



Roj: **STS 681/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:681**

Id Cendoj: **28079120012019100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2019**

Nº de Recurso: **2199/2018**

Nº de Resolución: **114/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 114/2019

Fecha de sentencia: 05/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2199/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2199/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 114/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de marzo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº 2199/2018, interpuesto por la representación procesal de la mercantil **La Cocina, S.L.**, contra el auto dictado el 21 de junio de 2017 por la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, en el Rollo de Sala nº 148/2014, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 198/2008 del Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Orihuela, que estimó la excepción de falta de legitimación de la acusación particular, acordando el sobreseimiento libre; habiendo sido parte en el presente procedimiento la mercantil recurrente La Cocina, representada por la procuradora D^a. Blanca Berriatúa Horta; y defendido por el letrado D. Javier López Bassets; y como parte recurrida, quienes fueron acusados en primera instancia D. Fabio y D. Federico, representados por el procurador D. Ramón Amorós Lorente, y defendidos por el letrado D. Manuel Mateo Aparicio, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Orihuela, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 198/2008, en cuya causa la Sección 7^a de la Audiencia Provincial de Alicante, tras celebrar juicio oral y público, dictó auto el 21 de junio de 2017, que contenía la siguiente **Parte Dispositiva**: "Que estimando la excepción de falta de legitimación de la acusación particular invocada por Fabio y Federico, como cuestión previa y ante la petición absolutoria planteada por el M. Fiscal, se sobresee libremente el proceso, con todos los efectos para los acusado propios del dictado de una sentencia absolutoria respecto de los mismos.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Tómese las anotaciones debidas en los registros correspondientes."

SEGUNDO.- En el citado auto constan los siguientes antecedentes: "PRIMERO.- Incoado el Rollo de Sala nº 148/2014, en su día contra los acusados Fabio y Federico y tras los trámites oportunos, en legal forma, en fecha 2 de Marzo de 2017, durante el desarrollo de la vista, se planteó por las defensas, como cuestión previa la excepción de falta de legitimación de la acusación particular y defecto de postulación y han solicitado que se acuerde el sobreseimiento libre de la causa respecto de los dos acusados, haciendo las alegaciones pertinentes en apoyo de dicha cuestión.

SEGUNDO.- Conferido traslado de la cuestión previa planteada a la acusación particular se opuso a su estimación y el Ministerio Fiscal contestó del modo que consta en las actuaciones."

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, la representación de la mercantil recurrente La Cocina, S.L., anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 11 de junio de 2018, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 24 de julio de 2018, la procuradora D^a. Blanca Berriatúa Horta, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

Único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Jurisprudencia sobre legitimación de la sociedad disuelta y liquidada.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto y apoyándolo el Ministerio Fiscal, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los Autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de 25 de enero de 2019, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **19 de febrero de 2019**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acusación particular recurre en casación el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, de fecha 21 de junio de 2017 que decreta el sobreseimiento libre de la causa, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley Procesal Penal, sobre legitimación de la sociedad disuelta y liquidada.

1. Se alega que el auto recurrido estima la excepción de falta de legitimación de la entidad recurrente La Cocina S.L. por considerar que se producen dos defectos: Un *defecto de postulación*, puesto que la mercantil no se encuentra representada por la liquidadora; y una falta de legitimación para ser parte en el procedimiento. Respecto de la primera se precisa que la mercantil se encuentra y se ha encontrado en todo momento representada por su legal representante en cuatro momentos diferentes:



A) En el momento de interposición de la querrela criminal, 21-11-2005, se encontraba representada por su administrador D. Isidro , quien otorgó la oportuna representación por apoderamiento apud acta, según consta en las actuaciones.

B) En el momento de declararse el concurso de acreedores, consta en autos que el auto de declaración del concurso de 3-9-2009 nombra administrador concursal a D. Jaime , señalando que las actividades de la concursada quedan intervenidas, lo que significa que el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, sometido a la administración concursal, conforme al art 40.1 de la Ley Concursal . Indicando el art. 48.1 de la misma ley que durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora. Refiriéndose los arts. 50 a 57 al ejercicio de las acciones judiciales civiles. Lo que se puede aplicar en nuestro caso a las acciones penales que conllevan el ejercicio de la acción por responsabilidad civil que se exige a los querrelados. Así, la concursada se encontraba legitimada y con plena capacidad para continuar siendo parte querellante en el presente procedimiento.

C) En el momento de la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores por auto de 31-3-2011, a pesar de que por aplicación del art. 145 LC los querrelados entendieron que quedaron revocados los poderes procesales a favor de los profesionales inicialmente designados, habiendo debido personarse el administrador concursal, manifestando su voluntad de continuar la acusación y no lo hizo. Sin embargo, ello no es así porque cuando interpuso la querrela el administrador social D. Isidro , no lo hizo a nombre personal, sino de la mercantil administrada, teniendo la representación validez en lo sucesivo, cualesquiera que fuesen las vicisitudes por las que atravesase la mercantil, por aplicación del principio de *perpetuatio jurisdictionis* , regulado en el art 411 de la LEC , aplicable igualmente al proceso penal. El nuevo administrador o liquidador puede dar nuevas instrucciones a su procurador o letrado, pero ello no implica que tenga que otorgar nuevos poderes o designar nuevo letrado. En el caso, en el indicado momento, el liquidador decidió proseguir el ejercicio de la acción penal y correspondiente acción sobre responsabilidad civil, continuando con la misma representación y letrado.

D) En el momento de la conclusión del concurso de acreedores de la Cocina SL, por auto de 28-1-014, se precisó que "se acuerda el cese de los administradores concursales, a salvo la facultad para conseguir actuaciones en defensa de intereses patrimoniales de la concursada...". Y la propia administración concursal manifestó su expreso interés en proseguir la acción penal en el presente procedimiento, facilitando a la representación y defensa de esta parte el escrito que se aportó como documento número cinco con el escrito de alegaciones de 12-4-2017. Otorgando finalmente el administrador concursal nuevos poderes en favor de éste y otros procuradores, y del letrado firmante de este escrito, lo que fue aportado al procedimiento. Y aun en el caso de que hubiera de considerarse que la representación la ostenta el último administrador social, el supuesto defecto de representación sería un defecto subsanable, debiendo concederse plazo a esta parte para subsanación.

Y en cuanto a la supuesta *falta de legitimación*, si bien el auto recurrido se basa para proclamarla en la Sentencia de 24-5-2017, del Pleno de la Sala Primera del TS , la misma apoya la tesis de esta parte de considerar que una sociedad, incluso disuelta y liquidada y de baja en el Registro Mercantil, conserva su personalidad jurídica para todas las relaciones jurídicas que pervivan a pesar de la cancelación.

2. Ciertamente, resulta de las actuaciones que la entidad la Cocina SL formuló querrela por presunto delito relativo al mercado y los consumidores, y por posibles delitos de apropiación indebida y societario. Dicha querrela se admitió por Auto de 2 de febrero de 2006.

El 12 de noviembre de 2008 se dictó Auto convirtiendo el procedimiento en Abreviado respecto de Fabio (folio 784 de las actuaciones) y el Auto de 11 de noviembre de 2011 amplió el contenido para hacerlo extensivo a Federico (folio 1241). En febrero de 2012 (con entrada el 14 de marzo), el Fiscal solicitó el sobreseimiento libre de las actuaciones por entender que los hechos no eran constitutivos de delito.

El 30 de marzo de 2012 la representación legal de "La Cocina" formuló escrito de conclusiones provisionales respecto de los dos investigados, entendiendo los hechos como delito societario (folio 1255). Se decretó Auto de apertura del juicio oral el 18 de abril de 2012 (folio 1373), no formulando acusación el Fiscal (folio 1386).

En la vista del *juicio oral se planteó por las defensas la excepción de falta de legitimación de la acusación particular y defecto de postulación* , dictando la Audiencia Provincial el citado Auto de 21 de junio de 2017 , de sobreseimiento libre, que es el ahora recurrido.

3. Como señala la parte recurrente en su escrito interponiendo el recurso, las dos cuestiones planteadas como previas en el juicio oral, la falta de legitimación de la acusación particular y el defecto de postulación, están íntimamente ligadas.

La cuestión esencial en el presente recurso consiste en dilucidar si como consecuencia de la conclusión del concurso de acreedores y la extinción de la mercantil "La Cocina SL", ésta *ha dejado de tener existencia* en el



mundo jurídico y por ello carece de capacidad para ser parte -acusadora- en el proceso penal, en cuyo caso, al no existir ninguna otra acusación, procedería el sobreseimiento libre.

Entendemos, en primer lugar, que desde que se dicta este auto, de fecha 28 de enero de 2014, por el que se concluye el concurso de acreedores, "*La Cocina SL* " *ha estado actuando legitimada y representada, bien por su administrador, bien por el administrador concursal.*

Por Auto, ya citado, de *28 de enero de 2014* (folio 428 del Rollo de Sala de la Audiencia Provincial) el Juzgado de lo Mercantil determina la conclusión del concurso y la extinción de la mercantil, ordenando la cancelación de la hoja registral. Sin embargo, en la disposición 6, señala que " **se acuerda el cese de los administradores concursales, a salvo la facultad para proseguir actuaciones en defensa de intereses patrimoniales de la concursada ...**".

4. En nuestro sistema jurídico, conforme a lo previsto en los arts. 109 y 116 CP , y 100 , 108 , 110 , 111 a 113 de la LECr , el ejercicio de la acción penal-salvo renuncia expresa por el perjudicado-conlleva el ejercicio de la acción civil, habiendo solicitado, en nuestro caso, la procuradora Dña. Maria del Carmen Fernández Laorden, en nombre de la mercantil LA COCINA SL. asistida de letrado en su escrito de calificación provisional, la suma provisional de al menos 28.874,98 euros, señalándose las bases para su determinación definitiva en ejecución de sentencia, a la vista del perjuicio no sólo por la sustracción de materiales, existencias y herramientas, sino también por la desaparición de clientes, paralización de la actividad, lucro cesante y situación económica sufridos.

Por todo ello, el motivo en todos sus aspectos ha de ser estimado.

SEGUNDO.- Estimado el recurso , las costas del mismo deben ser declaradas de oficio, de acuerdo con lo previsto en el art. 901 LECr .

FALLO

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

1)ESTIMAR el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de la entidad mercantil **LA COCINA SL.** frente al auto nº 617/17, de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Séptima, con sede en ELCHE, en fecha **21 de junio de 2017** , en el curso del procedimiento abreviado 148/2014.

2) DEJAR sin efecto el referido auto, con objeto de que se repongan las actuaciones al momento anterior al mismo, continuando las actuaciones hasta sentencia.

3)DECLARAR de oficio **las costas** del recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina