

Roj: **STS 7833/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7833**Id Cendoj: **28079120012012100905**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/10/2012**Nº de Recurso: **2322/2011**Nº de Resolución: **810/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil doce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Pikertrap Overseas, S.A.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección IV, por delitos de apropiación indebida y societario, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Morales Hernández-Sanjuan; siendo parte recurrida **Carlos Jesús**, representado por la Procuradora Sra. Lozano Montalvo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Valencia, incoó Procedimiento Abreviado nº 91/09, seguido por delitos de apropiación indebida y societario, contra **Carlos Jesús**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección IV, que con fecha 11 de Octubre de 2011 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El día 17 de Abril de 1990 se constituyó, en la Notaría 3ª de Circuito de Panamá, la sociedad Pikertrap Overseas S.A., figurando como primeros directores de la misma dos súbditos panameños, los constituyentes de la sociedad y Teodora, que además ostentaba el cargo de secretaria de la misma.- La sociedad, en acuerdo de 25 de Abril de 1990, decidió conceder poderes generales a Carlos Jesús, Dimas y María del Pilar, los dos últimos eran cuñados, para que de forma individual actuasen en representación de la sociedad.- El mismo día 25 de Abril, Geronimo, uno de los panameños que constituyeron la sociedad, otorgó, ocho días después de la constitución de la sociedad, en nombre de la misma y en la misma Notaría panameña del Sr. Ansorena Guardia, que coincide en apellido con uno de los constituyentes, ante la que se había constituido la sociedad, poderes generales al acusado Carlos Jesús, ya circunstanciado y sin antecedentes penales que, en representación de la sociedad panameña citada, utilizando los dichos poderes otorgados compró el día 28 de Junio de 1990, mediante escritura otorgada ante el Notario de Marbella Sr. Sánchez-Ferrero Orus, a la sociedad "Finca Maalouf SA" una finca rústica sita en la partida Los Barronales del Oeste del termino municipal de Marbella por importe de 150 millones de pesetas.- Teodora, siquiera que ahora con su apellido de casada Teodora y nacionalidad británica, revocó, ante el notario de Estepona Sr. García Urbano el día 1 de Octubre de 1998 y en una notaría panameña el día 14 de enero de 2000 tras haberlo acordado en junta la sociedad el día 9 de Febrero de 1998, los poderes conferidos al acusado, sin que este tuviese conocimiento de tal revocación hasta que el día 15 de Diciembre de 1998 se notificó por diligencia de constancia el Notario de Puzol Sr. Ruiz Martínez, pues el acuse de recibo de la carta notificándosele se devolvió caducada y sin cumplimentar.- En el mismo acto la citada señora revocó los poderes que tenía, idénticos a los del acusado, Dimas, frente al que se siguió también la causa habiéndose sobreesido por su fallecimiento, habiéndose remitido por el Sr. Notario una carta con acuse de recibo al domicilio de Puchades para notificar la revocación de los poderes, que le fue devuelta el día 23 de Octubre de 1998, con la indicación de un número de DNI, NUM000 y dos firmas estampadas a bolígrafo.- Dimas, en



base poder general dicho, otorgó, el día 29 de Enero de 2001 ante el Notario de Manilva Sr. Guerrero Arias, ante el que aseveró la vigencia de los poderes que le tenía concedidos Pikertrap Overseas S.A., poderes por vía de subapoderamiento o sustitución de facultades, para lo que se encontraba facultado en base a la generalidad de sus poderes que no consta conociese que, al igual que al acusado, le habían sido revocados ni que el acusado conociese esta revocación, a favor del acusado Carlos Jesús con amplias facultades, subapoderamiento que revocó ante el Notario de Catarroja Sr. García Cubells el día 31 de Enero de 2003, habiéndole sido notificada esta revocación al acusado el día 11 de Febrero de 2003 personalmente por el citado Notario.- El día antes de esta notificación de la revocación, 10 de Febrero de 2.003, ante el Notario de Valencia Sr. García de la Cuadra, el acusado, en nombre de Pikertrap Overseas S.A y utilizando los poderes otorgados por Dimas , vendió el 75% de la finca de los DIRECCION000 , a la sociedad Anada Terrenos S.L., representada por Feliciano , frente al que igualmente se siguió la causa y se encuentra hoy sobreseída por el proceso de degeneración neurovegetativo que padece, por importe de 540.910 Euros.- El día 31 de Enero de 2002, el acusado Carlos Jesús había adquirido el 96% de la sociedad Anada Terrenos S.L., y el día 10 de Febrero, día de la compraventa que nos ocupa, adquirió el resto, por lo que en ese momento el acusado era titular de todas las participaciones de la dicha sociedad.- El 20 de Junio de 2003, ante otro Notario valenciano, Sr. Moratal Margarit, Anada Terrenos S.L., representada por Feliciano , vendió el 75% de la finca de los DIRECCION000 , a la sociedad Monteros Paradise S.A. por importe de 2.952.471,96 Euros.- Con anterioridad a la escritura de venta de Anada Terrenos SL a Monteros Paradise el acusado, como apoderado de Pikertrap Overseas S.A. había vendido el día 7 de Diciembre de 2002 en documento privado la misma parte de la citada finca a las sociedades San Pedro 2002 Promotora de Edificios y Dianium SL, representadas por dos personas de las que componían la sociedad Monteros Paradise, finalmente compradora, entregando uno de los compradores dos cheques a nombre de Pikertrap Overseas S.A. por importe de 180.000 Euros y 72.000 Euros, con vencimientos el 19 de Diciembre de 2002 y 13 de Marzo de 2003 respectivamente, que fueron cobrados por el acusado en una cuenta de la que era titular, reteniendo el dinero.- El acusado remitió el día 20 de Agosto de 2003 vía notarial a Teodora carta e la que le notificaba que había vendido, en su condición de apoderado de Pikertrap Overseas S.A. el 75% de la finca a Anada Terrenos S.L., indicando que la cantidad de 540.010 Euros estaba a disposición de la sociedad siquiera que exigía una liquidación dada su condición real de condueño de la finca y socio de la mercantil". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Carlos Jesús del delito de apropiación indebida de que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas del juicio". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Pikertrap Overseas S.A.**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 852 LECriminal , 5.4 LOPJ y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 C.E .

SEGUNDO: Por Quebrantamiento de Forma, al amparo de lo preceptuado en el apartado 3º del art. 851 LECriminal .

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el apartado 2º del art. 849 LECriminal .

CUARTO: PRIMER SUBMOTIVO: Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO SUBMOTIVO: Por Infracción de Ley, art. 453.3 LOPJ .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 18 de Octubre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 11 de Octubre de 2011 de la Sección IV de la Audiencia Provincial de Valencia , absolvió a Carlos Jesús del delito de apropiación indebida de que venía siendo acusado.

Los hechos , en lo que aquí interesa, se refieren, en síntesis, a que la Sociedad Pikertrap Overseas S.A. por acuerdo de 25 de Abril de 1990 concedió poderes generales a Carlos Jesús (el absuelto, recurrido), a Dimas y a María del Pilar , para que de forma individual actuaran en representación de la sociedad.



El mismo día 25 de Abril de 1990 otro de los constituyentes de la sociedad concedió poderes generales al mismo Carlos Jesús . Este utilizando tales poderes compró el 28 de Junio de 1990 una finca rústica en la partida " DIRECCION000 " .

El día 1 de Octubre de 1998 Teodora revocó los poderes de Carlos Jesús sin que conste que éste tuviera conocimiento de tal revocación y asimismo revocó los poderes de Dimas , sin que conste que tuviese conocimiento de dicha revocación. En todo caso el insinuado Dimas falleció posteriormente.

Antes de su fallecimiento, Dimas otorgó poderes a Carlos Jesús y éste, vigente tal poder, vendió el 10 de Febrero de 2010 en nombre de Pikertrap Overseas S.A. el 75% de la DIRECCION000 " a la sociedad Anada Terrenos S.L. por un importe de 540.910 euros.

Esta sociedad, al tiempo de la compra indicada pertenecía en su totalidad a Carlos Jesús y luego vendió un 75% a otra sociedad.

Con fecha 20 de Agosto de 2003, vía notarial, el absuelto notificó al apoderado de Pikertrap Overseas S.A. la venta del 75% de " DIRECCION000 " a Anada Terrenos S.L. y le comunicaba que tenía el precio de la venta, los 510.910 euros a disposición de la sociedad solicitando una liquidación.

Ha formalizado recurso de casación la sociedad Pikertrap Overseas S.A. en el ejercicio de la *Acusación Particular* el que lo desarrolla a lo largo de **cuatro motivos** .

Segundo.- El presente recurso plantea *tres cuestiones* distintas, dos de tipo procesal y una de derecho sustantivo.

La *primera cuestión* se refiere a la decisión adoptada por el Tribunal sentenciador que en la propia sentencia declaró la *inadmisibilidad del ejercicio de la acción penal* por parte de la representación de la entidad que hasta entonces había actuado como Acusación Particular, la mercantil Pikertrap Overseas S.A., con la consecuencia de estimar como única acusación admisible la ejercida por el Ministerio Fiscal.

La *segunda cuestión* se refiere a la posibilidad de que la hasta entonces Acusación Particular, *pueda estar legitimada para formalizar recurso de casación* , lo que, de forma incoherente, le fue permitido por el Tribunal a quo, y en esta situación, formalizó el recurso que lo desarrolla a través de **cuatro motivos** .

La *tercera cuestión* se refiere a la existencia del delito de administración desleal del art. 295 del Cpenal , delito del que acusó la sociedad, cuestión que queda *subordinada* a la decisión que se de a las dos cuestiones precedentes.

Tercero.- La sentencia de instancia aborda la *falta de legitimidad* de la ahora recurrente para interponer la querrela que motivó los presentes autos en los *f.jdcos. cuarto a sexto de la sentencia* .

Los fundamentos primero, segundo y tercero abordan cuestiones alegadas por la defensa relativas al Juez predeterminado por la Ley y al principio *non bis in idem* --toda vez que con anterioridad a la querrela que ha dado lugar a esta causa, se interpuso otra que fue sustanciada en otro Juzgado de Instrucción de Valencia y sobreseída-- llegando a la conclusión de no existir las vulneraciones que alegaba la defensa, cuestiones todas que ya han quedado firmes y a las que no se refiere el recurrente.

El **motivo primero** del recurso por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del *derecho a la tutela judicial efectiva* en el aspecto concreto a la decisión que el Tribunal de instancia efectuó en el acto de la vista de apartar del proceso a la entidad recurrente por estimar que *el poder presentado con la querrela inicial no era especial para querellarse* , y que tal defecto, subsanable, no lo fue en el nuevo plazo que se dio en la instrucción, situación que fue alegada en el *Plenario* por la defensa y admitida por el Tribunal con la conclusión de *apartar* del proceso a la mercantil, y estimar como *única acusación la del Ministerio Fiscal* que solo acusaba por el delito de apropiación indebida, sin entrar, en consecuencia en la calificación sostenida por la hasta en ese momento Acusación Particular que acusaba del delito societario del art. 295 Cpenal , administración desleal.

La sentencia en el f.jdco. sexto, analiza la querrela instada el día 21 de Mayo de 2004 por delito societario contra Carlos Jesús y observa que se trata de un poder general no especial para querellarse, dicho poder lo había conferido Teodora .

Seguidamente y al tratarse de defecto subsanable se le requirió por proveído de 25 de Mayo para que subsanase el error. El 1 de Junio se presentó su hermano Rosendo , quien exhibió poderes que le fueron otorgados por la entidad Pikertrap Overseas S.A., y en esa comparecencia, haciendo uso de tales poderes --se dice por la recurrente-- confirió poder *especial para interponer querrela* contra Carlos Jesús .



Los documentos citados se encuentran a los folios 97 y siguientes del Tomo I de la instrucción (poder acompañado con la querella), y al folio 106 de la instrucción (poder exhibido por Rosendo). A ellos se refiere tanto la sentencia sometida al presente control casacional como el propio recurrente, si bien extrayendo conclusiones opuestas.

El examen directo de los autos acredita que al folio 97 y siguientes del Tomo I de la instrucción, se encuentra el poder notarial de Pikertrap Overseas S.A. a favor de Teodora --es decir Teodora -- en favor de procuradores. Se trata de un *poder general* y que especialmente le faculta para interponer querella criminal contra otras personas D. Dimas y contra la mercantil Puylar S.A. por los delitos de apropiación indebida y estafa --véase folio 102--.

Al tratarse de la querella formalizada contra otra persona --el absuelto Carlos Jesús --, y por otro delito --administración desleal--, por proveído de 25 de Mayo de 2004 se requirió a la procuradora a que presentara poder especial para querellarse contra el indicado Carlos Jesús y por delito societario --folio 104--.

Notificado el proveído, con fecha 1 de Junio de 2004 se presentó testimonio del poder de la Notaría Tercera del circuito de la ciudad de Panamá, en el que se dice que en la Junta de Accionistas celebrada el día 5 de Enero de 2000, entre otros acuerdos, se resuelve:

"...Otorgar un poder general a favor de los señores María del Pilar Rosendo y Teodora para que actúen en nombre de la sociedad de forma individual e indistintamente con amplias facultades de gestión y disposición en cualquier parte del mundo facultándolos de modo expreso para..." y a lo largo de quince apartados van consignándose los actos jurídicos para los que se concede el poder y *en ninguno de ellos se hace constar que a los apoderados se les faculte para presentar querella contra Carlos Jesús por el delito de administración desleal --folios 111 y siguientes --.*

Retenemos el comentario de la sentencia en relación a este poder:

"...Merece especial detenimiento el poder que utiliza Rosendo , obra en dicho folio, y después de leído y releído no consta que entre las facultades que le confiere Pikertrap Overseas S.A. esté la que él confiere a la Procuradora Sra. Pérez Orero en relación a la posibilidad de interponer querella...".

Y concluye la sentencia:

"...Es claro que es un poder generalísimo y que lo es para asuntos distintos a los criminales, como se extrae sin forzamiento alguno de la terminología empleada...".

Más aún , el propio Carlos Jesús es un simple apoderado no socio de Pikertrap Overseas S.A., lo que ni acreditó ni sostuvo, ya que solo su hermana Teodora es socia.

La entidad recurrente, en la argumentación de su tesis de que sí estaba legitimado para la interposición de la querella, y que en consecuencia no debió ser apartado del ejercicio de la Acusación Particular, se refiere a la comparecencia judicial y apoderamiento apud acta efectuado ante el Secretario Judicial el día 1 de Junio -- folios 115 y 116 del Tomo I de la Instrucción--.

La comparecencia lo fue de Rosendo y en ella citando y refiriéndose *como fuente del poder que otorga* en favor de la procuradora para actuar como Acusación Particular en la querella contra Carlos Jesús --el concedido por la Sociedad ante el Notario Tercero del circuito de Panamá, *hace consignar* que dicho poder es especial para interponer querella contra el insinuado Carlos Jesús por delito societario sin perjuicio de que puede ampliarse a otras personas.

Esta estrategia es inadmisibile.

En el apoderamiento apud acta efectuado en favor de la procuradora concernida, *solo puede apoderarle con la misma amplitud y facultades que la Sociedad le apoderó, y en la medida que en dicho poder notarial otorgado en Panamá no se le autoriza para el ejercicio de acciones penales contra nadie, es claro que no puede transferirle en la comparecencia apud acta unos poderes para querellarse contra el absuelto que previamente no había recibido .*

Con lo dicho basta y sobra para rechazar el motivo .

No existió quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva. La sociedad recurrente recibió una respuesta fundada, solo que desestimatoria para su pretendida legitimidad de accionar en vía penal contra Carlos Jesús , hay que recordar que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el aspecto a la obtención de una resolución, se satisface con que dicha resolución sea fundada y de respuesta a las cuestiones planteadas, no exigiéndose que sea una respuesta en el sentido solicitado por el solicitante.

La argumentación es correcta y no cabe oponerle objeción alguna.



La exigencia de poder especial para querellarse que exige el art. 277 LECriminal no es un capricho, el ejercicio de acciones penales supone un aliud más grave y cualitativamente distinto de los poderes de naturaleza civil, la exigencia del poder especial y de la concreción de la persona y delitos posibles persigue la verificación de una concreta voluntad por parte del poderdante de querer ejercer las acciones penales, constituyéndose en parte desde el inicio de la causa penal.

Ciertamente, tal requisito es subsanable, como se ha dicho, según reiteradísima jurisprudencia que por conocida exime de su cita. En el presente caso se le requirió para la subsanación, lo que ocurrió es que no se cumplió con lo exigido, con independencia que haya sido en el Plenario cuando, a instancias de la defensa, el Tribunal a quo lo ha advertido y declarado, apartando del proceso a la entidad.

La confirmación de la decisión del Tribunal de instancia, viene a dar respuesta a la segunda cuestión relativa a la legitimidad del recurrente para sostener el recurso de casación, cuestión a la que se refiere el Ministerio Fiscal.

Resulta claro que si la entidad *Pikertrap Overseas S.A.* no estaba legitimada para personarse como parte e iniciar una querrela contra el absuelto, es igualmente evidente que no está legitimado para recurrir en casación contra dicha resolución.

Ciertamente el art. 854 LECriminal permite la interposición del recurso de casación al Ministerio Fiscal y a los que hayan sido parte en los juicios criminales, o sean condenados y a los herederos de unos y otros.

En el presente caso, declarado que la entidad *Pikertrap Overseas S.A.* debe ser apartada del proceso por las razones expuestas –con independencia que se siga la causa por acusar el Ministerio Fiscal– es evidente que carece de legitimidad para formalizar recurso de casación, lo que no debió serle permitido.

Por ello, técnicamente más que rechazar los motivos del recurso, lo que procedería sería declarar *mal admitido* el recurso, lo que en este momento procesal opera como causa de desestimación.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- El **motivo segundo**, por la vía del Quebrantamiento de Forma y con apoyo en el art. 851-3º LECriminal se denuncia fallo corto o *incongruencia omisiva*, porque el Tribunal no ha dado respuesta a la existencia del delito de administración desleal del art. 290 del Cpenal.

No existe tal vicio, la falta de respuesta fue debida a la declaración de que la entidad querellante y ahora recurrente no cumplió con el requisito de presentar poder especial para querellarse, por lo que el Tribunal de instancia no debía estudiar unas tesis acusatorias que carecían de la necesaria legitimidad procesal.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- El **motivo tercero**, va encauzado por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denunciándose error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal sentenciador. *Tiene dos apartados.*

En el primero se vuelve por el recurrente a sostener que los poderes eran especiales para querellarse. Nos remitimos a lo dicho con anterioridad. En ningún apartado del poder presentado inicialmente con la querrela estaba prevista la posibilidad de querellarse contra el absuelto, Carlos Jesús, y cuando se le requirió para la subsanación, tampoco apareció tal poder especial en el exhibido por Rosendo.

En lo referente a la segunda cuestión sobre la existencia de documentos que acrediten el delito societario, en la medida que la única acusación de la que se tuvo que defender Carlos Jesús del de apropiación indebida que le acusaba el Ministerio Fiscal del que ha sido absuelto, habiéndose presentado el Ministerio Fiscal única acusación con el fallo absolutorio, procede la desestimación del motivo careciendo de legitimidad la entidad recurrente para cuestionar tal absolución.

Sexto.- El **motivo cuarto**, por el cauce del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal propugna la existencia del delito de administración desleal del art. 295 Cpenal.

El motivo incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación, ya que en el *factum* no se describen los elementos fácticos del delito que se pide a lo que también puede añadir la falta de legitimidad del recurrente para recurrir.

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a la recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal.

III. FALLO



El recurso debió haber sido inadmitido. En todo caso se rechaza en su integridad el recurso formalizado por la representación de la entidad **Pikertrap Overseas S.A.** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección IV, de fecha 11 de Octubre de 2011 , con imposición a la entidad recurrente de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal .

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección IV, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta **Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Gimenez Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO