

**Roj:** STS 5130/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:5130

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Nº de Recurso:** 445/2016

**Nº de Resolución:** 884/2016

**Fecha de Resolución:** 24/11/2016

**Procedimiento:** PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

**Ponente:** LUCIANO VARELA CASTRO

**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## Encabezamiento

**TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### SEGUNDA SENTENCIA

**Sentencia Nº:** 884/2016

**RECURSO CASACION Nº** : 445/2016

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial **Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid **Fecha Sentencia** : 24/11/2016

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Luciano Varela Castro

**Secretaría de Sala** : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por** : CPB

### Delito societario continuado

**\*La denuncia por persona perjudicada es presupuesto procesal de validez.**

**\* Sin perjuicio concreto y vinculación de éste con hecho falsario no se comete el delito del art. 290 de la LEC .**

**Nº:** 445 / 2016

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Luciano Varela Castro

Fallo: 10/11/2016

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

## **SENTENCIA N°: 884/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Julián Sánchez Melgar**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Luciano Varela Castro**

**D. Andrés Palomo Del Arco**

**D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por **Fernando** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Francisca Amores Zambrano y por la entidad "**CINE PREMIERE S.L.**", representada por el Procurador D. Rodolfo González García, contra la sentencia dictada por la Sección 15<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 21 de diciembre de 2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **Laureano**, representado por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción n° 11 de Madrid, instruyó Diligencias Previas n° 5684/2006, contra **Fernando y Laureano**, por delitos continuados de apropiación indebida y societarios, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que en la causa n° PA 1548/20015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*"1º.- El acusado Fernando, de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el año 2000 hasta el 2005 era el administrador de la sociedad "Grupo Dreams Cinema, S.L.", mercantil ésta que a su vez era titular al 100 % de las acciones de las sociedades "DC Valdemoro SA" y "DC Campo de las Naciones SA", siendo el objeto social de ambas la explotación de diversas salas de cine. También era propietario de la totalidad del capital de la sociedad BERMA CREACIONES S.L.*

Laureano, de nacionalidad española, mayor de edad y sin antecedentes penales, era el administrador único de la sociedad "Equipamientos Deportivos de Ocio, S.A." (EQUIDOSA), mercantil ésta que era la titular de la concesión administrativa para la explotación del Centro Comercial "Palacio de Hielo", en el que se integraban entre

otros equipamientos un local destinado a 15 salas de cine.

El **27 de Julio de 2001,** Fernando, en representación del "Grupo Dreams Cinema, S.L.", y de su filial "DC Campo de las Naciones, S.A." concertó con EQUIDOSA, sociedad de la que el hermano del anterior, Laureano, era administrador único, el arrendamiento por el que EQUIDOSA, alquilaba a "DC Campo de las Naciones, S.A." el local destinado a 15 salas de cine en el local de 7047 metros cuadrados en el Centro Comercial Palacio de Hielo de la calle Silvano de Madrid. Este alquiler se articulaba sobre dos contratos diferentes, uno sobre las salas de cine y otro sobre el local de las taquillas. El arrendamiento se concertó por 25 años. Los locales destinados a cine se arrendaron en "bruto" y era a costa de la empresa arrendataria los costes de las obras de acondicionamiento, dotación de mobiliarios. La renta era el 8 % de la cifra bruta de las ventas verificadas en el local por cada período anual. Con una renta mínima garantizada de 914.831,78 euros anuales por los locales de cine y de 1.800 euros mensuales por las taquillas.

**2º.-** El **29.03.2001** Jose Augusto, en representación de Cine Premiere, S.L. y Fernando, en nombre de Grupo Dreams Cinema, S.L. suscribieron un contrato por el que la primera se encargaría en exclusividad de la planificación de programación y de gestión de exhibición cinematográfica en los cines del Centro Comercial El Restón de Valdemoro y los del Centro Comercial Palacio de Hielo.

El **10.04.2001** mediante escritura pública BERMA CREACIONES, S.L. vendió a Cine Premiere, S.L. 22.909 participaciones de Grupo Dreams Cinema, S.L. con un valor nominal de 10 euros cada una, y una prima de emisión de 42,46 euros por participación, siendo el precio total pagado 1.202.024 euros.

El **12.07.2001,** Cine Premiere, S.L. y Grupo Dreams Cinema, S.L. suscribieron un acuerdo anexo al contrato de 29.03.2001, en el que se establecía que Grupo Dreams Cinema, S.L. ampliaría su capital en la cantidad de 458.180 euros, mediante la creación de 45.818 nuevas participaciones, con un valor nominal de 10 euros cada una, y una prima de emisión de 42,46 euros por participación, la mitad de la ampliación fue suscrita por Cine Premiere, S.L., estableciéndose que un tercero suscribiría la otra mitad. Se modificaron los estatutos sociales para posibilitar que Cine Premiere, S.L. participara de forma efectiva en la administración de la sociedad. La ampliación de capital mediante la que Cine Premiere, S.L. suscribió 45.818 nuevas participaciones, con un valor nominal de 10 euros cada una, se formalizó en escritura pública de aumento de capital otorgada el **2.08.2001.**

**3º.-** El **10.07.2002** Grupo Dreams Cinema, S.L. y BNP Paribas suscribieron un contrato de préstamo por el que la entidad de crédito entregaba a la prestataria la cantidad de 9.000.000 euros para financiar las obras de construcción de las 15 salas de cine en el local de 7047 metros cuadrados en el Centro Comercial Palacio de Hielo, la compra de las butacas y accesorios, la compra de los equipos de imagen y sonido, proyectores, programadores y equipos para las 15 salas. Contrato que se debía de amortizar en 8 pagos semestrales, con vencimientos los días 30 de junio y- 30 de diciembre de los años 2005, 2006, 2007 y 2008. De este préstamo eran avalistas "DC Valdemoro, S.A." y "DC Campo de las Naciones, S.A.", y participaron en la firma, entre otros Fernando y Jose Augusto, El préstamo se modificó el 11.07.2003 para dar entrada a la entidad BBVA que compartió parte del riesgo con BNP Paribas, ampliándose el préstamo a tres millones de euros.

**4º.-** Desde el inicio del negocio, con las obras de adaptación, y

posteriormente con el funcionamiento efectivo de los cines, Grupo Dreams Cinema, S.L. no pudo hacer frente a los enormes costes fijos, rentas, salarios de los trabajadores, y de financiación a que venía obligada. El informe de la auditora Pricewaterhouse Coopers de abril de 2003 referido a las cuentas consolidadas del Grupo Dreams del ejercicio de 2002 indicaba que "el balance de situación presenta un fondo de maniobra negativo por importe de 1.588.067 euros... Estas circunstancias son indicativas de una incertidumbre sobre la capacidad del Grupo para continuar su actividad". La cuenta de pérdidas y ganancias reflejaba un saldo negativo de 1.370.131 euros en ese ejercicio. El informe de la misma auditora de 30 de junio de 2005, correspondiente a las cuentas consolidadas de 2004 indicaba que "el Grupo consolidado presenta unos fondos negativos y un fondo de maniobra negativo por importe de 3,3 y 4,4 millones de euros respectivamente. Esta circunstancia, unida a los resultados negativos de explotación alcanzados son indicativos de una incertidumbre sobre la capacidad del grupo consolidado, para continuar su actividad".

La administración llevada a cabo por Fernandoera desordenada y opaca. No se llevaba la contabilidad oficial. La información que se daba a los miembros del Consejo de Administración era de carácter comercial, sin llegar a exhibirse las cuentas reales. Jose Augustoexigió en reiteradas ocasiones por sí, o por sus representantes, las cuentas que no les fueron mostradas.

La Junta General de Grupo Dreams Cinema, S.L. de 24.06.03, se celebró ante notario, y en ella Cine Premiere, S.L. cuestionó las cuentas sociales correspondientes al ejercicio de 2002, que fueron aprobadas con los votos en contra de Cine Premiere, S.L.

En la Junta General de Grupo Dreams Cinema, S.L. de 16.06.04, se aprobaron las cuentas de 2003, con el voto contrario de Cine Premiere, S.L.

Las cuentas anuales correspondientes al año 2004, se aprobaron en JuntaGeneral celebrada el 29.06,05 con el voto en contra de Cine Premiere, S.L.

Fernandoera conocedor de la situación de quiebra de la sociedad, y para evitar el concurso decidió crear un apunte falso, en la contabilidad, denominado "activación del gasto", para compensar las pérdidas.

**5º.-** Los días 8 y 21 de noviembre de 2005 se dictaron sentencias de desahucio por impago de rentas de los locales en el Centro Comercial Palacio de Hielo a instancias de EQUIDOSA, perdiendo Grupo Dreams Cinema, S.L. y DC Campo de las Naciones, S.A. la totalidad de su activo.

El 7.04.2006 BNP Paribas instó concurso necesario del Grupo Dreams Cinema, S.L. y de DC Campo de las Naciones, S.A., acordándose la intervención judicial por el Juzgado de lo Mercantil no 7 de Madrid el 7.06.2006.

El informe de la administración concursal, de 14 de marzo de 2007, empezaba indicando que "la sociedad concursada llevaba dos ejercicios sin presentar cuentas, su contabilidad, cuando existía, era claramente insuficiente, y la persona encargada de llevar la actividad diariamente carece del más mínimo orden y claridad". Este informe revela como la sociedad figuraba con beneficios en los ejercicios de 2004 y 2005, cuando en realidad tuvo pérdidas de 1.632.595,14 euros en 2004; de 1.531.592,63 euros en 2005.

*El informe de los Administradores concursales para la calificación del concurso datado el 16.03.2010 decía que: "de todos los libros obligatorios...libro de inventarios y cuentas anuales y al libro diario convenientemente legalizados...la administración de la compañía reconoció la inexistencia de los mencionados libros....Se llevaba un sistema informático contable denominado Contaplus". "El registro de las operaciones que se encuentra en la escasa contabilidad informatizada... generó beneficios en los años 2004 y 2005, tras haber acumulado ininterrumpidamente pérdidas por cuantías relevantes"... "En2004 los ingresos contabilizados corresponden, en cuanto a 1.534.312,52 euros, a cargos mediante los cuales repercuten a DC Campo de las Naciones, S.A. intereses y gastos financieros", concretado en tres operaciones, por las que se emitieron facturas por la cantidad reseñada que los administradores concursales califican como absolutamente ficticias, indicando que esa operación era "de todo punto improcedente, solo destinada a maquillar el resultado final del ejercicio". Finalmente las cuentas del 2004 presentaron un resultado positivo con beneficios de 481.341,10 euros, cuando realmente se produjeron pérdidas por 1.632.595,14 euros. Estas cuentas se depositaron en el Registro Mercantil el 14.10.2005 (BORME de 2.11.200).*

*Para el ejercicio de 2005 se maquillaron las cuentas emitiendo Dreams Cinema, S.L. dos facturas con cargo a DC Campo de las Naciones, S.A. por importe de 1.019.476,22 euros y 748.041,56 euros por servicios profesionales no acreditados. Las cuentas del 2005 no se depositaron en el Registro Mercantil.*

*Por este Juzgado en sentencia de 2.11.2012 se declaró CULPABLE el concurso de DC Campo de las Naciones, S.A. inhabilitando a Fernando. Y por sentencia de 18.01.2013 se declaró CULPABLE el concurso de Grupo Dreams Cinema, S.L. inhabilitando a Fernando. En ambas sentencias, de contenido similar, se fundamenta la declaración de culpabilidad de ambas sociedades por el "incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, así como por la existencia de irregularidades relevantes en la contabilidad, falta de formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales, incumplimiento de la obligación de colaboración con el concurso y el incumplimiento del deber de solicitud de concurso".*

*Por auto de 22.07.2008, se homologó el convenio transaccional acordado entre el banco instante del concurso, las sociedades concursadas, junto con EQUIDOSA y BBVA.*

**6°.-** *No consta acreditado que Laureanoparticipara directa o indirectamente en la gestión de Grupo Dreams Cinema, S.L. o de las sociedades filiales de ésta.*

*Tampoco está acreditado que durante los años 2004 a 2006, Fernandodispusiera en su beneficio de bienes y fondos propios de grupo empresarial "Grupo Dreams Cinema, S.L.", ni de sus dos filiales DC Valdemoro y DC Campo de las Naciones."*

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

**"FALLAMOS.-** *Que debernos CONDENAR Y CONDENAMOS a Fernandocomo autor responsable de un delito societario continuado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES de prisión, inhabilitación especial para el derecho de*

*sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de una cuarta parte de las costas procesales.*

*Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Laureano de todas las acusaciones deducidas en su contra, con todos los pronunciamientos favorables. Y ABSOLVEMOS a Fernando de las demás acusaciones formuladas en su contra.*

*Se declaran de oficio tres cuartas partes de las costas."*

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por el condenado y por la acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose ambos recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso interpuesto por Fernando

**1º.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho al *non bis in idem* procesal, implícito en el art. 25 de la CE, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva a un proceso con todas las garantías, arts. 24.1 y 2 de la CE, y la garantía consistente en la interdicción de un proceso penal con el mismo objeto, igualmente, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 de la CE.

**2º.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 290.1 y 2 del CP. No concurre el elemento típico objetivo perjuicio para la sociedad, socios o tercero. Adicionalmente, por la vía de los arts. 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, derecho a la tutela judicial efectiva y a recibir una respuesta fundada en Derecho.

**3º.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 290.1 y 2 del CP. No concurre el elemento subjetivo del tipo. Alternativamente, art. 5.4 de la LOPJ, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a recibir una respuesta fundada en Derecho.

**Recurso interpuesto por Cine Premier, S.L.**

**1º.** Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.2 por error en la apreciación de la prueba.

**2º.-** Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.1 por infracción del art. 290 del CP, respecto a la absolución sobre estos hechos al Sr. Laureano.

**3º.-** Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.1 por infracción del art. 295 del CP.

**4º (3ª).-** Por infracción de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 849.1, por infracción de los arts. 109.1, 110 y 116 del CP.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de noviembre de 2016.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso interpuesto por Fernando

**PRIMERO.- 1.-** Afirma el recurrente que la segunda sentencia, partiendo de la misma premisa, de la prueba practicada y del idéntico resultado de ésta, realiza una calificación jurídica diversa de la efectuada por la primera sentencia que se dictó en la instancia y que había sido casada. Resalta que la prueba, cuya admisión dio lugar a la casación de la primera sentencia de la instancia, ya había sido sometida a amplia e intensa contradicción en el primero de los juicios orales.

Por ello estima que la nueva sentencia, ahora condenatoria, incurre en la prohibición de doble enjuiciamiento, *bis in idem*, en su modalidad procesal.

Al respecto, aunque el motivo no deba acarrear el efecto que postula, es de resaltar que la anterior sentencia de la instancia estableció como hecho probado que BNP solicitó la declaración de concurso necesario, siguiéndose el procedimiento 162/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de los de Madrid, que, en pieza de calificación, declaró culpables tanto el de "DC Campo de las Naciones" cuanto el de "Grupo Dreams", afectando tal declaración al acusado D. Fernando y a D. Laureano. Se recordaba allí que la causa penal se inició a instancia de "Cine Premier SL".

**2.-** La precedente sentencia de casación, que anuló esa de la instancia dijo: **a)** que la defensa propuso una prueba pericial en la calificación provisional que prometió aportar posteriormente y la acusación se quejó de la no suspensión del juicio oral para su estudio ya que, dada la tardanza de aquella aportación, no dispuso de tiempo para su estudio; **b)** que esa prueba era determinante, pues cuestionaba el informe de la administración concursal por lo que la no suspensión supuso vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al causar indefensión y **c)** ordenó la retroacción de las actuaciones al momento del señalamiento para la celebración del juicio oral, para que el recurrente pueda contradecir ese dictamen pericial aportado por la defensa.

Es decir que, como consecuencia de tal decisión casacional, el enjuiciamiento debió reiterarse *ex novo* y en su totalidad. Por ello no cabe estimar el motivo que parte de que tal enjuiciamiento no debería haberse reiterado.

Lo que no impide que valoremos que el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho no haya de traducirse en que, pese a la habilitación legal para nueva reconstrucción del hecho sin el óbice procesal que se denuncia en el motivo, no debamos atender a que, de no concluir este segundo con el resultado probatorio diverso al establecido en el primero de los juicios, tal identidad fáctica sea considerada los efectos de excluir una diversa calificación jurídica de lo mismo. Pero de ello trataremos al examinar el segundo de los motivos.

**SEGUNDO.- 1.-** Aún admitiendo a efectos dialécticos que se hubiera incurrido

en falsedad, lo que se rechaza en otro de los motivos del recurso, alega el recurrente la falta **idoneidad en los hechos para causar perjuicio** . En los hechos que se declaran probados no se detalla cual es el perjuicio concreto. Se alude a él en el fundamento jurídico de la sentencia, pero solamente se indica que el perjuicio económico, que no se concreta, "resulta" de la declaración de concurso culpable de la sociedad.

Y señala el recurrente que incluso la acusación particular indicó como perjuicio en su calificación el reflejo contable de beneficios, cuando debería haberse hecho constar pérdidas. Punto específico de partida del que se prescindiría en la sentencia pese a la exigencia del acusatorio.

Niega también que la declaración de culpabilidad en el concurso afecte a la acusadora, y advierte de que tal calificación de culpabilidad es decisión de otra jurisdicción que no vincula a la penal.

La inidoneidad del hecho probado para ocasionar perjuicio, en fin, se refleja en la parte dispositiva de la misma cuando omite imponer obligación alguna de reparación

**2.-** Por su parte dice el Ministerio Fiscal, al impugnar el recurso, que los hechos declarados probados en una y en otra sentencia de las de instancia difieren, centrándose en "las falsedades contables".

Sin embargo, aparte de "cortar y pegar" textos de aquellas sendas declaraciones, enfatiza que la diversidad relevante consiste en que en la segunda sentencia de la única instancia, se "introduce *ex novo* la declaración de concurso culpable". Y atribuye relevancia a esa, veremos que inexistente, diferencia, porque tal dato pondría de manifiesto el "perjuicio típico" que justifica la condena bajo el título jurídico del artículo 290 del Código Penal.

**3.-** Esa tesis es también la invocada en la segunda de las sentencias de la única instancia.

El segundo juzgador en ésta, y tampoco, siguiéndole, el Ministerio Fiscal, parecen no haber advertido adecuadamente que, tal como sin embargo transcribe dicho Ministerio Fiscal, la primera de las sentencias de aquella instancia ya proclamó en el "V" de los apartados, en que subdividió la proclamación de Hechos Probados, que el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de los de Madrid declaró los concursos solicitados y, en la pieza sexta, **los calificó declarando ambos culpables y afecto el aquí recurrente** , además de otro acusado absuelto.

Pues bien la sentencia ante nosotros nuevamente recurrida en casación afirma que la declaraciones de culpabilidad de sendas sociedades en concurso se hizo por una concreta causa : " **incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad** , así como por la **existencia de irregularidades relevantes en la contabilidad** , falta de formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales, **incumplimiento de la obligación de colaboración con el concurso y el incumplimiento del deber de solicitud de concurso**". (énfasis añadido)

Esta segunda sentencia remite como elementos de juicio, no solamente a los informes de los administradores concursales, sino también al aportado por al defensa del recurrente y emitido por Pricewaterhouse. Pero no elabora ningún discurso que revele trascendencia a esa pluralidad de pareceres periciales.

Conclusión: la condena que sustituyó a la primera absolución no pudo justificarse por el establecimiento de conclusiones probatorias diversas a las de la primera sentencia y trascendentes a la hora de justificar tales decisiones.

**4.-** Si lo anterior ya deja en evidencia que la nueva condena no deriva de las consecuencias impuestas por la primera sentencia casacional, contraídas al *cómo* se había establecido la premisa fáctica, también descubre que el recurrente no fue pasado de la condición de absuelto a la de penado por una variación del hecho que lo justificase, sino por que una nueva Sala **valoró en lo meramente jurídico de manera diferente** los mismos hechos.

Con independencia de que tal decisión sea procesalmente válida, en cuanto fruto de un enjuiciamiento nuevo e impuesto por la previa sentencia de casación, no parece amparable en los términos de la previa sentencia de casación.

No obstante, dado que en la anterior sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo no se llegó a examinar la corrección del primer juicio, para el caso de permanecer incólume el relato fáctico de lo probado, debemos ahora entrar a examinar dicho aspecto de la **corrección de la calificación**, erigido en fundamento del recurso. Sin que ello implique vulnerar la prohibición de doble enjuiciamiento pues el primero no constituye óbice del segundo dada la nulidad con que fue sancionado.

**5.-** Pero ello exige una consideración previa. Limitado el objeto del recurso ya al juicio de tipicidad de aquellos hechos que integran el delito del artículo 290, una vez excluidos los que pudieran constituir otros delitos objeto de acusación, la cuestión es si tal enjuiciamiento es válido procesalmente. Y ello pasa por el examen del **presupuesto de válida formulación de la acusación por persona legitimada**.

Para ello, antes de examinar si del hecho probado deriva un perjuicio típico según tal precepto penal, debemos constatar si, de existir ese perjuicio, la denuncia al respecto ha sido formulada precisamente por el perjudicado. Así lo exige el **artículo 296 del Código Penal**.

Para ello es indiferente que el perjuicio sea meramente eventual (como basta para consumarse el tipo del artículo 290 del Código Penal párrafo primero) o deba ser efectivo (como exige el tipo agravado del párrafo segundo, aplicado en la sentencia ahora recurrida). Tal diferencia es trascendente solamente para calificar el hecho típico conforme a uno u otro de los dos apartados de aquel artículo 290. Pero, producido o no, lo que es ineludible es la **identificación del perjudicado**. Incluso, pues, si éste no llegó a sufrir perjuicio efectivo pero estuvo sometido a tal riesgo. Porque solamente entonces podrá decidirse si se identifica con quien promovió la denuncia que legitima el proceso conforme al citado artículo 296 del Código Penal.

Ahí radica el defecto trascendente que denuncia el recurrente.

Ni la primera ni la segunda sentencia de la instancia consideran perjudicado a la denunciante "Cine Premier SL" por ninguno de los diversos delitos imputados. La ahora recurrida absuelve expresamente a los acusados del delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal, del que también los acusaba el Ministerio Fiscal. Y ello por declarar que no consta probado que el recurrente D. Fernando dispusiera en su beneficio de bienes y fondos del grupo "Dreams Cinema" ni de sus filiales. Y respecto del otro acusado por negarle la condición de administrador.

Y, pese a condenar al recurrente por el delito del artículo 290, excluye la imposición de toda obligación reparadora en lo civil. A esos efectos justifica la decisión afirmando la sentencia que **"la alteración de la contabilidad no afectaba a la realidad de una situación de pérdidas de la sociedad"**.

Olvida con ello la recurrida algo esencial, desde la perspectiva del juicio de tipicidad, y es que el artículo 290 del Código Penal exige un perjuicio, no solamente económico o patrimonial, tanto si es efectivo como meramente potencial, que alguien habrá de soportar el perjuicio, si es efectivo, o que alguien habrá de sufrir el riesgo de su producción, si es potencial.

**Y no solamente no afirma la existencia de ese riesgo o de su mera posibilidad, sino que ni siquiera nos indica que la Sociedad Premier lo padeciera bajo una u otra modalidad.**

Si la inexistencia de perjuicio, o el riesgo de que ocurra, excluye la tipicidad, la subsiguiente **indeterminación del sujeto perjudicado** excluye, aún antes, la legitimidad del procedimiento. Porque se habrá seguido sobre la existencia o no de responsabilidad penal bajo el título del artículo 290, que requiere perjuicio y perjudicado.

Una vez constatada en el juicio aquella **inexistencia de sujeto determinado como perjudicado**, es ineludible la exclusión *ex ante* incluso del enjuiciamiento de toda condena *ex* artículo 290 citado. Óbice no evitado por la consideración de la denunciante como socia de la sociedad declarada en concurso. Porque el perjuicio que invoca al denunciar no es el vinculado a la culpabilidad del concurso, ni siquiera a la falta de veracidad de las cuentas u otros documentos. En el escrito de acusación se pretende la indemnización por importe de 2.500.000 euros equivalente al importe por el que el recurrente y esposa adquirirían las acciones de "Cine Premier SL", en el "Grupo Dreams", incrementada en 100.000 euros, según aquel reconoció en escritura de reconocimiento de deuda. Es claro que la causa de tal deuda no lo es la calificación que merezca el concurso declarado. Ni al hecho del que derive responsabilidad penal, según declara la sentencia recurrida.

**6.-** A mayor abundamiento, de estimarse suficiente la denuncia por quien es socio de la sociedad concursada y declarada culpable, los hechos tal y como son exactamente declarados probados tampoco superarían el **juicio de tipicidad**.

Si el hecho al que se atribuye esa trascendencia criminalizadora *ex* artículo 290 del Código Penal **la declaración de culpabilidad del concurso**, tal declaración, aún para el caso de valorarse como económicamente perjudicial, **no es una consecuencia de comportamiento falsario** al que se remite el núcleo de la acción típica del citado precepto penal.

Para tal juicio debemos volver a la literalidad del hecho probado. Y recordando que, aunque la jurisprudencia de este Tribunal admite que se complemente lo que se declara probado en el apartado destinado a tal enunciado con datos de hecho añadidos e la fundamentación jurídica, requiere para ello que tal "ampliación" se haga en favor del acusado, pero en contra del mismo la posibilidad es mucho más restrictiva, debiendo circunscribirse a datos de mero detalle, de tal manera **los elementos de hecho básicos de naturaleza incriminatoria deben constar necesaria y claramente precisamente en el apartado que enuncia el hecho probado**, de

suerte que si no se encuentran en el mismo, la condena resulta inviable. En tal sentido SSTS 426/2009;621/2012;713/2012;786/2013;108/2014;493/2015;495/2015 ó 217/2016 de 15 de Marzo.

Pues bien la sentencia ante nosotros nuevamente recurrida en casación, tal como acabamos de reseñar, afirma que la declaraciones de culpabilidad de sendas sociedades en concurso se hizo por una concreta causa: **"incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad"**, así como por la **existencia de irregularidades relevantes en la contabilidad**, falta de formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales, **incumplimiento de la obligación de colaboración con el concurso y el incumplimiento del deber de solicitud de concurso**". (énfasis añadido)

Pero contabilidad inexistente no es contabilidad falsa. Y tampoco irregularidades relevantes implican falsedad, y que ésta no es otra irregularidad diversa de aquella que afirma como existente lo que no existe o como inexistente lo que sí existe. No son falsos, por más que puedan tenerse por incorrectos, los juicios de valor que toda contabilidad implica.

Valga aquí el recuerdo de la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 439/2016 de 24 de mayo, en la que se negó tipicidad a las irregularidades porque:

*"anudar sin más una falsedad contable a las irregularidades expresadas para integrar el delito del art. 290 Código penal, resulta arriesgado e incorrecto penalmente porque **no toda irregularidad es equivalente a una falsedad de contenido penal**".*

Pero es que, además, ni siquiera el escrito de acusación formulado por la entidad "Cine Premier SL" atribuye su perjuicio a falsedad alguna en el sentido del tipo penal falsario. Examinado dicho escrito al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal observamos que en el mismo: **a)** se describen ampliamente las relaciones con los acusados, se especifica que el recurrente reconoció adeudarle la cantidad de 2.400.000 euros, correspondientes al precio que le ofreció aquél a la denunciante para compra de la participación que ésta había adquirido en la sociedad de aquél; **b)** que ese es el importe, incrementado en 100.000 euros (la entidad "Cine Premier" habla en su recurso, motivo tercero, que el perjuicio de 2.500.00 euros se corresponde con el importe desembolsado para suscripción de acciones del "Grupo Dreams"), que reclama como perjuicio y **c)** que en la descripción del hecho que imputa, tras enunciar las relaciones comerciales, se refiere a "ocultación de información" sobre la marcha de las sociedades, que la contabilidad de estas era "inadecuada e insuficiente" y que en la misma existen "multitud de irregularidades". En ningún momento utiliza la palabra falsedad o falso para referirse a dicha contabilidad.

Solamente la acusación del Ministerio Fiscal, que también hemos examinado bajo aquella habilitación procesal, se habla de "anotaciones contables simuladas", pero sin utilizar tampoco la expresión "falsedad" o "falso" ni siquiera describir cuales respondían a datos veraces y cuales a datos falsos.

Y, desde luego, ni uno ni otro acusador vinculan la irregularidad o simulación contable a un concreto perjuicio de naturaleza patrimonial con expresión de quien y por qué sufría o podía sufrir perjuicio.

7.- El tipo penal del artículo 290 del Código Penal exige "falsear" que tanto quiere decir como mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho (655/2010, de 13 de julio). Pero, es de advertir que solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Cuando se trata de juicios de valor, aunque pueda predicarse la incorrección, no puede decirse que su enunciado sea o no falso. Y en contabilidad, además de datos, se manejan juicios de valor. Como los que corresponde emitir sobre la calificación contable de un dato de hecho. De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva.

El objeto sobre el que incide el comportamiento del acusado pueden ser las cuentas u otros documentos que reflejan la situación económica de la sociedad.

Pero la falsedad debe tener una eficacia causal, al menos en potencia, para generar un perjuicio. Y éste debe ser necesariamente económico, como cuida de precisar el tipo penal, que no se satisface cuando los perjuicios son de otra naturaleza. En cuanto económico debe ser patrimonialmente mensurable. La falta de reflejo de la situación real de la economía de la sociedad, o la ocultación de la verdadera situación, no se traduce, ni siquiera potencialmente, por sí sola en un perjuicio o detrimento patrimonial. No satisfaría, a falta de éste, el presupuesto típico. Ni de la modalidad delictiva de mera actividad (párrafo primero del artículo) ni, menos aún, de la modalidad de resultado (párrafo segundo *ibidem*).

El sujeto activo del delito es aquél que tiene el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege" (STS nº 228/2016 de 17 de marzo).

Y el sujeto pasivo ha de serlo una persona determinada o varias. No la generalidad, por más que a veces se indique que el bien jurídico protegido es plural y alcanza incluso al tráfico mercantil. La tipicidad exige concretar los intereses económicos, de contenido patrimonial, que fueron sometidos a riesgo de ser lesionados que efectivamente lo fueron.

Cuestión tanto más trascendente cuanto que esa persona concretamente determinada tiene el poder de condicionar, ejercitando o no denuncia, la apertura de la causa penal y, desde luego, la condena del acusado.

**8.-** Pues bien, en el caso juzgado, si bien se hace referencia a que el comportamiento del acusado dio lugar a la declaración de concurso culpable de dos sociedades, tal declaración "afecta", en la terminología legal, al acusado (artículo 172 redactado por el número noventa y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

De ahí que, si se considera que el perjuicio ocasionado por el recurrente consistió en tal declaración de culpabilidad, es claro que no tendría trascendencia tipificante pues el acusado obviamente no es el perjudicado contemplado en el tipo penal.

Por otra parte los hechos que dieron lugar a esa declaración, descritos

doblemente más arriba, no implican actos del recurrente que puedan calificarse, sin otras añadiduras, como falsos, por más que se incurra en lo que se denominan, inespecíficamente, irregularidades o insuficiencias en la articulación de la contabilidad o incluso en su total omisión. Tales términos son equívocos pues albergan tanto el concepto de falsedad como el de incorrección valorativa. Y esa equivocidad descriptiva acarrea la consecuencia de no poder afirmarse concluyentemente la tipicidad penal.

El motivo se estima con relevancia de la consideración de los demás alegados en el mismo recurso.

### **Recurso interpuesto por "Cine Premier, S.L."**

**TERCERO.- 1.-** El primero de los motivos pretende la modificación del hecho probado –que justificó una sentencia absolutoria– en lo relativo al hermano del penado, el absuelto D Laureano.

Con amparo en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega que es erróneo concluir que el citado D. Laureano **no participara en la gestión** del "Grupo Dreams". Recuerda que es notorio que formaba parte del Consejo de Administración del citado grupo desde el año 2002 hasta el 2006.

Y que el informe de los administradores le atribuye, no solamente aquella pertenencia al Consejo, sino la participación en la gestión.

**2.-** La sentencia de instancia concluye que no participó en ningún consejo, lo que es compatible con la pertenencia al mismo, y que no firmó las cuentas.

**3.-** Pues bien, el cauce casacional elegido exige que el documento invocado sea tal, y no mera documentación de pruebas de naturaleza personal. Que del mismo derive el error, sin necesidad de acudir a otros medios o a argumentaciones que incluyan inferencias complementarias de lo que el medio aporta. Y que la conclusión probatoria combatida no sea resultado de otros medios de prueba diversos del documento que se invoca. Los informes periciales no tienen naturaleza casacional a estos efectos salvo la excepción de que sea único o varios contestes y que, sin ser cuestionados por otros medios, el juzgador se aparte del mismo sin justificación alguna.

En el caso la pertenencia formal a un consejo de administración de una sociedad es totalmente compatible con, no solo la ausencia en las reuniones del mismo para la toma de sus decisiones, sino también en la efectiva participación gestión o gerencia de la sociedad mediante actos diversos de los acuerdos de aquel consejo. Por lo que lo alegado por el recurrente no evidencia el error de la Sala.

Además, los informes grafológicos solamente acreditan el estampado de las firmas pero no que por ello el acusado llevase a cabo la gestión que tal firma autoriza a suponer. La realidad de ésta puede ser cuestionada, más aún, si se toma en consideración otros elementos de juicio. Como las declaraciones personales. Por lo que la grafología alegada no reviste las condiciones procesales del documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Menos aún, si cabe, los informes de los auditores, si ni siquiera se especifica en el recurso los argumentos que los mismos barajaron para tal conclusión de que D Laureano era efectivo gestor.

Por las mismas razones este cauce procesal no puede conducir a una

modificación gravosa para el acusado absuelto.

Como recordábamos en la Sentencia nº 436/2014 de 9 de mayo, resolviendo el recurso nº 1902/13, en relación a la viabilidad de impugnación de las sentencias absolutorias cabe citar la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1043/2010 de 11 de noviembre, en la que se dio respuesta a sendos motivos de las acusaciones que invocaban el derecho a la tutela judicial efectiva. La invocación del derecho a la tutela judicial efectiva permite someter a debate en la instancia de control constitucional –como lo es la casación ex artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– la calidad argumental de la decisión que da respuesta a las pretensiones de las partes.

Afirmar que la razón de fondo de la sentencia absolutoria es errónea, porque concurren elementos suficientes para dar por enervada la garantía constitucional de presunción de inocencia, no tiene cabida en el recurso contra aquélla. Porque el derecho del penado a invocar la garantía de presunción de inocencia no tiene como correlato la posibilidad de invocar error en la decisión absolutoria de la sentencia en aplicación de aquella garantía.

Los cánones de constitucionalidad son restrictivos. Entre ellos cabe citar la inexistencia de un error susceptible de ser tildado como patente (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2010) o la quiebra evidente de pautas de razonabilidad lógica en el sentido de incoherencia lógica entre la premisa afirmada y la conclusión extraída, la ausencia de un cierto refuerzo, que la motivación requiere ante supuestos determinados por la entidad de los derechos comprometidos, así en los casos de rechazo de la prescripción o en la insuficiencia investigadora en casos de denuncia de tortura policial (STC de 18 de octubre de 2010), o incluso la ausencia de razonabilidad de la resolución por los resultados a que conduce.

Es decir, en el caso de revisión de sentencia absolutoria, no se trata de que el Tribunal que conoce de la apelación examine si procedía la condena, sino si el argumento de la absolución es patentemente arbitrario hasta el punto de poder tenerse por inexistente.

Pero, en todo caso hemos de reiterar aquí la inviabilidad de proceder a una modificación del hecho probado por vía de recuso cuando se trata de sentencias absolutorias. Y no solamente por imperativo del derecho a un proceso con todas las garantías, sino esencialmente por infracción del derecho de defensa si aquella revisión se lleva a cabo sin la presencia del acusado absuelto ante el tribunal que conoce del recurso. Y también se desconocen las exigencias del derecho de defensa si se lleva a cabo cualquier modificación de hechos probados en perjuicio del penado, sin oír a éste directamente, aun cuando sea sobre la base de pruebas no personales, como la documental o la pericial documentada, o cuando se hayan modificado las conclusiones alcanzadas a través de razonamientos inferenciales, sin alterar las bases fácticas atendidas para construirlos.

Por ello este motivo debe ser rechazado.

**CUARTO.-** El segundo de los motivos pretende, ya al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, que se declare vulnerando el artículo 290 del Código Penal al absolver a D. Laureano. Alega que los hechos declarados probados justificaron la condena de su hermano y debieran justificar la del absuelto "toda vez que participa y es conocedor de los hechos imputados".

Tal presupuesto de la pretensión implica cuestionar el hecho que se declara probado, como si el motivo anterior hubiera sido estimado. Ya hemos dejado expuesto que no cabe proclamar ahora en la casación esa participación del sujeto absuelto.

Pero es que, a mayor abundamiento, aquellos hechos que se transcriben ya hemos expuesto en los fundamentos anteriores que tampoco justifican la condena del penado cuyo recurso dejamos antes estimado.

**QUINTO.-** También pretende que concurre infracción de ley por no estimar al absuelto responsable criminalmente del delito del artículo 295 del Código Penal. Parte de la existencia como hecho probado de una connivencia entre los hermanos, el penado y el absuelto, para a través del desahucio de los arrendatarios dar lugar a la despatrimonialización de las sociedades →"Grupo Dreams SL" y "DC Campo de las Naciones SL"→ que gestionaban.

D. Laureano habría pasado a la gestión de los cines a partir de la ejecución del desahucio, apropiándose de los enseres existentes en los locales de cine. Alega que el desahucio se ocultó a la denunciante.

La sentencia recurrida no incluye en los hechos probados tal connivencia entre los hermanos. Ni esa disposición de ilícito apoderamiento de enseres. Ni aquella ocultación del desahucio. Y el cauce casacional elegido obliga a sujetarse estrictamente a aquella declaración de hechos probados.

Por ello el motivo se rechaza.

**SEXTO.-** Finalmente por el cauce de infracción legal se denuncia como indebidamente omitida la imposición de la obligación de satisfacer a la recurrente la cantidad de 2.500.000 euros, en concepto de perjuicios. Ausencia de responsabilidad civil en la parte dispositiva que supondría infracción de los artículos 109, 110 y 116 del Código Penal.

Olvida que tales preceptos presuponen la responsabilidad penal por el hecho causante del correspondiente perjuicio.

Ya hemos dejado establecido la improcedencia de imponer responsabilidad penal alguna.

Por ello este motivo debe ser rechazado.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede imponer a la entidad "Cine Premier, S.L" las costas derivadas de su recurso, siendo de oficio las derivadas del interpuesto por D. Fernando.

### **III. FALLO**

Que debemos **ESTIMAR y ESTIMAMOS** el recurso de casación interpuesto por **Fernando**, contra la sentencia dictada por la Sección 15ª de la **Audiencia Provincial de Madrid**, con fecha 21 de diciembre de 2015. Sentencia que se casa y se anula parcialmente, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas del mismo.

Y, por el contrario debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto por la entidad "**CINE PREMIERE S.L.**", contra la misma resolución, con expresa imposición de la costas causadas en el recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicta a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

**445/2016**

***Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro***

***Fallo: 10/11/2016***

***Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández***

***TRIBUNAL SUPREMO***

***Sala de lo Penal***

#### **Encabezamiento**

***SEGUNDA SENTENCIA Nº: 884/2016***

***Excmos. Sres.:***

**D. Julián Sánchez Melgar**

**D. José Ramón Soriano Soriano**

**D. Luciano Varela Castro**

**D. Andrés Palomo Del Arco**

**D. Joaquín Giménez García**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 1548/2015, seguida por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Diligencias Previas nº 5684/2006 instruidas por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, por delitos continuados de apropiación indebida y societarios, contra Fernando, nacido en Madrid el día NUM009/1963, con

DNI nº NUM010y Laureano, nacido el día NUM011/1943, con DNI nº NUM012, en la cual se dictósentencia por la mencionada Audiencia con fecha 21 de diciembre de 2015, que ha sido recurrida en casación y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

## **I. ANTECEDENTES**

**ÚNICO.-** Se admite la declaración de hechos probados de la recurrida.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** Por las razones expuesta en la sentencia de casación, de los hechos probados no derivan datos suficientes para estimar cometido el delito del artículo 290 por el que había sido condenado D. Fernando, que, en consecuencia debe ser absuelto de tal infracción.

## **III. FALLO**

Debemos absolver y absolvemos a Fernando, del delito societario del artículo 290 del Código Penal por el que condenado en la instancia, relevándole de toda obligación de pago de costas y responsabilidad civil.

Se ratifican los demás contenidos de la parte dispositiva de la sentencia de instancia con declaración de oficio de todas las costas causadas en aquélla.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.