



Roj: **STS 3266/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3266**

Id Cendoj: **28079120012015100458**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2015**

Nº de Recurso: **2409/2014**

Nº de Resolución: **475/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15512/2014,**
STS 3266/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por La Acusación Particular **CINE PREMIERE, S.L.**, contra sentencia de fecha 21 de noviembre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, en causa seguida a Genaro y Juan por delitos de alzamiento de bienes, administración desleal y falseamiento de cuentas sociales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, estando la Acusación Particular representada por el Procurador D. Rodolfo González García, y como recurridos Genaro, representado por la Procuradora D^a Francisca Amores Zambrano y Juan, representado por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 11 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado con el 1009/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, que con fecha 21 de noviembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "1- En el año 2001 mediante la escisión total del patrimonio de la mercantil DREAMS CINEMA SA., de la que era administrador único el acusado Genaro, se constituyeron DREAMS CINEMA SL y GRUPO DREAMS CINEMA SL, inscritas en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de marzo de 2001 siendo su administrador único el ya citado Genaro, fijándose el capital social de la primera en 415.020 euros y de la segunda en 2.596.360 euros. Con causa en la escisión Grupo Dreams Cinema SL pasó a ser accionista única de las mercantiles DC Campo de las Naciones SA y DC Valdemoro SA, de las que también era administrador único Genaro. DC Valdemoro SA explotaba en el Centro comercial «El Restón», sito en Valdemoro, seis salas de exhibición cinematográfica, y DC Campo de las Naciones habría de explotar dieciséis salas de exhibición cinematográfica en el Centro Comercial «Dreams Palacio de Hielo» pendiente de edificar en la Calle Silvano 77, de Madrid, teniendo suscrito un contrato de arrendamiento con la concesionaria de la explotación del centro, la mercantil EQUIPAMIENTO DEPORTIVO Y DE OCIO SA (en lo sucesivo EQUIDOSA), sociedad de la que era administrador el también acusado Juan, hermano de Genaro.

El contrato tenía fecha de 27 de julio 2001, si bien existía desde diciembre de 1999 un precontrato, y fue suscrito por EQUIDOSA como arrendadora, representada por Juan y Bienvenido, y como arrendataria DC Campo de las Naciones SA representada por Genaro. Su objeto era el Local- Cines identificado como C1 de una superficie construida aproximada de 7.047 metros cuadrados en el conjunto inmobiliario Dreams Palacio de Hielo que promovía EQUIDOSA. La duración del contrato se fijaba en 25 años y la renta en el 8% de la cifra bruta



de ventas verificada en el local arrendado, sin perjuicio de fijarse una renta mínima garantizada de 914.831,78 euros, así como en concepto de cantidad asimilada a renta el arrendatario debía abonar los gastos, expensas y cuotas que correspondían al local en el conjunto inmobiliario. Igualmente era por cuenta del arrendatario la realización de las salas de exhibición con todos y cada uno de sus elementos.

Un segundo contrato de arrendamiento se suscribió el 11 de abril de 2003, entre las mismas partes y con igual representación, teniendo por objeto un local sito en la planta alta con una superficie de 63,24 metros cuadrados fijándose la renta en 13.079,46 euros.

Pese a que en el primer contrato se fijaba como fecha de apertura del Centro comercial octubre-noviembre de 2002, la inauguración, y con ella la explotación de las salas de exhibición cinematográfica se retrasó hasta noviembre de 2003.

II- En fecha 29 de marzo de 2001 se suscribió un contrato llamado de programación entre Grupo Dreams Cinema SA, representada por Genaro , y Cine Premiere SL, representada por Segundo , por el que la segunda sociedad se obligaba a la planificación semanal de la programación cinematográfica de las salas de cine, así como la gestión e intermediación con las distribuidoras cinematográficas a cambio de percibir el 3% de la recaudación neta anual de la actividad de exhibición cinematográfica.

La duración del contrato era indefinida, si bien se establecía que sus efectos se extenderían desde la fecha de adquisición ante fedatario público por parte de Cine Premiere de 22.909 participaciones de Grupo Dreams Cinema SL. En un tercer anexo al contrato de 29-3-2001 se acordó por Grupo Dreams Cinema SL, representada por Genaro y su esposa Felicísima , y Cine Premiere SL, representada por Segundo , que se procedería por Grupo Dreams Cinema a la ampliación de capital social en 458.180 euros mediante la creación de 45.818 participaciones, con una prima emisión de 42,469 euros, de las que 22.909 serían suscritas por Cine Premier y el resto por Berma Creaciones SL, sociedad de Genaro y de su esposa. Además Cine Premiere autorizaba a Genaro y a su esposa a vender por si o a través de Berma Creaciones participaciones del Grupo Dreams Cinema representativas del porcentaje del capital social del 12,5% y a Berma Creaciones a transmitir a igual persona una participación de la ampliación acordada y que representase un 7,5% del capital social. Se disponía también que transcurrido un año desde la firma del contrato de 29 de marzo de 2001 sin que persona distinta de los socios actuales adquiriese el 20% del capital social de Grupo Dreams Cinema, Genaro y su esposa, o la sociedad que se designasen, se obligaba a comprar a Cine Premiere la totalidad de las participaciones que ostentase en Grupo Dreams Cinema, fijándose el precio en el satisfecho más una indemnización por intereses que se fijaba en MIBOR a un año.

Con causa en lo expuesto Cine Premiere SL adquirió 45.818 participaciones sociales de Grupo Dreams Cinema, equivalente al 15% del capital social y con un desembolso de 2.404.048 euros, quedando el capital distribuido en la siguiente forma:

Genaro 103.091 participaciones, 33,75%.

Felicísima 118.363 participaciones, 38,75%.

Eusebio , 9.164 participaciones, 3%.

Beatriz 6.109 participaciones, 2%.

Cine Premiere SL 45.818 participaciones, 15%.

Berma Creaciones SL 22.908 participaciones, 7,5%.

La entrada de Cine Premier en el capital social del Grupo Dreams Cinema dio lugar al cambio del órgano de administración, pasando de un administrador único a un consejo de administración, según acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria y Universal de 2 de agosto de 2001. Además, en tanto no tuviese lugar la adquisición por un tercero independiente del porcentaje del 20% del capital social, y para garantizar a Cine Premiere que en su condición de socio minoritario pueda intervenir «en la forma pactada» en la toma de decisiones, se acordaba fijar el número de consejeros en cinco, de los que dos serían designados por Cine Premiere, igual número por Genaro y su esposa, y otro por Berma Creaciones, exigiéndose para su válida constitución la mitad más uno de sus componentes y quórumns cualificados, dos tercios con igual número de votos, para determinadas materias. El órgano de administración quedó integrado de la siguiente manera: presidente, y consejero delegado, Genaro ; consejero y vicepresidente Segundo ; consejeros Luisa , Eusebio y Juan .

Segundo y Luisa renunciaron posteriormente siendo inscrito su cese el 8 de mayo de 2006.

El 10 de marzo de 2004 se suscribió un «contrato de reconocimiento de deuda y de determinación de su forma de pago» entre Genaro y su esposa, como parte deudora, y Cine Premiere como parte acreedora, representada



por Segundo . Se expone que el contrato de programación había sido resuelto por acuerdo de las partes; que las expectativas de explotación se fijaban en cien mil euros, y que las partes habían llegado a un acuerdo suscribiendo un contrato de promesa de compraventa de las participaciones sociales de la inversión realizada por Cine Premiere en aras a su salida del capital del Grupo Dreams Cinema SL. Al respecto la parte deudora reconocía adeudar a Cine Premiere 2.500.000 euros de los que 2.400.000 debían pagarse el 1 de julio de 2005 y 100.000 mediante ocho pagarés con vencimientos mensuales más un último pagaré en concepto de liquidación de intereses.

La operación expuesta fue autorizada por BNP PARIBAS Societe Anonyme (en lo sucesivo BNP) y por el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) con causa en un préstamo sindicado concedido y que había dado lugar a un contrato de prenda de todas las participaciones sociales de Grupo Dreams Cinema SL.

El contrato de 10 de marzo de 2004 fue prorrogado el 1 de julio de 2005 hasta el 1 de noviembre de igual año, renovándose igualmente los pagarés y la autorización, dada la garantía pignoratícia, del BNP y BBVA.

La causa de la renovación se encontraba en el contrato de mandato de venta otorgado el 29 de junio de 2005 por los cinco socios de Grupo Dreams Cinema a BNP para la venta del 100% de DC Campo de las Naciones, o la transmisión de la actividad social o de la parte mayoritaria, fijándose la duración del mandato en cuatro meses prorrogables e indicándose como finalidad de la venta la obtención de tesorería que permitiese el cumplimiento de los pactos. Por lo que se refiere a la aplicación de los importes obtenidos se fijaba la siguiente prelación de pagos:

- 1 .Deuda bancaria del Grupo Dreams Cinema y pago del mandato.
2. Ejecución de la opción de compra del BNP.
3. Pago de la deuda contraída por Genaro y sus familiares con Cine Premiere reflejada en el contrato de 10 de marzo de 2004.
4. La deuda subordinada del Grupo Dreams Cinema a favor de Genaro , previo pago con cargo a la misma de 150.000 euros que Genaro debía abonar a Beatriz .
5. Aplicación de la cantidad restante a los socios, a prorrata de sus participaciones, con excepción de Cine Premiere a la que se tendría por reembolsada con causa en el pago del apartado tercero.

III- La entrada de Cine Premiere en la gestión y capital social de Grupo Dreams Cinema SL respondía a una exigencia de BNP en orden a la participación de un operador cinematográfico de prestigio, como era Cine Premier que explotaba, entre otros, los cines del Centro Comercial La Vaguada, en Madrid, y ello en aras a la concesión de un préstamo para la construcción de los cines en el Palacio de Hielo, dado que el local se entregaba en bruto, comprendiendo solo la estructura y forjado, graderío y cimentación.

Para el fin expuesto, que se extendía a la realización de la obra civil, adquisición de butacas, proyectores y equipos de sonido, se suscribió el 10 de julio de 2002 un contrato de préstamos sindicado por importe máximo de nueve millones de euros, siendo prestamista BNP y prestatario Grupo Dreams Cinema SL, representada por Genaro , indicándose como finalidad la financiación del prestatario a DC Campo de las Naciones SA para que esta procediese a satisfacer las cantidades debidas bajo el contrato de construcción de las salas de cine, para lo que se fijaba un importe de 8.486.179,63 euros, y la financiación de las comisiones y gastos previstos en el documento de financiación y atender otras necesidades de capital del prestatario o de DC campo de las Naciones, y ello mediante aumento de capital o mediante financiación de accionista, fijándose la cantidad de este segundo concepto en 513.820,37 euros.

En garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo sindicado se constituyó un derecho de prenda sobre el 100% del capital social de DC Campo de las Naciones y DC Valdemoro así como sobre el total del capital social de Grupo Dreams SL que ostentaban los cinco socios ya reseñados. El préstamo sindicado se condicionaba a un préstamo subordinado de Genaro como prestamista a Grupo Dreams como prestatario, que debía desembolsarse antes del 15 de septiembre de 2003.

Para las disposiciones del préstamo sindicado el prestatario se obligaba, entre otros extremos, a facilitar los estados financieros consolidados anuales auditados, así como semestrales y trimestrales, tanto del grupo como de las sociedades que lo integran y las ratios de deuda total neta consolidada/patrimonio neto consolidado; deuda total neta consolidada/EBITDA consolidado; EBITDA consolidado/gastos financieros brutos consolidados, y ratio de asistencia para DC Campo de las Naciones.

El contrato de préstamo sindicado de fecha 10 de julio de 2002, cuyo periodo de disposición terminaba el 31 de diciembre de 2012, fue modificado parcialmente el 11 de julio de 2003, por causa en los retrasos en



la construcción del centro comercial así como para dar cabida como prestatario a BBVA, ampliándose a tres millones de euros el préstamo subordinado con cargo Genaro .

IV- EQUIDOSA en el año 2005 instó frente a DC Campo de las Naciones SA, con relación a los contratos de arrendamiento suscritos, procedimientos de desahucio por falta de pago de las rentas de abril a junio de 2005, dando lugar con relación al local C1 Planta cines al Juicio verbal de desahucio 986/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid, y con relación al local Planta alta A- 1 al procedimiento de la misma clase 1077/2005 e igual juzgado, en el primero no compareció a la vista, o no lo hizo en legal forma, Genaro en nombre de demandada y arrendataria, mientras que en el segundo se allanó por medio de letrado. En ambos procedimientos se dictó sentencia estimatoria de la demanda el 8 de noviembre de 2005, y en ambos se fijó el lanzamiento, de no procederse al desalojo voluntario, para el 31 de enero de 2006, fecha en la que EQUIDOSA asumió la explotación de las salas de cine continuando con la actividad de exhibición cinematográfica.

En la fecha de 8 de julio de 2005, ya presentadas las demandas de desahucio, la directora financiera de EQUIDOSA remitió a BNP copia del «escrito de desahucio» participando la voluntad de Juan de no retirar las demandas, ello con causa en la petición de BNP en aras al intento de venta de la sociedad arrendataria o de su actividad.

Juan renunció a la condición de consejero de Grupo Dreams SL, renuncia inscrita en el Registro Mercantil el 9 de abril de 2006, y con fecha 8 de junio de 2007 presentó querrela por delito de falsedad continuada en documento mercantil contra Genaro e Beatriz , secretaria no consejera del Consejo de Administración de Grupo Dreams Cinema, con relación a la documentación de la asistencia a la Junta en la que se le designaba consejero, aceptación del cargo, asistencia a reuniones del consejo, y firma de las cuentas de la sociedad de los ejercicios 2002, 2003 y 2004. La querrela dio lugar a las diligencias previas 5178/2007 de Juzgado de Instrucción nº 28 de Madrid, luego procedimiento abreviado 163/11 del Juzgado de lo Penal nº 11, dictándose sentencia el 18 de julio de 2013 en la que parte de las pretendidas falsedades no se examinaban, por considerarlas prescritas, y se declaraba la falsedad, condenando por ello a Genaro , del acta del Consejo de 30 de julio de 2004 con relación a la representación de Juan por su hermano Genaro y la firma de delegación de voto, y en la Junta General Ordinaria y Universal de 18 de julio de 2013. Por sentencia de apelación de 8 de mayo de 2014 se anuló la sentencia de instancia con relación a la condena de Genaro , con reposición de las actuaciones en aras al dictado de nueva resolución debidamente motivada.

V- BNP en fecha no precisada del año 2006 presentó solicitud de declaración conjunta de concurso del Grupo Dreams Cinema SL y DC Campo de las Naciones SA, con causa en la insolvencia que resultaría del sobreseimiento general de pagos, dando lugar al concurso ordinario 162/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el que se dictó auto de fecha 11 de diciembre de 2006 desestimando la oposición y declarando en concurso necesario a Grupo Dreams Cinema SL y a DC Campo de las Naciones SA, en una declaración conjunta al considerarlo un grupo de empresas.

En el indicado concurso se llegó a convenio transaccional y propuesta de convenio de acreedores entre la administración concursal, BNP, BBVA y EQUIDOSA, está última representada por Juan , consistente esencialmente en el reintegro por EQUIDOSA a DC Campo de las Naciones de las salas de exhibición cinematográfica y el local destinado a taquilla, y demás activos que componían la actividad industrial de exhibición, así como los frutos obtenidos desde el 1-2-2006, rehabilitando los contratos de arrendamiento, compensándose los frutos con los créditos reconocidos a EQUIDOSA en los dos concursos. El convenio fue homologado por auto de 27 de julio de 2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 y por sentencia de 6 de noviembre se aprobó judicialmente el convenio propuesto por EQUIDOSA, BNP y BBVA.

En la pieza sexta, de calificación, de los procedimientos concursales se dictó sentencia el 2 de noviembre de 2012, con relación a DC Campo de las Naciones, y el 18 de enero de 2013 con relación a Grupo Dreams Cinema, respecto de Genaro y Juan , declarando culpable en los respectivos concursos y afecto por dicha calificación a Genaro , inhabilitándole por diez años para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, con pérdida de derechos que pudiera ostentar como acreedor del concurso o de la masa, devolución de los bienes obtenidos indebidamente, así como con relación al concurso de Dream Cinema SL el pago a los acreedores concursales de la cantidad de 1.863.425, 49 euros.

VI- Grupo Dreams Cinema SL y DC Campo de las Naciones fueron gestionadas de forma conjunta y unitaria, en un régimen de confusión de patrimonios y actividades basado en un sistema de caja única, en el que los fondos disponibles se tomaban en cada momento de donde hubiese disponibilidad, con independencia de que su destino correspondiese a una u a otra sociedad. A su vez en el consejo de administración de la matriz, Grupo Dreams Cinema SL, se trataban fundamentalmente los temas relativos a la filial, DC Campo de las Naciones, haciendo las veces de órgano de control de la administración de la sociedad.



Grupo Dreams Cinema depositó las cuentas correspondientes a los ejercicios 2001, 2002, 2003 y 2004. Las del 2005 no llegaron a ser formuladas.

En la contabilidad correspondiente al ejercicio 2004 Grupo Dreams contabilizó 680.837,78 euros como ingresos por canon pactado con Pepsi Cola y publicidad en sala, que corresponderían a DC Campo de las Naciones al ser la que explotaba las salas; 1.534.312,52 euros como repercusión a DC Campo de las Naciones por intereses y gastos financieros, pese a que los costes financieros netos contabilizados en la matriz ascendían para el ejercicio 2004 a 672.135,12 euros; la provisión por pérdida de valor de las inversiones de la matriz en las filiales, DC Valdemoro y DC Campo de las Naciones, como consecuencia de la repetición de resultados negativos hasta alcanzar 578.049,10 euros pasó a registrarse como beneficio extraordinario. Por ello debían de haberse mostrado unas pérdidas del orden de 1.632.545,14 euros y no unos beneficios de 481.341,10 euros.

La mercantil DC Campo de las Naciones SA. depositó las cuentas correspondientes a los ejercicios 2000 a 2004, no así las del 2005. En la contabilidad correspondiente al ejercicio 2004 registró como más importe de compra un cargo de 1.534.312,52 euros que correspondería a la repercusión por parte de Grupo Dreams Cinema SL de los costes financieros ya mencionados. En la del año 2005 incluyó como gastos, bajo el concepto de trabajos realizados por otras empresas, la cantidad de 3.767.471 euros de los que 3.750.000 eran un gasto o quebranto inexistente, registrado distribuido cinco asientos, números 3214 a 3218, del diario informatizado, con fecha 30 de diciembre de 2005 y bajo el concepto de refacturación 2011, 2002, 2003, 2004 y 2005 del Grupo Dreams Cinema SL, distorsionando la imagen tanto DC Campo de las Naciones SA como de Grupo Dreams Cinema y evitando que las cuentas de la segunda de los años 2004 y 2005 presentasen fondos propios negativos incurriendo en causa legal de disolución.

En las cuentas anuales depositadas las cantidades entregadas por Grupo Dreams Cinema a DC Campo de las Naciones SA, que la primera había recibido con causa en el contrato de préstamo con el BNP se reflejaron como más capital y no como deuda a largo plazo.

Genaro aparecía adeudando en la contabilidad de DC Campo de las Naciones tres millones de euros, si bien en otras cuentas de dicha mercantil y del Grupo Dreams Cinema aparecía un saldo a su favor, con un resultado a favor del citado acusado en el consolidado del año 2005 de 1.375.000 euros.

Los hechos expuestos en orden a la gestión y contabilidad de Grupo Dreams Cinema SL y DC Campo de las Naciones SA eran conocidos por Cine Premier SL. Así en un informe de auditoría de los estados financieros consolidados de Grupo Dreams Cinema y sociedades dependientes, correspondiente al ejercicio 2002, realizado por Pricewaterhouse, se exponía que la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada presentaba una pérdida de explotación por importe de 966.748 euros y el balance de situación un fondo de maniobra negativo por importe de 1.588.067 euros, exponiendo los auditores « una incertidumbre sobre la capacidad del grupo para continuar su actividad », no obstante la preparación de los estados financieros consolidados bajo el principio de gestión continuada « es en el entendimiento de que los administradores recibirán el compromiso por parte de los socios de proporcionar los recursos financieros necesarios para permitir el desarrollo de la normal actividad del grupo consolidado ». En el informe de auditoría de los estados financieros consolidados de Grupo Dreams Cinema y sociedades dependientes, correspondiente al ejercicio 2004, por igual auditor se exponía que el Grupo consolidado presenta unos fondos propios negativos y un fondo de maniobra negativo por importe de 3,3 y 4,4 millones de euros, lo que unido a los resultados negativos de explotación era indicativo de una incertidumbre sobre la capacidad del Grupo consolidado para continuar su actividad, de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y clasificación de los estados financieros que se adjuntaban.

En Junta General Ordinaria y Universal de Grupo Dreams Cinema celebrada el 30 de junio de 2003, con el objeto de aprobar en su caso el ejercicio 2002, la representación de Cine Premiere expuso que dado que las cuentas que se sometían a aprobación presentaban pérdidas de explotación por 966.748 euros y un fondo de maniobra negativo por 1.588.067 euros entendía que la sociedad estaba en concurso, negándose la representación de Cine Premiere a formular las cuentas y reservándose el derecho impugnarlas. En otra Junta General Ordinaria y Universal de Grupo Dreams Cinema celebrada el 16 de junio de 2004, con el objeto de aprobar en su caso la gestión, cuentas anuales y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2003, lo que se hizo sin la aprobación de Cine Premiere, se acordó la celebración de una futura junta para ampliar el capital social y restablecer el equilibrio patrimonial. Las pérdidas se fijaron en 1.809.228, 64 euros y su aplicación como pérdidas a amortizar.

En reunión del Consejo de Administración de Grupo Dreams de fecha 26 de enero de 2005 con asistencia de los consejeros Genaro y Eusebio , Luisa , y como observadores Cipriano , por BNP, Felicísima , Segundo y Gumersindo , asesor de Cine Premiere, por Genaro se presentó el balance de situación a 31 de diciembre de



2005 y la manera de activar un gasto en el grupo para que no esté en quiebra sin ampliar capital, preguntando el asesor de Cine Premiere sobre cómo se había contabilizado la activación, porqué de la cancelación de la provisión de 578.049 euros en el balance de pérdidas y ganancias, y cómo quedaba DC Campo de las Naciones en su balance después de imputar los gastos de millón y medio de euros.

VII- Las presentes actuaciones se iniciaron por denuncia de Cine Premiere SL presentada el 19 de octubre de 2006 incoándose por auto de 27 de octubre de 2006 diligencias previas 5684/2006 por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid . Acordada por auto de 12 de mayo de 2011 la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado, desestimándose por auto de 3 de junio de 2013 el recurso de apelación interpuesto por la representación de Juan . Por providencia de 12 de marzo de 2012 se acordó la práctica de las diligencias complementarias solicitadas por el Ministerio Fiscal, que con fecha 23 de octubre de igual año solicitó nuevamente diligencias complementarias denegadas en proveído de 7 de diciembre acordando remitir nuevamente las actuaciones al Ministerio Fiscal que el 3 de julio de 2013 solicitó nuevas diligencias complementarias, denegadas por providencia de 31 de julio de 2013, presentando escrito de acusación el 17 de marzo de 2014 que fue corregido por otro de 25 de abril".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO: "Que debemos absolver y absolvemos libremente a Genaro y a Juan de los delitos de apropiación indebida, administración desleal y falseamiento de cuentas sociales de los que venía acusados, declarando de oficio el pago de las costas procesales.

Firme que sea esta sentencia queden sin efecto cuantas medidas cautelares, personales o reales, se hayan acordado y subsistan, con devolución a su titular de la contabilidad remitida.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de la Acusación Particular, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., y 5.4 de la L.O.P.J ., en relación con el art. 24.1 y 24.2 de la Constitución , infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 por error en la apreciación de la prueba. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del artículo 295 del Código Penal .

QUINTO.- Instruídas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecisiete de junio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 21 de noviembre de 2014 , absolvió los acusados. Frente a ella se alza el presente recurso de la acusación particular, apoyado por el Ministerio Fiscal, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En el primer motivo de recurso, al amparo del art 852 de la Lecrim en relación con el art 5 4º de la LOPJ , alega la parte recurrente vulneración del art. 24 1º y 2º de la CE por infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Argumenta la parte recurrente que el desarrollo de la aportación probatoria por parte de la defensa y la decisión adoptada por el Tribunal que se negó a suspender el juicio para que la acusación particular pudiese examinar, y en su caso rebatir, el informe pericial aportado con mínima antelación, le ha ocasionado una lesión grave en su derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto en su derecho de defensa, causándole notoria indefensión.

El "iter procesal" consistió en que la defensa propuso en su escrito de calificación provisional una prueba pericial que no aportó, anunciándose su presentación con posterioridad. La Sala sentenciadora admitió la prueba siempre que se presentase al menos diez días antes de la celebración del juicio oral, para evitar la indefensión de las demás partes.



El juicio estaba señalado para los días 29 de septiembre y 1 de octubre de 2014, sin que con anterioridad a esa fecha se aportase la pericial. En el acto de la vista renunció uno de los letrados de la defensa, lo que provocó la suspensión. Efectuado un nuevo señalamiento para los días 3 y 5 de noviembre de 2014, la nueva representación de la defensa aportó con fecha 29 de octubre, el referido informe pericial así como una serie de documentos en un segundo escrito de otro de los acusados, que no figuraban inicialmente en la causa. Al comienzo del juicio oral, ante dicha aportación probatoria novedosa, la representación de la acusación particular, hoy recurrente, solicitó la suspensión para poder analizar, y en su caso contradecir con prueba propia, las referidas pruebas. Esta solicitud fue desestimada por el Tribunal de instancia, formulándose la oportuna protesta.

La prueba pericial aportada extemporáneamente, que no pudo ser contrarrestada por la parte acusadora, ahora recurrente, era determinante pues cuestiona el informe de la administración concursal, al haber sido supuestamente elaborado el nuevo informe a partir de las cuentas consolidadas del grupo, que no habían sido previamente aportadas a la causa. La denegación de la suspensión, alega la parte recurrente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación dado que esta prueba tuvo una importancia determinante de la decisión absolutoria, y sin embargo la propia Sala impidió a la parte acusadora disponer del tiempo necesario para su análisis pormenorizado, así como de la posibilidad de proponer medios adicionales de prueba de signo contrario, destinados a cuestionar la conclusiones del informe aportado a última hora.

SEGUNDO .- El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, como señala la STC núm. 220/2007, de 8 de octubre , el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo " *el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos* " y también implica que "para la realización efectiva del derecho de defensa en todas y cada una de las instancias legalmente previstas adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes" (STC 94/2005, de 18 de abril , FJ 2).

Desde este enfoque la decisión del Tribunal de no posponer la celebración del juicio ante la aportación extemporánea por una de las partes de una compleja prueba pericial con relevante incidencia material en el proceso, impidiendo a la parte contraria disponer del tiempo necesario para su análisis y, en su caso, proposición de prueba contradictoria, determina necesariamente la indefensión de la parte hoy recurrente, lesionando el art. 24.1 CE siempre que no haya concurrido negligencia de la propia parte hoy recurrente (SSTC 25/1997, de 11 de febrero , FJ 2; AATC 10/1993, de 18 de enero, FJ 2 ; 248/1995, de 22 de septiembre , FJ 2) y en la medida en que la decisión de denegar la suspensión revele "una clara desproporción entre los fines que preserva y los intereses que sacrifica", sea "por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón" (STC 88/1997, de 5 de mayo , FJ 2; también, entre otras, SSTC 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2 ; 295/2000, de 11 de diciembre, FJ 2 ; 132/2004, de 13 de julio , FJ 3).

El análisis de la decisión judicial impugnada desde el punto de vista del derecho de defensa (art. 24.2 CE) nos conduce al mismo resultado que el análisis ya realizado desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, que en este caso debe garantizar la ausencia de indefensión, pues la vulneración del derecho de defensa exige igualmente que la indefensión que se denuncia no sea imputable a la propia negligencia y que no esté justificada por la preservación de otros bienes e intereses constitucionales en términos de proporcionalidad.

TERCERO .- Aplicando estos criterios jurisprudenciales a la decisión judicial impugnada, debemos acordar la estimación del recurso, tal y como interesa el Ministerio Fiscal al apoyar el mismo.

En efecto, la denegación del aplazamiento de la vista oral equivale materialmente en el caso actual a una manifiesta indefensión de la parte acusadora, hoy recurrente, que no encuentra justificación suficiente ni en la ponderación de los intereses en juego ni en la conducta procesal de la recurrente.

Comenzando por este último aspecto, no se constata una conducta procesal negligente de la recurrente ya que solicitó oportuna y motivadamente el aplazamiento de la vista, como consta en las actuaciones.

En cuanto al segundo aspecto, la decisión judicial de denegar la suspensión no debe ser calificada de arbitraria, manifiestamente irrazonable o consecuente a un error patente, pero sí de claramente desproporcionada a la vista de los intereses en juego.

La preservación del derecho del denunciado a un proceso sin dilaciones indebidas, que constituye la fundamentación última de la denegación de la suspensión, no constituye en el caso actual una justificación suficiente y razonable, pues por una parte dicho derecho no resultaría gravemente alterado por una breve suspensión, y por otra se ha producido a costa de situar a la recurrente en una manifiesta situación de indefensión ante la presentación extemporánea de un complejo dictamen pericial, basado en una



documentación contable que no obraba en la causa (las cuentas consolidadas del grupo) y que contradecía la prueba pericial debidamente realizada en la causa con la antelación suficiente.

Debemos recordar que el "iter procesal" en el caso enjuiciado consistió en que la defensa propuso en su escrito de calificación provisional una prueba pericial que no aportó, anunciando su presentación con posterioridad; la Sala admitió la prueba siempre que se presentase al menos diez días antes de la celebración del juicio oral, para evitar la indefensión de las demás partes, pero la parte proponente no cumplió este requisito establecido para la admisión de la prueba, y en la práctica la prueba solo fue conocida por la parte contraria en el mismo acto del juicio.

Al comienzo del juicio oral, ante dicha aportación probatoria novedosa, la representación de la acusación particular, hoy recurrente, solicitó la suspensión para poder analizar, y en su caso contradecir con prueba propia, las referidas pruebas. Esta solicitud fue desestimada por el Tribunal de instancia, formulándose la oportuna protesta.

CUARTO .- En definitiva **la denegación de la suspensión ante la formulación de una prueba nueva en el propio acto del juicio oral puede ser calificada de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de las demás partes cuando concurren los siguientes requisitos:**

1º) Que la prueba pueda ser determinante de la resolución del caso, y por su naturaleza o complejidad exija un análisis que no pueda realizarse en el propio acto, o bien requiera la eventual propuesta de prueba contradictoria.

2º) Que no haya concurrido negligencia de la propia parte hoy recurrente, que haya solicitado oportuna y motivadamente el aplazamiento de la vista.

3º) Que la decisión de denegar la suspensión revele una clara desproporción entre los fines que preserva y los intereses que sacrifica, sea por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón.

Concurriendo en el caso actual estos tres requisitos, procede estimar el primer motivo del recurso interpuesto, lo que releva de analizar los demás motivos.

Para el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado resulta necesaria la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de actuaciones al momento de señalamiento para la celebración del juicio oral, a los efectos de que la parte hoy recurrente pueda contradecir el dictamen pericial extemporáneamente presentado.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por La Acusación Particular **CINE PREMIERE, S.L.**, contra sentencia de fecha 21 de noviembre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, en causa seguida a Genaro y Juan por delitos de alzamiento de bienes, administración desleal y falseamiento de cuentas sociales, **con la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de actuaciones al momento de señalamiento para la celebración del juicio oral**, a los efectos de que la parte hoy recurrente pueda contradecir el dictamen pericial extemporáneamente presentado.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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