

Roj: **STS 1930/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1930**Id Cendoj: **28079120012013100322**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/03/2013**Nº de Recurso: **739/2012**Nº de Resolución: **330/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil trece.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de **Bahía de San Antonio S.A.** (en concepto de Acusación Particular) y **Prudencio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, por delito de apropiación indebida, administración desleal, imposición de acuerdos abusivos y denegación del derecho a la información, 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. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Orquin Cedenilla y Sr. González Sánchez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Ibiza, incoó Procedimiento Abreviado nº 159/2005, seguido por delito de apropiación indebida, administración desleal, imposición de acuerdos abusivos y denegación del derecho a la información, contra **Prudencio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, que con fecha 21 de Noviembre de 2011 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Son hechos probados y así expresamente se declaran los siguientes: I.- En fecha 6 de noviembre de 1992 la entidad Baltanxa S.A. adquirió la propiedad de la discoteca denominada Privilege. Baltanxa S.A., en la fecha indicada, estaba integrada por la entidad mercantil Bahía de San Antonio S.A., que poseía el 45% del capital social, Prudencio, también con un 45% del referido capital, y Luis Alberto, quien poseía el 10% de las acciones, la titularidad de las cuales transmitió en fecha 2 de junio de 1993 a Prudencio, quien, en virtud de dicha adquisición, se convirtió en accionista mayoritario de la sociedad Baltanxa.- II.- Baltanxa S.A., con el conocimiento, autorización y voluntad de sus dos accionistas, arrendó, en fecha 15 de junio de 1993, la explotación de la mencionada discoteca Privilege, por un periodo de cinco años y una renta anual de diez millones de pesetas y el 10% de los beneficios que de la explotación se obtuvieran, a Trix S.L., sociedad cuyo capital social en un 95% pertenecía, directa o indirectamente, a Prudencio. En 1995, de igual forma y con el conocimiento, autorización y voluntad de los dos accionistas de Baltanxa Trix S.A. fue sustituida por la entidad Cafecer S.L., - dicha sustitución lo era en idénticos términos que la explotación concedida a Trix S.L., con la única salvedad de no recogerse la estipulación de entrega a la propiedad del 10% de los beneficios-. Cafecer S.L., sociedad en la que el 55% del capital social estaba en manos del Sr. Prudencio y el resto, 45% pertenecía a Lorena. Cafecer S.L., ante los propios accionistas de Baltanxa S.A. y ante terceros aparecía siempre como explotadora de la discoteca Privilege, asumiendo gastos, compras y obligaciones en general, y haciendo suyos los beneficios o pérdidas de la explotación.- III.- Tanto en Trix S.L. como en Cafecer S.L., Bahía de San Antonio S.A. intervino de forma activa, controladora y ejecutiva. Así, en la primera, porque Prudencio, en calidad de administrador de la misma, confirió poder general D. Celso -empleado de Suministros Ibiza S.A., y sociedad que a su vez era accionista mayoritaria, con un 99% de su capital social, de Bahía de San Antonio S.A.; en la segunda, a través de otro apoderamiento a*



favor de D. Eulogio -empleado, también, de Suministros Ibiza S.A.- y de D<sup>a</sup> Socorro .- IV.- En el año 1998, las relaciones entre los dos socios de Baltanxa S.A. se deterioraron, hasta el punto de que Bahía de San Antonio S.A. interpuso demanda de juicio de menor cuantía -autos 151/98 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 1 de Ibiza-, en ella, la demandante venía a indicar que la forma de explotación de los bienes de la entidad Baltanxa era ficticia, y que en realidad, tanto Trix S.L., como Cafecer S.L., eran sociedades pantalla; por lo que instaba a declarar que entre Bahía de San Antonio S.A y Prudencio existía una sociedad mercantil irregular constituida en iguales porcentajes de participación que los existentes en Baltanxa. Dicha demanda resultó desestimada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.- V.- Desde que se iniciaron las acciones judiciales, por parte de Bahía de San Antonio S.A., el Sr. Prudencio ha hecho valer en Baltanxa S.A. su posición mayoritaria en la misma, fundamentalmente en cuanto al mantenimiento de arrendamiento verbal de la discoteca Privilege a la entidad Cafecer S.L.- Bahía de San Antonio reconocía la existencia de dicho contrato verbal en tanto solicitó su resolución en la Junta Universal de la sociedad Baltanxa S.A., en el año 2001; y no ha impugnado dicho contrato verbal a través de la vía civil.- VI.- En las juntas universales de la sociedad Baltanxa S.A., celebradas el 25/04/01, 30/01/02 y 27/02/02, el Sr. Prudencio , en su condición de administrador único, no facilitó la información que, previamente a la celebración de dichas juntas, le había sido reiteradamente solicitada por la entidad accionista Bahía de San Antonio S.A.". (sic)

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

"FALLO: Que debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables al acusado Prudencio de la acusación del delito de apropiación indebida, administración desleal e imposición de acuerdos abusivos; con declaración de oficio de las tres cuartas partes de las costas causadas en esta instancia.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Prudencio como autor penalmente responsable de un delito societario de obstrucción al ejercicio del derecho de información de los socios, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve (9) meses de multa a razón de quince (15) euros diarios, así como una cuarta parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.- Notifíquese la presente resolución a las partes". (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de **Bahía de San Antonio S.A. y Prudencio** , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de **Bahía de San Antonio S.A.** formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Fundado en el art. 852 LECriminal .

SEGUNDO y TERCERO: Por Infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECriminal .

CUARTO: Fundado en el art. 849.1 LECriminal .

QUINTO: Fundado en el art. 849.1 LECriminal .

La representación de Prudencio formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO a QUINTO: Por error en la apreciación de la prueba y fundado en el art. 849.2 LECriminal .

SEXTO: Fundado en el art. 849.1 LECriminal .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, los impugnó; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 19 de Marzo de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 21 de Noviembre de 2011 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó a Prudencio como autor de un *delito societario de obstrucción al ejercicio del derecho de información de los socios* a la pena de 9 meses de multa a razón de 15 euros diarios, con los demás pronunciamientos del fallo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que con fecha 6 de Noviembre de 1992, la entidad Baltanxa S.A. que estaba constituida por tres socios:



a) La mercantil Bahía de San Antonio, S.A. con un 45% del capital, b) Prudencio con otro 45%, y c) Luis Alberto con el 10% restante. Baltanxa S.A. adquirió la propiedad de la discoteca Privilege. Poco después, Luis Alberto vendió su 10% a Prudencio, convirtiéndose en socio mayoritario.

Posteriormente el 15 de Junio de 1995, Baltanxa de acuerdo con dos de los socios, arrienda la discoteca Privilege a Trix S.L., sociedad que pertenecía a Prudencio. El arriendo fue por cinco años y una renta anual de 10.000.000 de ptas. más un 10% de los beneficios de la explotación.

Más adelante, Trix S.L. fue sustituida en la explotación de Privilege por Cafecer S.L., cuyo capital en un 55% pertenecía a Prudencio. Las condiciones económicas eran las mismas pero se eliminó la estipulación de que se pagaría el 10% de los beneficios.

En 1998 se deterioran las relaciones entre los dos socios de Baltanxa S.A., hasta el punto de que Bahía de San Antonio interpuso demanda civil en la que se instaba a declarar que Baltanxa S.A. era una sociedad irregular participada por Bahía de San Antonio y Prudencio a partes iguales, demanda que resultó desestimada.

En esta situación Prudencio hizo valer su mayoría en Baltanxa S.A. al poseer el 55% de las acciones, y en las Juntas Universales de Baltanxa de 25 de Abril de 2001, 30 de Enero de 2002 y 27 de Septiembre de 2002, no facilitó la información que le fue solicitada por el otro socio Bahía de San Antonio.

Contra la indicada sentencia ha formalizado recurso tanto el condenado Prudencio como Bahía de San Antonio como acusador particular.

Pasamos al estudio de ambos recursos.

RECURSO DE Prudencio

**Segundo.-** Su recurso está desarrollado a través de **siete motivos**, si bien se renunció al primero por lo que comenzamos por el **motivo segundo** que por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal se alega indebida aplicación del art. 293 del Cpenal que tipifica como delito impedir el ejercicio del derecho de información al socio, delito por el que ha sido condenado.

En su argumentación se dice que al tratarse de tres Juntas Universales --las de los días 25 de Abril de 2001, 30 de Enero de 2002 y 27 de Septiembre de 2002-- y tratarse de sólo dos socios, no era necesaria ni la publicación de tal convocatoria ni orden del día por lo que no habría derecho a pedir antes de la Junta información alguna, se añade que el derecho del socio a obtener información no es ilimitado y que por otra parte era patente el interés de obstruir del socio minoritario --Bahía de San Antonio S.A.--, a lo que se añade que en relación a la primera de las Juntas Universales, ambos socios eran administradores mancomunados, pero al respecto hay que consignar que en la segunda Junta Universal, haciendo valer su mayoría del 55% de Baltanxa S.A., Prudencio se nombró administrador *único* reiterando que tampoco en dicha Junta tenía obligación de proporcionar informes previos, lo que igualmente reitera en relación a la tercera Junta, concluyendo que en definitiva la técnica del minoritario era claramente obstruccionista, lo que se acreditaría con la inútil petición de que no estaba el libro de socios cuando al ser sólo dos, el recurrente y Bahía de San Antonio S.A., queda patente --en su tesis-- la inexistencia de tal delito por el que ha sido condenado.

Se concluye el motivo con la referencia a que no toda infracción del deber de información a los socios debe quedar alojado en la órbita penal, antes bien, tal respuesta solo debe quedar reservada para las más graves infracciones y en el presente caso se niega tal negativa y prueba de ello es que la segunda Junta Universal sí se entregó la información solicitada.

El derecho de información a los socios que con carácter general se regula en los arts. 48-2º y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas conceden expresamente al socio el derecho de solicitar información relativa a los puntos contenidos en el Orden del día, bien con anterioridad a la Junta, bien en el momento de su celebración, con la única excepción de que la publicidad de tales datos solicitados perjudique los intereses sociales.

En el art. 293 del Cpenal no se precisa cuales sean los concretos actos de denegación de información que puedan resultar típicos penalmente, el artículo referido cita simplemente "*...el ejercicio de los derechos de información...*", ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de "*última ratio*" que tiene la sanción penal y unido a ello, el principio de mínima intervención que tiende a reservar al sistema de justicia penal la *retaguardia* en la defensa de los bienes jurídicos atacados por el infractor, ha de concluirse que *no toda* negativa de información puede constituir *sic et simpliciter* la acción típica del delito del art. 293 Cpenal, por ello *solo cuando la negativa de la información solicitada supusiera una efectiva limitación de la condición de socio se estaría dentro del ámbito penal.*

Es pacífico en la doctrina científica y en la Jurisprudencia de la Sala estimar que los derechos mínimos de información del socio tienen una doble naturaleza: a) económico patrimonial y b) político-personal. Pertenecen



al primer grupo el derecho a participar en los beneficios, en la cuota de liquidación y en el derecho de suscripción preferente, son derechos del segundo grupo los de información y asistencia y voto en las Juntas Generales.

En relación al derecho de información es evidente su naturaleza de derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Ello supone que los accionistas pueden solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que, correlativamente los administradores están obligados a proporcionárselos. En definitiva, como actos típicos que integran el delito del art. 293 Cpenal son los indicados en los arts. 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, derecho de los socios a los *informes* o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día o a la de *obtener cualquier* documento que habría de ser sometido a la aprobación de la Junta – STS 9 de Mayo de 2003 –. Igualmente tiene declarado esta Sala que *debe tratarse de una negativa clara y rotunda* por lo que quedan extramuros del tipo las meras dificultades, demoras u omisiones que impiden a la postre la información solicitada. Por ello tampoco se exige que la negativa sea reiterada, el tipo no lo exige pero qué duda cabe que la *reiteración en la negativa* facilita la acreditación de la *conculcación* del derecho – SSTS de 26 de Noviembre 2002 ó, más recientemente, 532/2012 de 26 de Junio–. Por otra parte el tipo penal que se comenta no exige perjuicio patrimonial alguno pues el legislador no lo exige pero *sí* se exige una *idoneidad lesiva para el patrimonio del socio concernido*.

Pues bien, desde esta doctrina, y desde el respeto a los hechos probados que actúan como presupuesto para la admisión del cauce casacional, verificamos en este control casacional que el *Tribunal sentenciador aplicó correctamente el tipo penal cuestionado* a la conducta obstruccionista del recurrente en relación a concretas informaciones solicitadas en dos de las Juntas por vía notarial.

Así, en el f.jdco. primero se concretan las solicitudes de información efectuadas por el socio minoritario.

En la Junta de *25 de Abril de 2001* celebrada por Baltanxa Junta General Universal, el acusado negó información a Bahía de San Antonio acerca de: Relación de pagos con indicación de fechas e importes que Baltanxa hubiera percibido de Cafecer por el contrato de arrendamiento de la discoteca; información sobre los términos exactos del acuerdo de explotación discutido, plazo de vigencia y cláusulas relativas a los pagos de Baltanxa a terceros; información sobre el estado de vigencia de las licencias de apertura y aforo de la discoteca.

En la Junta Universal de Accionista de Baltanxa, *celebrada el 30 de Enero de 2002*, el acusado, en su condición de administrador, negó a la accionista Bahía de San Antonio la información y documentación acreditativa sobre los contratos que, de cualquier clase, se hubieran celebrado para la explotación del activo social, con todos los pormenores de contenido, personas intervinientes y calidad en la que lo hacían, rentas obtenidas desde el año 1997 en todo su detalle y la relación del acusado con la entidad explotadora Cafecer.

Y, finalmente, en la Junta General extraordinaria de accionistas de Baltanxa, *celebrada el 27 de Septiembre de 2002*, el acusado, en su condición de administrador, negó información y aclaraciones sobre la partida "*deudores*", del activo circulante correspondiente al ejercicio 2001 en su relación el del año 2000; de manera expresa, el acusado negó información sobre la deuda que, contablemente, figuraba contraída por Cafecer frente a Baltanxa y la existencia o no de su reclamación; igualmente, negó información sobre gastos de explotación en inmuebles, y otras partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias; y, en otro orden de cosas, negó información sobre la relación entre Baltanxa y Cafecer y quién era esta última y, no ofreció información explicativa alguna sobre las previsiones de gestión en el futuro, denegando –finalmente– la formulación de nuevas preguntas por Bahía San Antonio.

Más aún, en relación a la última Junta celebrada el 27 de Septiembre de 2002 se completa en otro párrafo del f.jdco. cuarto que:

*"...Ya al inicio se desprende la ausencia de los libros sociales en poder del administrador -no disponibles en junta y, al parecer, tampoco en el domicilio social de la entidad.- Así, solicitado el libro de socios por la entidad Bahía de San Antonio S.A., el administrador afirma que dicho libro está en el despacho del economista. Al procederse a examinar el punto primero del orden del día (aprobación de cuentas), éstas solo se encuentran firmadas por el administrador en su primera página, siendo que la socia minoritaria, Bahía de San Antonio, manifiesta haber recibido, junto con la convocatoria de junta, tan solo esa primera hoja y no las nueve restantes, las cuales son firmadas por el administrador en dicho acto. Seguidamente, la socia minoritaria pregunta acerca de la partida "deudores" y su incremento desde el ejercicio anterior al presente, a lo que el administrador manifiesta no acordarse, pero creer que responde al arreglo de apartamentos y, con relación al porqué figura tal gasto en dicha partida, responde el administrador, que eso debe preguntarse al asesor fiscal. Seguidamente, y ante la petición de Bahía de San Antonio de los libros contables del año 2000, el secretario de la Junta, Sr. Desiderio -y abogado de la sociedad Baltanxa S.A.- se niega, y el Sr. Prudencio puntualiza que el asesor fiscal y contable se halla enfermo,*





*si bien no responde a las preguntas acerca del lugar en el que se hayan depositados los libros contables y el porqué de su falta de presencia y disposición a favor de los socios en la junta que se celebra. En definitiva, la junta transcurre, como en anteriores ocasiones; el administrador único Sr. Prudencio , es preguntado por Bahía de San Antonio sobre la cuenta de ganancias y pérdidas, gastos de explotación y en inmuebles, así como la relación entre Baltanxa y Cafecer, manifestando el administrador único, que no iba a contestar a ninguna pregunta más y que el contable no estaba en la junta, siendo éste quién debía satisfacer las preguntas que formulaba la socia minoritaria....".*

En este estado de cosas , esta Sala solo puede expresar su coincidencia con la conclusión alcanzada en la instancia de que los derechos *mínimos* del accionista Bahía de San Antonio se vieron impedidos y ello afectó al núcleo de los derechos del socio para participar en la gestión de la sociedad con plena efectividad, siendo el comportamiento *reiterado* lo que conforma la decisión de negar la información con independencia de que en relación a la primera Junta del 25 de Abril de 2001, en última instancia se facilita alguna información *parcial* de lo solicitado como se reconoce en la sentencia, f.jdco. cuarto, quinto párrafo.

No se oculta a la Sala que el tipo amplio del delito que se comenta, unido a la conflictividad que puede darse en el ámbito societario puede abonar una utilización frecuente de acciones penales.

Dos son los criterios que permiten *delimitar* el ámbito de la respuesta penal:

- a) Que no exista causa legal que impida legítimamente al administrador a facilitar la información que se le solicita.
- b) Que la información solicitada sea el presupuesto necesario para la efectividad del ejercicio de los derechos del socio.

Por lo que se refiere al presente caso, verificamos en este control casacional que ambos elementos se han cumplido, por lo que *no* puede cuestionarse la legitimidad de la respuesta penal.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Tercero.-** Pasamos al estudio de los **motivos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto** , todos ellos encauzados por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal , en ellos se alegan *diversos errores* en la valoración de las pruebas, errores que acreditarían en la tesis del recurrente que no privó a Bahía de San Antonio del derecho de información que como socio le correspondía.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos –entre las últimas STS 762/2004 de 14 de Junio , 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre , 192/2006 de 1 de Febrero , 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo , 835/2006 de 17 de Julio , 530/2008 de 15 de Julio , 342/2009 de 2 de Abril y 914/2010 de 26 de Octubre , entre otras–.

- 1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.
- 2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...*" , quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de Febrero , 1553/2000 de 10 de Octubre , y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala –SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre , nº 372/99 de 23 de Febrero , sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre –. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental –y sólo esa– estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.
- 3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.
- 4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y



de la valoración –razonada– en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. – SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre –.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de Junio .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de *citar expresamente el documento* de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo – art. 855 LECriminal – esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso ( STS 3-4-02 ), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, *precisar los concretos extremos* del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí – SSTS 465/2004 de 6 de Abril , 1345/2005 de 14 de Octubre , 733/2006 de 30 de Junio , 685/2009 de 3 de Junio , 1121/2009 , 1236/2009 de 2 de Diciembre , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo ó 691/2012 de 25 de Septiembre –.

Desde la doctrina expuesta , pasamos a dar respuesta a las cuestiones que suscitan los motivos indicados.

El primero de los motivos dedicado al error de hecho versa sobre el apartado 6º de los hechos probados, cuya supresión se interesa y su sustitución por la siguiente redacción del mismo:

*"Que por escritura de acuerdos sociales de 16 de noviembre de 1992 fueron nombrados el Sr. Prudencio y el Sr. Marcelino administradores mancomunados de Baltanxa S.A. manteniéndose en su cargo hasta la Junta de 25 de abril de 2001, en que fueron cesados modificándose los estatutos y nombrándose desde esa junta como administrador único al Sr. Prudencio . En todo ese lapso de tiempo (16 de noviembre de 1992 a 25 de abril de 2001) Don. Marcelino ostentó tanto la administración mancomunada de Baltanxa S.A. como la administración solidaria de Bahía de San Antonio S.A., por lo tanto Bahía de San Antonio en la Junta de 25 de abril de 2001 no podía alegar falta de información pues hasta esa Junta había participado en la administración mancomunada de Baltanxa S.A. a través de su propio administrador solidario Don. Marcelino " .*

Trata de poner de manifiesto el motivo la condición de socio mancomunado del requirente de la información, extremo este que aun cierto, en nada afecta al fallo, pues como en el motivo anterior se razona, en el primer requerimiento bien cabe considerar al acusado como administrador *de hecho* , pero que aunque así no fuere, *desoyó posteriormente otros dos requerimientos* , lo que es suficiente para entender conculcado el derecho de información del requirente y tipificable la conducta del acusado en el art. 293 Cpenal , por lo que siendo intrascendente respecto al fallo lo interesado, con lo que no se cumple una de las exigencias del error de hecho.

El segundo error de hecho denunciado va referido a la constancia de inexistencia inicial del orden del día en la Junta Universal de 25 de Abril de 2001 como resulta del acta notarial de 25 de Abril de 2001 quedando aquel fijado en el mismo acto de la Junta celebrada en la Notaría –folios 953v y 955v– produciendo la consecuencia de no poder facilitar el acusado información antes de la Junta al no existir orden del día previo.

Mismo resultado desestimatorio debe correr el error de hecho denunciado en este segundo caso, pues como ya se dice en el anterior motivo *no cabe vincular el derecho de información a un orden del día* por más que en el requerimiento se fijaba el que se pretendía.

El tercer error de hecho referido a la Junta de 30 de Enero de 2002 en el sentido de que es errónea la afirmación de la sentencia de que en dicha Junta, como en las otros dos Universales, *"no facilitó (el acusado) la información que previamente a la celebración de dichas juntas le había sido reiteradamente solicitada por la entidad accionista Bahía de San Antonio S.A." .*



La misma respuesta, para la desestimación, que en el caso de los motivos anteriores. *No es subordinable* la información a la existencia de un orden del día por más que hay constancia del que se interesaba.

*El cuarto error de hecho* que se corresponde con el designado como motivo quinto por el recurrente y hace referencia a la Junta General Extraordinaria de Accionistas a celebrar el día 27 de Septiembre de 2002 con la constancia de que las cuentas fueron entregadas con la propuesta de la junta y constaban en 10 folios a una sola cara. Lo que implica la existencia de información solicitada previamente a la celebración de la Junta.

*Tampoco aquí cabe apreciar error transcendente* y con el mismo razonamiento que en los anteriores; en todo caso la entrega de documentación –cuentas– como es de ver en el razonamiento de la sentencia *fue parcial o incompleta, además de defectuosa formalmente* y no se trataba solo de tal documentación la interesada.

No ha existido ninguno de los errores que se denuncian en la valoración de las pruebas por el Tribunal sentenciador.

*Procede la desestimación de los cinco motivos .*

**Cuarto.-** El **motivo séptimo**, por la vía del *error iuris* denuncia como indebida la inaplicación de la atenuante de *dilaciones* indebidas del art. 21-6º Cpenal , que considera como muy cualificada.

En la argumentación se dice que la sentencia es de 21 de Noviembre de 2011 , o sea diez años después del pleito y que el peso de esa losa durante casi diez años es desde luego una pena anticipada que debería tener una compensación con una disminución en la pena.

De entrada, hay que decir que tal petición *aparece en este momento* por primera vez, aunque el recurrente afirma que la alegó en el informe final. En cualquier caso, y como ya es doctrina de esta Sala, tratándose de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, es claro que *no* le es aplicable la doctrina sobre la interdicción de cuestiones nuevas en la casación.

La Sala de instancia ante la inexistencia de petición al respecto, en las conclusiones definitivas del recurrente no efectúa alegación alguna.

El examen de los hechos acredita que habiendo tenido lugar los hechos originadores de la sanción penal en las Juntas Universales de 25 de Abril de 2001, 30 de Enero de 2002 y 27 de Septiembre de 2002, la sentencia de instancia es de 21 de Noviembre de 2011 , si a ello se añade que el recurrente no cita periodos de inactividad, es claro que no concurre la dilación extraordinaria que exige el art. 21-6º Cpenal .

En esta situación, y teniendo en cuenta que el art. 21 - 61 Cpenal se refiere a "*dilaciones extraordinarias*" desde el doble vector que no sean achacables al propio inculpado y que no guarden proporción con la complejidad de la causa, procede el rechazo de la petición.

*Procede la desestimación del motivo .*

#### **RECURSO DE BAHÍA DE SAN ANTONIO S.A.**

**Quinto.-** La Acusación Particular formaliza su recurso a través de **cinco motivos** .

El **primer motivo** , por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia quiebra del derecho a la *tutela judicial efectiva* por arbitrariedad de la argumentación de la sentencia en lo referente a la *absolución* que se acordó en la sentencia respecto de los delitos de apropiación indebida y administración desleal e imposición de acuerdos abusivos por parte de Prudencio .

La resolución impugnada en el segundo de sus f.jdcos. expresa literalmente que "*por lo que respecta a la existencia y validez del contrato verbal de arrendamiento, que en el orden jurisdiccional penal la querellante discute, se ha de apuntar que de la prueba documental-juicio de menor cuantía 151/98- y de las testificales practicadas -Sr. Eulogio , Don. Marcelino - se infiere que la entidad Bahía de San Antonio participó en la celebración de dicho contrato con Cafecer S.L., éste se llevó a cabo en 1995 cuando el órgano de administración de Baltanxa era de carácter mancomunado y en el que uno de los administradores además del ahora acusado era Don. Marcelino apoderado a su vez de Suministros Ibiza, entidad propietaria de Bahía de San Antonio S.A. e igualmente consta acreditado que la entidad Cafecer S.L. era la titular de la explotación de la discoteca si bien los aspectos nucleares de la explotación diaria eran gestionados por la entidad Suministros Ibiza, o lo que es lo mismo, por Bahía de San Antonio*". Y tras relacionar la sentencia la evolución de lo sucedido, concluye "*que a los efectos de este enjuiciamiento el contrato verba -y sus condiciones antedichas- entre Baltanxa y Cafecer para la explotación de la discoteca Privilege existió en los términos expresados por la defensa, y que dicho contrato no recoge participación alguna de la propiedad en los beneficios que pudieran obtener la explotadora por lo que la querellante no se encuentra amparada por obligación contractual incumplida por la otra parte contratante, ni para exigir derecho de crédito ni para exigir condena penal al Sr. Prudencio como administrador único de Baltanxa*"



. La Sala en modo alguno actuó arbitraria o irracionalmente, sino que del conjunto probatorio, incluidas las manifestaciones del acusado a través de su defensa así como del testigo Don. Marcelino concluyó del modo que lo hace sobre la realidad de dicho contrato y sus cláusulas sin que tal conclusión atente contra el contenido del art. 1282 CCivil que se cita, no existió arbitrariedad en tal conclusión, se dio respuesta adecuada solo que adversa a lo peticionado por esa parte.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Sexto.-** Los **motivos segundo, tercero y cuarto** , por la vía del *error iuris* denuncian como indebidamente inaplicados los arts. 295 relativo al delito de administración desleal y del mismo delito de administración desleal en su modalidad omisiva y, finalmente, denuncia como indebida la inaplicación del art. 291 sobre acuerdos abusivos.

Hay que recordar que *presupuesto* de admisión de este cauce casacional es el respeto a los hechos probados y, que el campo de disidencia del motivo estriba en un error en la subsunción jurídica de unos hechos –los hechos probados– que se aceptan por el impugnante, discrepándose del encaje jurídico efectuado por el Tribunal.

*La tesis del recurrente en los motivos segundo y tercero se sustenta en una actuación exclusiva de Prudencio y al margen y contra la opinión del recurrente.*

Nada de esto se narra en el *factum* donde de manera reiterada se dice que el día 15 de Junio de 1993, Baltanxa "...con el conocimiento, autorización y voluntad de los dos accionistas, arrendó la explotación de la mencionada discoteca Privilege...", fijando las condiciones económicas que se reflejan en el *factum* . Asimismo y ya en el año 1995 "...de igual forma y con el conocimiento y autorización y voluntad de los dos accionistas de Baltanxa, Trix fue sustituida por la entidad Cafecer S.L....".

Del *factum* , se deriva con claridad la actuación conjunta de ambos en los acuerdos indicados.

Solo surge la disidencia a partir del año 1998 cuando las relaciones entre los dos socios –ambos recurrentes– se deterioran hasta el punto de que se interpuso por el ahora recurrente un pleito civil que fue rechazado, reconociéndose en dicho pleito la realidad del contrato verbal por el cual Cafecer S.L. explota como arrendadora la discoteca "Privilege".

Es obvio que no puede cuestionarse por la recurrente la realidad de tal *pacto verbal* cuando sus propios actos, durante tantos años acreditan su realidad. La sentencia se hace eco que el actual recurrente reconoció en el proceso civil la realidad de tal contrato verbal.

Por lo que se refiere al **tercer motivo** , se incurre en el mismo defecto que en los motivos anteriores. No se respeta el *factum* , por lo que se incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación

*Procede la desestimación del motivo .*

**Séptimo.-** Por la vía del *error iuris* postula la existencia de tres delitos del art. 293 Cpenal , –uno por cada Junta–, y no uno solo como recoge la sentencia. La tesis no puede ser admitida ya que el tipo penal supone una privación de ese derecho de información que exige para su acreditación que la negativa sea clara y tajante, y por tanto en caso de reiteración de la negativa, *tal reiteración* lejos de constituir un delito por cada negativa *viene a constituir una consolidación* de la misma y por tanto, existe un solo delito máxime, cuando como es el caso, se trata de Juntas Universales muy próximas en el tiempo.

En tal sentido, la STS 1953/2002 de 26 de Noviembre , se pronuncia por la inexistencia de continuidad delictiva cuando se reitera la negativa a la información en diversas Juntas. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo:

*"...Tiene razón el Tribunal de instancia. Conforme a la Jurisprudencia de esta Sala el delito continuado se caracteriza porque una pluralidad o diversidad de acciones infractoras de los mismos o semejantes preceptos penales se refunden merced a dos posibles criterios legales, uno objetivo, cuando haya aprovechamiento de idéntica ocasión, como decía el artículo 69 bis C.P. 1973 , hoy 74, y otro subjetivo, referido a la existencia de un plan preconcebido por parte del agente, dolo unitario que justifica la unificación en una sola infracción de las diversas acciones, también subrayado en el precepto de forma alternativa al anterior, lo que equivale a entender la suficiencia de uno u otro de los criterios mencionados para entender aplicable la continuidad ( S.T.S. nº 258/00, de 21/02 ). Pero en el presente caso no se da la premisa básica, diversas acciones (u omisiones) infractoras del mismo precepto, pues la estructura típica consiste en negar o impedir el ejercicio de los derechos sociales frente al requerimiento de los accionistas que persiste en el tiempo, alcanzando el efecto propio de los delitos permanentes. La renovación o reproducción del requerimiento y su desconocimiento por el infractor,*





*no constituyen acciones típicas distintas, sino que consolidan el abuso ejercido por aquél, lo que impregna de antijuridicidad material la conducta típica....".*

*Procede la desestimación del motivo .*

**Octavo.-** De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición a ambos recurrentes de las costas de sus respectivos recursos por la desestimación de estos, y, además, *pérdida del depósito* constituido por el recurrente ejerciente de la Acusación Particular al que se le dará las finalidades previstas en el art. 890 LECriminal .

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de **Prudencio y Bahía de San Antonio, S.A .**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección II, de fecha 21 de Noviembre de 2011 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos y pérdida del depósito constituido por el recurrente ejerciente de la Acusación Particular, 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 Palma de Mallorca, Sección II, 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 **Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro**

**PUBLICACION** .- Leída 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.