropiativo, esto es, con el carácter definitivo que acompaña a la disposición como si fuera su dueño.

En la STS nº 700/2016, de 9 de setiembre , con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo , se hace referencia a la *más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio . En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras,*



*y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253.*

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado. En este sentido, recogiendo las anteriores, la STS nº 906/2016, de 30 de noviembre y la STS nº 476/2015, de 13 de julio , entre otras.

2. En el caso, el Tribunal ha considerado acreditado que el acusado tenía, desde un principio, el designio de utilización temporal de las cantidades de las que dispuso ilegítimamente, para su beneficio y causando un perjuicio a la sociedad a la que pertenecían, excluyendo, pues, que los actos de disposición de aquellas supusieran darle a las mismas un destino definitivo. La valoración probatoria del Tribunal resuelta lógica si se tiene en cuenta las fechas de devolución de las cantidades dispuestas, así como que se efectuó sin que las operaciones hubieran sido descubiertas por terceros y sin que, consecuentemente, mediara reclamación alguna.

Si se han excluido actos de significado apropiativo, de naturaleza dominical, sobre ese dinero, en tanto que la disposición era con la finalidad acreditada de un uso temporal, seguido de la devolución, queda excluido el delito de apropiación indebida.

Argumenta el recurrente, en relación con la disposición y la forma de devolución de la cantidad de 1.683.000 euros, que la posibilidad de compensarlo con una deuda de URBEM a REGESTA surge muy posteriormente al acto de disposición, pues mientras esta última tiene lugar el 4 de marzo de 2011, la sentencia de la que se deriva la compensación es de fecha 17 de octubre de ese mismo año. Estos elementos permiten esa argumentación, que sin duda fue sometida al criterio del Tribunal, pero no impiden considerar acreditado que la voluntad de devolución, en su momento, ya existía desde el acto de disposición, dada la forma en la que se efectuó la de las cantidades de las que se había dispuesto el año anterior. No se demuestra con ello, por lo tanto, que la argumentación del Tribunal de instancia no sea razonable.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**DECIMO.-** En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por inaplicación indebida, del artículo 74 del C. Penal , pues entiende que debió considerarse los hechos como un delito continuado. Argumenta que es relevante que los dos hechos estén separados por un lapso temporal de un año para descartar la unidad típica de acción que se aprecia en la sentencia impugnada.

1. El vigente artículo 74.1 CP , antes el 69 bis, fija positivamente los requisitos que deben concurrir para apreciar la continuidad delictiva: cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión el sujeto activo realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza. Los requisitos que ha exigido la jurisprudencia ( STS nº 749/2016, de 11 de octubre ) son los siguientes: " a) debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; b) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; c) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; d) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad "del modus operandi" o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; e) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; f) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo; y g) como ya hemos señalado que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el artículo 74.3 CP ( SSTS, entre muchas, 1600/2000 , 1068/2002 , 298 y 760/2003 , 523/2004 , 882/2005 ) " .

También en la STS nº 354/2014, de 9 de mayo , citada por la STS nº 413/2015, de 30 de junio , entre los requisitos del delito continuado, se dice que uno de ellos es " *El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice " en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión " . Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de " una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos " ; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de*



*delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace " caer " al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola " .*

En cuanto a la unidad típica de acción, se ha dicho ( STS nº 585/2016, de 1 de julio , que cita, recogiendo su texto, la STS nº 165/2016, de 2 de marzo y la STS nº 487/2014, de 9 de junio , que " *concorre 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 las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario " .*

En la sentencia 974/2012, de 5 de diciembre , se argumenta que en la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza 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. Es decir, se trata de actividades plurales que permiten, o incluso obligan, a considerar integrados en un delito único, una serie de conductas homogéneas que, de otro modo, podrían constituir un delito continuado, o varios delitos independientes en concurso real. De manera que, en esos casos, " *... una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal ( SSTS 519/2002, de 22-3 ; 986/2004, de 13-9 ; y 413/2008, de 20-6 " . ( STS nº 16/2016, de 2 de marzo ). Estos casos, pues, quedarían excluidos de la posibilidad de apreciar un delito continuado.*

2. La jurisprudencia ha admitido la aplicación de la figura del delito continuado al delito societario del artículo 295 del C. Penal en la redacción vigente hasta la reforma operada por la LO 1/2015. Así, por ejemplo, en la STS nº 471/2016, de 1 de junio . En este mismo sentido, en la STS nº 1311/2009, de 22 de diciembre , se afirmó que " *Tanto la distracción de dinero del art. 252, como a la disposición fraudulenta de los bienes sociales o las obligaciones contraídas con abuso de las funciones del administrador, pueden ser cometidas en las condiciones previstas en el art. 74 CP . Es erróneo suponer que el tipo del art. 295 CP requiere la comisión de más de una acción. No existe ninguna razón que pueda ser deducida del texto legal o de su finalidad que hagan plausible dicha interpretación " .*

Efectivamente, el artículo 295 no exige para cumplir las exigencias del tipo objetivo la realización de varios actos. Es posible, sin embargo, dado su tenor literal, (...dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones ...), apreciar una unidad típica de acción cuando, establecida una determinada finalidad, el autor la ejecuta a través de varias acciones unidas por la obtención de aquel objetivo y ligadas por un vínculo temporal, aunque cada una de ellas fuera suficiente para determinar la consumación del delito. No será así si cada acción, resulta fácilmente identificable, responde a una finalidad o motivación diferente y se independiza de las otras en su ejecución, de forma que la primera acción se interrumpa, alcanzada y agotada su finalidad, y en un momento posterior se aprovecha la idéntica ocasión para realizar otra acción similar, aunque distinta, ejecutada, a su vez, en uno o varios actos.

Por otro lado, dando mayor relevancia a otros aspectos se ha negado que el periodo de un año entre uno y otro acto sea decisivo para excluir el delito continuado ( STS nº 1032/2013, de 19 de diciembre ), siempre que los demás datos apreciables revelen la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley. De la misma forma, tampoco impedirá la apreciación de una unidad típica de acción, siempre que ese lapso temporal no sea demostrativo de la interrupción de la primera o primeras acciones y del inicio y desarrollo independiente y separado de las posteriores.

De todo lo cual se desprende que la existencia de una unidad típica de acción que da lugar a un solo delito, o bien de varias infracciones que dan lugar a un delito continuado, o bien de varias infracciones que concurren en concurso real ordinario, dependerá de las características de cada caso, que deberán ser examinadas en la correspondiente sentencia.

3. En el caso presente, se declaran probadas dos acciones muy similares, temporalmente independientes entre sí, que podrían dar lugar, cada una de ellas, a la consumación del delito de administración desleal. Sin embargo, aunque cada una de ellas responde a necesidades societarias consideradas por el autor en momentos diferentes, ambas obedecen a un solo designio dentro del ejercicio de las facultades que al acusado le habían sido conferidas para administrar, como administrador único de Regesta Regum, S.L., el patrimonio de URBEM, S.A.. Pues, efectivamente, de los hechos surge de forma natural la conclusión de que el acusado, aprovechando su posición como administrador, decidió financiar la sociedad Regesta Regum, de la que era administrador y accionista mayoritario, a costa del patrimonio de URBEM, que era administrada por aquella. Decisión que fue ejecutando en varios actos temporalmente separados pero unidos por el mismo designio inicial, ejecutados de la misma forma y susceptibles de ser englobados en una sola acción típica



de administración desleal mediante la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad. Estas circunstancias debilitan el valor que en sentido contrario al expuesto podría atribuirse al lapso temporal existente entre una y otra acción, que solo obedece al momento de la aparición de las necesidades que el acusado había decidido atender.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**UNDECIMO.-** En el motivo quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por inaplicación indebida del artículo 392 del C. Penal , pues entiende que la confección de la factura de fecha 2 de marzo de 2011, por 1.700.000 euros, por el concepto importe a cuenta de la retribución del órgano de administración del ejercicio 2011, la cual no obedecía a ninguna operación, pues se emite en marzo, cuando el concepto no se devengaba hasta el final del ejercicio, y la retribución real ascendió solamente a 126.000 euros.

1. En cuanto a los elementos integrantes del delito de falsedad, "... esta Sala tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS núm. 279/2010, de 22 de marzo ; núm. 888/2010, de 27 de octubre ; y núm. 312/2011, de 29 de abril , entre otras) los siguientes: a) Un elemento objetivo propio de toda falsedad, consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal, esto es, por alguno de los procedimientos o formas enumerados en el art. 390 del C. P . b) Que dicha "mutatio veritatis" o alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para perjudicar la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva. c) Un elemento subjetivo consistente en la concurrencia del dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad ". (STS nº STS 331/2013 ).

2. En el caso, no se aprecia la comisión de un delito de falsedad, pues, en primer lugar, no resulta de los hechos que la factura no responda a la realidad en el sentido expuesto por el recurrente, ya que la función de administración era efectivamente prestada, por lo que la factura obedece a una operación real entre el emisor y el obligado al pago. En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuantía, la inexactitud en la misma solo daría lugar, en su caso, a una falta de verdad en la narración de los hechos, impune para un particular; y, además, esa inexactitud es irrelevante a los efectos de un delito de falsedad, porque se expresa con claridad que la factura se emite "a cuenta", es decir, no reflejando falsamente algo ya ocurrido, sino constatando una valoración sobre lo que podrá ocurrir en el resto del ejercicio, y, por lo tanto, expresamente pendiente de una liquidación posterior. El incremento indebido e injustificado de la cantidad por la que se emite la factura no constituye una falsedad, sino un elemento que permite al acusado la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, castigado ya como un delito de administración desleal.

Por todo ello, el motivo se desestima.

**DUODECIMO.-** En el sexto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la inaplicación indebida del artículo 248 y 250.1 , 4 º, 5 º y 6º del C. Penal en la redacción anterior a la LO 1/2015. Argumenta que la sentencia reconoce que las supuestas aportaciones dinerarias para la suscripción en 17 de enero de 2012 por Regesta Regum de acciones de URBEM eran ficticias dado que no existió ningún abono de efectivo numerario, aunque considera el Tribunal de instancia que al compensarlo con la previa deuda de URBEM con Regesta no existió perjuicio alguno. Ignora de esta forma, dice el recurrente, que Inversiones Mebru era accionista de URBEM, que resulta perjudicada por la incidencia porcentual de sus acciones respecto del valor de esta última.

1. Según la jurisprudencia, el delito de estafa del artículo 248.1 del Código Penal , requiere: 1º Un engaño precedente o concurrente. 2º Que dicho engaño sea «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado; 3º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la maniobra engañosa; 4º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado; 5º Animo de lucro, como elemento subjetivo del injusto; y 6º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria.



2. En cuanto a la compensación de la deuda de URBEM para con Regesta Regué mediante la entrega y devolución del importe de las acciones que adquiriría esta última, no se describe en los hechos probados ninguna maniobra engañosa, difícil de concebir, de todos modos al operar el acusado como administrador de ambas sociedades, determinante de un acto de disposición patrimonial, pues las certificaciones solicitadas a la entidad bancaria, no habrían determinado ningún acto de disposición patrimonial, ya que la compensación de la deuda entre Regesta y URBEM habría tenido lugar de igual forma. Ni tampoco existen en la sentencia datos de los que se derive que la operación supuso un perjuicio para el deudor, que con esa operación vio satisfecha una deuda que, en principio, resultaba exigible. Nada se dice respecto del importe de la misma, ni tampoco de la posible existencia de otros acuerdos que pudieran hacer injustificadamente gravosa esa forma de proceder.

La modificación de los porcentajes de participación en la sociedad, que, por otro lado, no consta con suficiente detalle como hecho probado, no obedecía a engaño alguno, sino que resultaba de la ampliación de capital, no anulada por la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, y por la adquisición de las acciones por aquellos que podían hacerlo, una vez que los adquirentes preferentes no habían hecho uso de su derecho.

Tampoco resulta de los hechos probados que se hubiera impedido a la recurrente el ejercicio de su derecho de suscripción preferente, en el momento en que pudo hacerlo efectivo.

En cuanto a la ampliación de capital y la suscripción de acciones por Regesta, esta última en la escritura de 6 de julio de 2012, es cierto que se adquieren mediante la compensación de parte del crédito que Regesta tenía contra URBEM por la devolución de lo entregado en la adquisición de acciones anulada por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2010, y que en escritura de 20 de febrero de 2012, el acusado, como administrador de Regesta había manifestado que ese crédito estaba totalmente pagado. En realidad, la manifestación que el acusado hace, como administrador de Regesta en la escritura de adquisición de estas nuevas acciones, no constituye engaño alguno, sino la constatación de la pretensión de tener como desembolsado el importe de dicha adquisición, lo cual puede ser combatido por las vías propias de la jurisdicción civil, como parece que se está haciendo, según resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada. Si efectivamente aquel crédito ha de tenerse por satisfecho en su integridad o si, por las razones que sean, la manifestación realizada en la escritura de 20 de febrero de 2012 admite otras interpretaciones, si el importe de las acciones ha de tenerse por desembolsado o no, dados los hechos declarados probados, en los que no consta la cantidad desembolsada efectivamente tras la adquisición de acciones que se ha anulado, que parece ser muy superior a los 8.995.018,48 que se había compensado, son cuestiones que no procede resolver aquí, una vez que se constata que no existe ningún engaño que determine un acto de disposición patrimonial.

Finalmente, en cuanto al precio de las acciones en la última ampliación de capital, aunque es apreciable la diferencia con el establecido en la anterior ampliación, de los hechos probados no resulta que sea inferior al que correspondía reconocer a las acciones en ese momento, por lo que tampoco podría tenerse en cuenta a los efectos de un delito de administración desleal o de apropiación indebida.

**DECIMO TERCERO.-** En el séptimo motivo, por la misma vía de impugnación, alega la infracción por inaplicación indebida, del artículo 293 del C. Penal. Alega la recurrente que, declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de la adquisición de nuevas acciones por Regesta, los acusados, aprovechando su posición, la han suscrito de nuevo impidiendo a la recurrente ejercer su derecho de adquisición preferente.

1. Argumenta la recurrente que en la sentencia impugnada se declara probado que por sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2010 se declaró la nulidad de la adquisición por Regesta de las acciones emitidas como consecuencia de la ampliación de capital acordada en escritura de 14/03/2006, así como el derecho de la recurrente a suscribir esas mismas acciones, y que el ejercicio de tal derecho se ha visto impedido por las maniobras que los acusados han realizado, suscribiendo aquellas acciones y acordando nuevos aumentos de capital con suscripción de todas las emitidas.

2. Aunque lo que dice la recurrente es cierto, también lo es que en la sentencia impugnada se declara probado que en la escritura de 17 de enero de 2012, se hacía constar que " *transcurrido el plazo de 15 días fijado por la sentencia y en el propio acuerdo societario para la suscripción, no se había realizado dentro del mismo acto alguno de suscripción y desembolso; y en aplicación en sus términos del acuerdo de capital social de ejecución de mismo, al resultar no suscritas las referidas 168.487 acciones, el órgano de administración quedaba libre para adjudicar las acciones no suscritas a personas físicas o jurídicas extrañas a la sociedad* " (sic). De los hechos probados, pues, no resulta que los acusados impidieran ilegítimamente el ejercicio de los derechos societarios de la recurrente, ni en la adquisición de estas acciones ni tampoco respecto de las 150.000 correspondientes a la última ampliación de capital, en relación con las cuales no existen otros datos en el relato fáctico.

Por lo tanto, el motivo se desestima.





**DECIMO CUARTO.-** En el motivo octavo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada. Dice la recurrente que el Tribunal de instancia, al considerar que no existe perjuicio por la suscripción de acciones por Regesta extrae una conclusión que no es razonable, dado que Inversiones Mebru vio reducido el porcentaje de su participación en URBEM.

1. En la sentencia se razona en el fundamento jurídico cuarto que no aprecia delito de estafa al no concurrir perjuicio alguno. Pero se refiere al hecho de que los acusados manifestaran que el importe de las acciones suscritas en enero de 2012 se consideraba satisfecho y, por lo tanto, desembolsado el importe de aquellas, mediante compensación con el crédito que Regesta tenía frente a URBEM como consecuencia de la devolución que esta tenía que hacer de las cantidades desembolsadas por aquella por la suscripción de acciones que había sido anulada por el Tribunal Supremo. Aunque se ignora el importe de aquella deuda, dado que aquella obligación existía, y era reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo, aunque también sin concretar el importe, no existe engaño alguno, sino simplemente una pretensión de los adquirentes de tener por satisfecho el precio, lo cual, como ya hemos dicho, puede ser combatido en la jurisdicción civil. Y, además, del hecho de la compensación no se deriva perjuicio alguno, pues la parte obligada al pago, esto es URBEM, veía así satisfecha una deuda que tenía con su propio administrador.

2. Cuestión distinta es que la recurrente Inversiones Mebru, como accionista de URBEM, viera reducido el porcentaje de su participación en ésta, con el consiguiente perjuicio derivado de la debilitación de su posición como socio. Pero esta consecuencia no tiene su origen en una maniobra engañosa que haya determinado un acto de disposición patrimonial, sino en la no suscripción de las acciones emitidas como consecuencia de la primera ampliación de capital, acordada en el año 2006, lo que permitió a Regesta suscribir una parte importante de las mismas. Nada se describe en los hechos probados que permita sostener que esa no suscripción por parte de Inversiones Mebru obedeciera a una conducta de los acusados que pudiera considerarse delictiva y por la que se hubiera formalizado la correspondiente acusación.

Por lo tanto, dado que el perjuicio sufrido por la recurrente concretado en la disminución del porcentaje de su participación en Mebru, no tiene su origen, según los hechos probados, en una conducta delictiva ejecutada por los acusados, no se aprecia en el sentido sostenido por el recurrente un déficit de motivación en la sentencia impugnada que justifique su anulación.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**DECIMO QUINTO.-** En el motivo noveno, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida inaplicación del artículo 77, pues entiende que el delito de apropiación indebida, o, en su caso, el delito societario, debió apreciarse en concurso con el delito de falsedad; y el delito de estafa en concurso con el delito societario.

En el motivo décimo, sostiene, con la misma invocación procesal, la infracción de los artículos 109 a 114 y 115 del C. Penal , y 1101 del C. Civil , basándose en la estimación de los motivos primero, sexto y séptimo de su recurso.

La posibilidad de la estimación de ambos motivos depende directamente de la de los motivos anteriores. Habiendo sido desestimados estos, la conclusión necesaria es la desestimación de los presentes.

Se desestiman los motivos noveno y décimo.

### III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** a los recursos de Casación por infracción de Ley, y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones procesales de **Nicolas , REGESTA REGUM, S.L.** y por la representación procesal de la acusación particular **INVERSIONES MEBRU, S.A.**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, con fecha veintinueve de Abril de dos mil dieciséis , en causa seguida contra Nicolas y la mercantil Regesta Regum S.L., por delito societario. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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 Luarda Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez



**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menendez de Luarca , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ