



Roj: **STS 722/2022 - ECLI:ES:TS:2022:722**

Id Cendoj: **28079120012022100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2022**

Nº de Recurso: **58/2020**

Nº de Resolución: **170/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2400/2019,**
STS 722/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 170/2022

Fecha de sentencia: 24/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 58/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 2ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 58/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 170/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación de la acusación particular entidad **MANANCAIS DE PORTOVELLO, S.A.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 2ª de fecha 8 de noviembre de 2019 en el Rollo de Sala nº 28/2016, que absolvió a los acusados D. Luis Andrés y D. Luis Enrique de los delitos de administración desleal y apropiación indebida, 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 del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador D. Benjamín Victorino Regueiro Muñoz, bajo la dirección letrada de Dª. Mª Jesús Vieito Mayo, y como parte recurrida los acusados absueltos D. Luis Andrés y D. Luis Enrique, representados por el procurador D. Gonzalo Lousa Gayoso, bajo la dirección letrada de D. José Ángel Cobreiro Mosquera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - El Juzgado de instrucción nº 1 de Arzúa instruyó procedimiento abreviado nº 1182/2012 contra D. Luis Andrés y D. Luis Enrique y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 2ª, que con fecha 8 de noviembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que:

Mediante escritura pública de fecha 29-4-2004 se constituyó la entidad mercantil "Manancais de Portovello SA", constituida inicialmente por Amadeo y sus hijos Aquilino, y los aquí acusados Luis Andrés, mayor de edad, con DNI. NUM000, cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la presente resolución, y Luis Enrique, mayor de edad, con DNI NUM001, cuyas demás circunstancias personales constan también en el encabezamiento de la presente resolución.

El capital social se fijó inicialmente en 64.000 euros, que se suscribió por los 4 socios a partes iguales, formando parte los cuatro accionistas del Consejo de Administración de la Sociedad, siendo Amadeo su Presidente, Luis Andrés su Secretario, Luis Enrique su Consejero y Aquilino su Vicepresidente.

El objeto social de Manancais de Portovello SA era la preparación y envasado de aguas minerales naturales, la limpieza, clasificación y envase de frutas y otros productos vegetales, la elaboración de café, té, sucedáneos de café, la agricultura ecológica, el cultivo de plantas medicinales, y la compra y venta de fincas de cualquier naturaleza.

En Junta General Extraordinaria Universal celebrada el 29-4-2004, fecha de constitución de la sociedad, y a la que asistieron los cuatro socios, se nombró apoderado de la sociedad a Luis Andrés, a quien, con fecha 14-2-2005 se le realizó un contrato laboral con la categoría profesional de gerente, coordinador e investigador. En esa misma Junta General Extraordinaria del 29-4-2004 se acordó, para acometer los gastos notariales y registrales derivados de la constitución de la empresa, aceptar préstamos sin intereses de Amadeo, Luis Andrés y de "Xeira SC" -sociedad civil compuesta por los mismos miembros del Consejo de Administración de Manancais de Portovello S.A. y cuyo objeto era el comercio de productos de droguería y perfumería, el comercio de bebidas y tabaco y el comercio de productos alimenticios-, estableciéndose asimismo el compromiso de "satisfacer las deudas previas a la constitución de esta empresa que fueran asumidas por Xeira SC", así como regularizar la deuda en cuanto la Tesorería de Manancais de Portovello SA así lo permitiera.

Por diversos motivos económicos y de estrategia comercial Manancais de Portovello SA se vio en la necesidad de realizar sucesivas ampliaciones de su capital social. Así, por Junta General Universal de fecha 28-2-2005, a la que acudieron los 4 socios, se acordó por los cuatro accionistas llevar a cabo sucesivas ampliaciones hasta alcanzar, antes del 30-9-2005, un capital social de 824.000 euros, acordándose realizar una primera ampliación de 200.000 euros, y luego sucesivas ampliaciones en la fecha que designaran los administradores hasta alcanzar la cifra final de capital social.

A tal efecto, se realizaron las siguientes ampliaciones de capital:

- El 4-3-2005, una ampliación de 200.000 euros, suscrita por los cuatro accionistas.
- El 29-9-2005, otra ampliación de 150.000 euros suscrita igualmente por los cuatro accionistas.
- El 30-9-2005, una nueva ampliación de 216.000 euros, suscrita igualmente por los cuatro accionistas.



En consecuencia, y tras las sucesivas ampliaciones, el capital social de Mananciais de Portovello SA quedó fijado en 630.000 euros.

Mediante escritura pública de fecha 29-9-2005 Mananciais de Portovello SA, representada por sus cuatro socios, adquirió 10 fincas, con un total de 30.996 metros cuadrados, a Luis Andrés, por un precio total de 216.972 euros, precio medio por metro cuadrado superior al que la sociedad había abonado en esas fechas en la compra a terceros de otros terrenos en esa misma zona.

En la Junta General Universal de Mananciais de Portovello SA de fecha 28-2-2005, junto al primer aumento del capital social, también se acordó adquirir de Luis Andrés los derechos de explotación de una patente (sic) de invención de un envase para bebidas, y conceder una regalía por cada unidad comercializada, firmándose el 8-3-2005 un contrato en ejecución del anterior acuerdo, abonando la cantidad de 32.000 euros; el plazo para esta explotación era de 12 años.

En los meses finales del año 2005 y el primer semestre del año 2006 Mananciais de Portovello SA asumió diversos gastos del desarrollo de la propiedad industrial de Luis Andrés hasta un total de 35.750,04 euros, corriendo la sociedad con los gastos de promoción en ferias internacionales de la referida propiedad industrial, por importe de 5.252,37 euros. En fecha 21-6-2006 Luis Andrés solicitó en la Oficina Española de Patentes y Marcas el registro del modelo de utilidad "Envase de bebida con tapa" que se le concedió el día 17-7-2006 con el número de registro 200600181.

En fecha 20-6-2006 la Junta General Universal de la sociedad Mananciais de Portovello SA, en la que tomaron parte los cuatro socios, acordó delegar en su Consejo de Administración la compra de fincas en el lugar de Portovello por un importe aproximado de 300.000 euros, así como la adquisición, por la cantidad de 350.000 euros, de los derechos de explotación en exclusiva tanto de la "patente" (en realidad un modelo de utilidad) como de la marca BOTEclíc, pertenecientes al acusado Luis Andrés.

Posteriormente, con fecha 1 de enero de 2007, Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique constituyeron la sociedad "Exclusivas Xeira SL", con el mismo domicilio y objeto social que el de "Xeira SC", que carecía ya de actividad, formando su Consejo de Administración Amadeo como Presidente, Luis Enrique como Vicepresidente y Luis Andrés como Consejero.

Con fecha 28-6-2007 Aquilino dejó de formar parte del Consejo de Administración de Mananciais de Portovello SA.

Mediante documento privado de fecha 8 de julio de 2018 Raimundo, por una parte, y Amadeo, Luis Enrique y Luis Andrés, quienes actuaban en representación de Exclusivas Xeira SL, por otra, suscribieron un contrato de préstamo mercantil por el que Raimundo entregaba la suma de 100.000 euros a Exclusivas Xeira SL, a devolver en un plazo de 2 años, y mediante otro documento privado de fecha 9-7-2008 Raimundo entró a formar parte del accionariado de Mananciais de Portovello SA mediante la compra de una acción a Luis Andrés por la suma de 5.000 euros.

Posteriormente, mediante un nuevo documento privado de 18 de agosto de 2008, Raimundo, por una parte, Amadeo, Luis Enrique y Luis Andrés, quienes actuaban en representación de Exclusivas Xeira SL, por otra, suscribieron un contrato de préstamo mercantil por el que el primero entregaba a la prestataria, Exclusivas Xeira SL, la cantidad de 250.000 euros, contrato que fue cancelado el 18 de septiembre de 2018.

En esa misma fecha de 18-8-2008 Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique firmaron un compromiso de compraventa, en el que Luis Andrés intervino tanto en su propio nombre como en representación de Mananciais de Portovello SA, por el que acordaron la compra por Mananciais de Portovello SA a Luis Andrés de 11 parcelas de su propiedad y de la "patente de invención" (en realidad modelo de utilidad) y la marca BOTEclíc, sin que se fijara en ese momento precio ni plazo para la ejecución de las compraventas.

En Junta General Ordinaria de Mananciais de Portovello SA celebrada en fecha 21-8-2008 con la participación de Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique se acordó un nuevo aumento del capital social en un total de 1.260.000 euros, a suscribir entre los días 11 y 18 de septiembre de 2008, quedando así fijado el capital social de Mananciais en la cantidad de 1.890.000 euros.

El 15-9-2008 Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique firman un nuevo compromiso de compraventa de propiedad industrial actuando como vendedor Luis Andrés y como compradora "Mananciais de Portovello SA" representada por Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique, compromiso al que se dio forma de contrato de arras y por el que Luis Andrés se comprometía a vender a Mananciais, en plazo máximo de 60 días, y por un precio de 250.000 euros el modelo de utilidad BOTEclíc y la marca BOTEclíc, registrados en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) con los números 200.600.181 y 2.234.370 respectivamente. El precio de 250.000 euros se abonó ese mismo día mediante transferencia bancaria a una cuenta de la titularidad de Luis Andrés.



Por escritura pública de fecha 18-9-2008 Luis Andrés vende a Mananciais de Portovello SA, que actuaba representada por Amadeo , Luis Andrés y Luis Enrique , las 11 fincas referidas en el compromiso de venta de fecha 18-8-2008 (en total 25.976 metros cuadrados) por un precio conjunto de 280.000 euros, precio medio por metro cuadrado superior al que la sociedad había abonado en esas fechas en la compra a terceros de otros terrenos en esa misma zona.

Con fecha 3-10-2008 se elevó a escritura pública la ampliación de capital social, en 1.260.000 euros, acordada el 21 de agosto de 2018, siendo suscrita la ampliación en las proporciones siguientes: 220.500 euros por Amadeo ; 315.000 euros por Luis Enrique ; y 321.300 euros por Luis Andrés . El resto de la ampliación (403.200 euros, 2167 % del capital social) hasta llegar a los 1.260.000 euros, fue suscrito por Raimundo , quien, como ya se indicó, había entrado en el accionariado de Mananciais de Portovello SA el 9-7-2008 mediante la compra de una única acción.

En Junta General ordinaria de la sociedad Mananciais de Portovello SA celebrada el 31 de julio de 2009 se acordó, entre otros extremos, ratificar tanto el compromiso de compra de parcelas de fecha 18 de septiembre de 2008 como el compromiso de compraventa de propiedad industrial de fecha 15 de septiembre de 2008, así como el cese del anterior Consejo de Administración y el nombramiento de uno nuevo compuesto por Amadeo como Presidente, Luis Enrique como Vicepresidente, Luis Andrés como Secretario y Anselmo (persona de confianza de Raimundo) como Vicesecretario.

Con fecha 25 de febrero de 2010 Raimundo procedió a adquirir mediante escritura pública acciones de Mananciais de Portovello SA a los socios Amadeo , Luis Enrique y Luis Andrés , por la cantidad total de 325.000 euros, pasando así a tener una cuota de participación en el capital social del 65%.

Con esa misma fecha del 25-2-2010, se firmó un contrato privado de compraventa de los derechos de propiedad industrial antes referidos, actuando Luis Andrés como vendedor y el propio Luis Andrés , Amadeo , Luis Enrique y Anselmo , en representación de "Mananciais de Portovello SA", como comprador, en el que se reconocía que el precio ya había sido recibido con anterioridad en fecha 15-9-2008, contrato que no llegó a ser elevado a escritura pública. Los derechos de propiedad industrial objeto de compraventa caducaron en fecha 28-5-2010.

Luis Andrés y Luis Enrique , durante el período en que formaron parte del Consejo de administración de la sociedad, dejaron de liquidar en tiempo y forma el Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de varias de las operaciones de adquisición de fincas antes mencionadas. Así:

- De la escritura pública otorgada con fecha 21-4-2005 (protocolo 482), por valor de adquisición de 42.290 euros.
- De la escritura pública otorgada con fecha 29-9-2005 (protocolo 1210), por valor de adquisición de 216.972 euros.
- De la escritura pública otorgada con fecha 6-10-2005 (protocolo 1244), por valor de adquisición de 73.500 euros.
- De la escritura pública otorgada con fecha 22-12-2005 (protocolo 1569), por valor de adquisición de 9.916'70 euros.

Como consecuencia de no haber abonado los correspondientes impuestos, hubo que hacer frente a sanciones, recargos e intereses por las 4 operaciones descritas con un coste para Mananciais de Portovello SA de 23.18375 euros.

Tampoco consta que se abonaran las cargas tributarias de los protocolos de ventas de fechas 27-3-2007 (protocolo 385) y de 18-9-2008 (protocolo 1103).

Con fecha 11 de septiembre de 2008 Mananciais de Portovello SA tenía una deuda, por diferentes depósitos constituidos en la empresa, con sus socios Amadeo , Luis Andrés y Luis Enrique , así como con Exclusivas Xeira SL y con Xeira SC, por importe total de 345.40969 euros, posteriormente regularizada. Entre esa fecha y el 31-12-2008 los acusados, actuando como administradores de Mananciais de Portovello SA, constituyeron depósitos en efectivo en la mercantil "Exclusivas Xeira SL" hasta llegar a un total de 185.000 euros. Durante el año 2009 los acusados realizaron nuevos depósitos en efectivo en la mercantil "Exclusivas Xeira SL", que hasta septiembre de ese año alcanzaron la cifra de 57.400 euros.

Con fecha 25 de febrero de 2010 el Consejo de Administración de Manancias de Portovello SA (del que ya formaba parte Anselmo) y los legales representantes de Exclusivas Xeira SL firmaron un acuerdo de restitución de depósitos recibidos por Exclusivas Xeira SL de Manancias de Portovello SA, sin que resulte posible afirmar si existe o no saldo favorable a una u otra de las sociedades.



Con fecha 15-9-2010 Amadeo , Luis Andrés y Luis Enrique dejaron de formar parte del Consejo de Administración de Mananciais de Portovello SA, pasando a ser Raimundo su Presidente, Iván su Vicepresidente, y Anselmo su Secretario." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de La Coruña Sección 2ª, dictó sentencia nº 440/2019 con el tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a los acusados Luis Andrés y Luis Enrique de los delitos cuya comisión les venía siendo imputada, con declaración de oficio de las costas procesales que se hubieran podido devengar en esta instancia.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de **casación** por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Sección de la Audiencia, a medio de escrito, con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la última notificación." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por la representación de la acusación particular, entidad Mananciais de Portovello, S.A., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de los derechos constitucionales al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 LECRIM, en relación con el artículo 24 de la Constitución:

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECRIM, por inaplicación de los artículos 295 y 74.1 del Código Penal.

Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.2 de la LECRIM, por error en valoración de la prueba.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma a tenor de lo dispuesto en el artículo 851.3 de la LECRIM.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 1 de octubre de 2020 solicitó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 3 de diciembre de 2021 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 12 de enero de 2022, y seguidamente por auto de fecha 25 de enero de 2022, la Sala dictó Auto de prórroga para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 440/2019, dictada con fecha 8 de noviembre de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, absolvió a los acusados Luis Andrés y Luis Enrique de los delitos de administración desleal y apropiación indebida por los que venían siendo acusados.

Frente a esta resolución absolutoria, interpone recurso de casación la representación legal de la acusación particular ejercida por la entidad Mananciais de Portovello S.A. Se formalizan cuatro motivos que van a ser analizados individualmente, sin perjuicio de las obligadas remisiones para evitar reiterar lo que ya ha sido objeto de análisis y respuesta.

2.- La primera de las quejas, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, alega vulneración de precepto constitucional. La lectura detenida de su argumentario -por cierto, encomiable ejemplo de meticulosidad en su desarrollo- pone de manifiesto el desacuerdo de la acusación particular con el desenlace absolutorio de la causa penal seguida contra ambos acusados. Se considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada en el art. 24.1 de la CE.

2.1.- Con el fin de respaldar su discrepancia con la sentencia de instancia, el recurrente pone el acento en distintos fragmentos del hecho probado que, a su juicio, encerrarían una inferencia contraria al material probatorio puesto a disposición de la sala sentenciadora.

Ese defecto valorativo irrazonable tendría reflejo en las dos secuencias fácticas del juicio histórico en las que se alude a la adquisición de unos terrenos pagando un sobreprecio que sería expresión de la deslealtad y del propósito lucrativo de Luis Andrés y Luis Enrique : "... mediante escritura pública de fecha 29-9-2005 Mananciais de Portovello SA, representada por sus cuatro socios, adquirió 10 fincas, con un total de 30.996



metros cuadrados, a Luis Andrés, por un precio total de 216.972 euros, precio medio por metro cuadrado superior al que la sociedad había abonado en esas fechas en la compra a terceros de otros terrenos en esa misma zona (página 7 sentencia).

Por escritura pública de fecha 18-9-2008 Luis Andrés vende a Mananciais de Portovello SA, que actuaba representada por Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique, las 11 fincas referidas en el compromiso de venta de fecha 18-8-2008 (en total 25.976 metros cuadrados) por un precio conjunto de 280.000 euros, precio medio por metro cuadrado superior al que la sociedad había abonado en esas fechas en la compra a terceros de otros terrenos en esa misma zona. (página 9 de la sentencia)".

Además de esta proclamación como hecho probado de una venta por un precio superior al que debería haber sido pactado si se hubiera tratado de una adquisición que miraba por los intereses de la sociedad adquirente, alude el recurrente al perjuicio derivado de lo que el Letrado denomina "...controversia de la propiedad industrial".

Se alude así a la operación descrita en el juicio histórico de la sentencia cuestionada, en el que se mencionan unos gastos de promoción por importe de 5.252,37 euros del modelo de utilidad " *Envase de bebida con tapa*" que se le había concedido con fecha 17 de julio de 2006 y que meses antes el acusado Luis Andrés había solicitado su registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas el registro del modelo de utilidad.

Las páginas 9 y 10 de la sentencia describen esta operación en los siguientes términos: "... el 15-9-2008 Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique firman un nuevo compromiso de compraventa de propiedad industrial actuando como vendedor Luis Andrés y como compradora "Mananciais de Portovello SA" representada por Amadeo, Luis Andrés y Luis Enrique, compromiso al que se dio forma de contrato de arras y por el que Luis Andrés se comprometía a vender a Mananciais, en plazo máximo de 60 días, y por un precio de 250.000 euros el modelo de utilidad BOTEclíc y la marca BOTEclíc, registrados en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) con los números 200.600.181 y 2.234.370 respectivamente. El precio de 250.000 euros se abonó ese mismo día mediante transferencia bancaria a una cuenta de la titularidad de Luis Andrés .

[...] Con esa misma fecha del 25-2-2010, se firmó un contrato privado de compraventa de los derechos de propiedad industrial antes referidos, actuando Luis Andrés como vendedor y el propio Luis Andrés, Amadeo, Luis Enrique y Anselmo, en representación de "Mananciais de Portovello SA", como comprador, en el que se reconocía que el precio ya había sido recibido con anterioridad en fecha 15-9-2008, contrato que no llegó a ser elevado a escritura pública. Los derechos de propiedad industrial objeto de compraventa caducaron en fecha 28-5-2010" (página 10".

La Letrada de la acusación particular sostiene que la argumentación hecha valer en la instancia, "... aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la Administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo". De ahí la vulneración del derecho previsto en el art. 24.1 de la CE, en la medida en que los elementos del delito de administración desleal quedaron evidenciados a la vista de las pruebas desarrolladas en el plenario.

No tiene razón el recurrente.

2.2.- Está fuera de dudas -decíamos en las SSTs 2586/2007, 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre- la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada: "...el derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supone una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero-, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo".

Hemos reiterado -recuerdan las SSTs 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre- que "...si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En consecuencia, ningún obstáculo existiría, de prosperar la impugnación del recurrente, para sustituir el pronunciamiento absolutorio por uno de condena,



siempre que ello fuera consecuencia de la incorrección jurídica detectada en la instancia y que ello no implicara una rectificación o adición en el relato de hechos probados proclamado por la Audiencia".

El problema radica en que, en el caso que ocupa nuestra atención, la línea argumental del recurrente se centra, no en un hipotético error de subsunción que hubiera llevado en la instancia a pronunciar un fallo absolutorio pese a describir un relato fáctico incardinable en el delito de administración desleal, sino en la irracionalidad de una motivación que, sin embargo, a juicio de esta Sala, no es detectable.

La conclusión que lleva a la Audiencia a descartar la existencia de un posible delito de administración desleal o incluso un delito de apropiación indebida por los que se formula acusación, se expresa con claridad en el FJ 1º de la resolución recurrida: *"...en el presente caso, en el precedente relato de hechos probados no concurren ni los requisitos que caracterizan al delito de administración desleal ni al delito de apropiación indebida objeto de acusación. Así, para valorar la trascendencia penal de la conducta desplegada por los acusados y que se ha reflejado en el relato fáctico hemos de tener en consideración que la entidad mercantil "Mananciais de Portovello SA" desde la fecha de su constitución, el 29 de abril de 2004, y al menos hasta el 9 de julio de 2008, fecha en la que Raimundo entró a formar parte de su accionariado mediante la compra de una única acción, era una sociedad familiar de la que únicamente formaban parte Amadeo y sus hijos Luis Andrés, Luis Enrique y Aquilino, este último hasta el 28 de julio de 2007, y todas las decisiones que afectaban a la marcha de la sociedad se adoptaron en Junta General Universal, concurriendo también los cuatro accionistas y miembros del Consejo de administración de la sociedad al otorgamiento de la escritura pública de 29 de septiembre de 2005 (para la adquisición de 10 fincas propiedad de Luis Andrés)".*

Para descartar la significación criminal del delito por el que inicialmente se formuló acusación, añade la Audiencia, dando respuesta a los dos ejes argumentales sobre los que se construye la discrepancia del recurrente, que *"...tanto la decisión de ampliación de capital del año 2005, como la de adquisición de los derechos de explotación del modelo de utilidad y de la marca propiedad de Luis Andrés se adoptaron en Juntas Generales Universales (que, de conformidad con la legislación mercantil, solo requieren para su válida constitución que esté presente o representado la totalidad del capital social y que los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta así como el orden del día de la misma, debiendo ser firmada el acta por todos los asistentes) celebradas el 28 de febrero de 2005 y el 20 de junio de 2006. Por ello no puede afirmarse la existencia de un interés social (o de la sociedad) diferenciado del de los cuatro socios que la integraban ni tampoco cabe concluir que esos cuatro socios, con estas actuaciones, pretendieran perjudicar los intereses de la sociedad; acaso pudieron llegar a hacerlo desde un punto de vista puramente económico, pero no puede aceptarse que en esa condiciones concretas lo hicieran con alguna intención ilícita, pues el perjuicio recaería sobre ellos mismos".*

Subraya el órgano de instancia que buena parte de las operaciones que hoy se señalan como expresivas de una estrategia expropiatoria o de distracción de bienes sociales a favor de los acusados, fueron en realidad operaciones que no pueden considerarse ajenas a la vinculación familiar de los socios. El grupo familiar estuvo siempre presente con una vinculación de intereses complementarios que llevaban incluso a una confusión de los respectivos círculos de patrimonio. En palabras del Tribunal a quo: *"...en particular debe ponerse de manifiesto que ya en la Junta General Extraordinaria Universal celebrada el día 29 de abril de 2004, fecha de constitución de la sociedad, los cuatro socios no sólo aceptan préstamos sin intereses procedentes de la entidad Xeira S.C. (sociedad civil formada por ellos mismos) sino que admiten la existencia de deudas previas a la constitución de Mananciais de Portovello asumidas por Xeira SC".* Por ello ya desde el momento mismo de constitución de Mananciais de Portovello SA existe una vinculación con otras sociedades (primero una SC, más tarde una SL) del grupo familiar con unos intereses complementarios y una cierta confusión de patrimonios, con las consecuencias que ello supone para la conducta llevada a cabo por los acusados".

Llegados a este punto, adquiere también plena significación el apunte que formula el Ministerio Fiscal en su dictamen de impugnación cuando recuerda la vigencia del art. 268 del CP en los delitos patrimoniales cometidos entre hermanos. En efecto, sin entrar a abordar en plenitud una cuestión no suscitada en la instancia y que aconseja algún matiz cuando el vínculo familiar existe en sociedades pluripersonales con partícipes ajenos a ese vínculo, lo cierto es que esta Sala ha precisado que la excusa absolutoria entre hermanos regulada en el art. 268 del CP también es aplicable cuando el hecho imputado se comete en estructuras societarias. Decíamos en la STS 42/2006, 27 de enero, que *"...se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del "levantamiento del velo" con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación "in bonam partem" debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 C.P".*



Al margen de lo anterior, la exclusión del carácter delictivo de la operación de venta de diez fincas por la entidad de la que formaban parte ambos acusados se razona en los siguientes términos: "...así, en primer lugar y con relación a la operación de compraventa por Mananciais de Portovello SA de 10 fincas pertenecientes a Luis Andrés , compraventa llevada a cabo mediante escritura pública de fecha 29 de septiembre de 2005, es necesario poner de manifiesto que las referidas fincas habían sido adquiridas por el vendedor (Luis Andrés) a lo largo de varios años: el 30-11-1999, el 8-2-2000, el 11-8-2000, el 20-6-2003 y el 26-8-2003. A lo que cabe añadir que lo que fueron compras (por Luis Andrés) de diferentes parcelas aisladas se convirtió en una venta (a Mananciais de Portovello SA) de fincas ya colindantes a los efectos de dotar de suelo al proyecto empresarial (de preparación y envasado de aguas minerales naturales) que se pretendía poner en marcha".

Tampoco atribuye la Audiencia significación criminal a la operación ligada a la explotación del modelo de utilidad y de la marca propiedad de Luis Andrés : "... todas las decisiones que afectaban a la marcha de la sociedad se adoptaron en Junta General Universal, no siendo posible estimar la existencia de un interés social distinto del de los cuatro socios que la integraban. Y en este sentido Luis Enrique declaró en el plenario que el modelo de utilidad era un proyecto de su hermano Luis Andrés y se creyó conveniente financiarlo. (...) Posteriormente, el 15-9-2008, se firma un nuevo compromiso de compraventa de propiedad industrial por el que Luis Andrés se comprometía a vender a Mananciais de Portovello SA, por un precio de 250.000 euros el modelo de utilidad BOTEclíc y la marca BOTEclíc, precio abonado ese mismo día. Y en Junta General ordinaria de la sociedad celebrada el 31 de julio de 2009 se acordó ratificar el citado compromiso de compraventa de propiedad industrial de fecha 15 de septiembre de 2008. Por último, el 25-2-2010 se firmó un contrato privado de compraventa de los derechos de propiedad industrial antes referidos, en el que se reconocía que el precio ya había sido recibido con anterioridad en fecha 15-9-2008. Contrato privado en el que intervinieron Luis Andrés , como vendedor, y el propio Luis Andrés , Amadeo , Luis Enrique y Anselmo , en representación de "Mananciais de Portovello SA", como comprador, por lo que, por medio de su persona de confianza, Raimundo , en ese momento ya accionista mayoritario de la sociedad, tuvo conocimiento de lo acordado por Mananciais de Portovello SA respecto a la adquisición de los derechos de propiedad industrial pertenecientes a Luis Andrés . Y si bien es cierto que los citados derechos de propiedad industrial caducaron en fecha 28-5-2010, no lo es menos que tal circunstancia debe ser atribuida a todos los que en ese momento formaban parte del Consejo de Administración de la sociedad, entre ellos, desde el 31 de julio de 2009, Anselmo , persona de confianza de Raimundo ".

Estas inferencias que han conducido a un pronunciamiento absolutorio no son, desde luego, arbitrarias, ni rinden culto al puro voluntarismo de los Magistrados que integraron el órgano de enjuiciamiento. Por el contrario, son el coherente desenlace con una valoración probatoria que, ahora en casación, no podemos rectificar.

Así, para proclamar la inexistencia de una maniobra delictiva en la venta de los terrenos que están en el origen de la acusación, la Audiencia Provincial explica que llegó a esa conclusión a partir de los cuatro informes periciales que fueron valorados en el plenario: el que obra en las actuaciones (folios 578 a 597 de la causa), ratificado por su autor, el Ingeniero Técnico Agrícola Jenaro , que fijó el valor unitario por metro cuadrado de las parcelas adquiridas en los años 2004 y 2005 en una cantidad que oscila entre los 122 y los 212 euros; un segundo informe confeccionado por el perito economista Justiniano , nombrado por el Juez instructor; otro informe pericial (documento número 97 de 5 de octubre de 2016, aportado por la defensa al inicio de las sesiones del juicio oral) emitido por el Ingeniero Técnico Agrícola Matías , en el que el perito estima el valor unitario del suelo del conjunto de las fincas a razón de 7 euros por metro cuadrado y, por último, un cuarto informe pericial (documento número 98 de 16 de octubre de 2016, aportado por la defensa al inicio de las sesiones del juicio oral) emitido por la economista Loreto .

Esos informes periciales, a su vez, fueron contrastados con el testimonio hecho valer por los acusados y los testigos de una y otra parte. No podemos sustituir un pronunciamiento absolutorio por una resolución de condena que nos lleve a valorar unas pruebas cuya práctica no hemos presenciado. Tampoco podemos derivar la condena pretendida por la acusación particular cuando sostiene la irracionalidad en el proceso de valoración probatoria. Como hemos señalado, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la Coruña asumió un discurso exoneratorio en el que no detectamos ninguna quiebra estructural que lo invalide.

Por consiguiente, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

3.- El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 295 del CP, en relación con el art. 74 del mismo texto penal.

A juicio de la defensa, el sobreprecio pagado en la venta de las 10 fincas, tal y como ha sido descrito en el factum, justificaría la condena por un delito de administración desleal. La misma conclusión habría que llegar



-se razona- respecto de la explotación del modelo de utilidad que fue llevada a cabo por los dos hermanos acusados.

Buena parte de lo que ya hemos razonado al dar respuesta al primero de los motivos debería ser suficiente para justificar el rechazo de la queja que hace valer la Letrada recurrente. En el fundamento jurídico precedente hemos explicado y transcrito la secuencia del juicio histórico en el que se reflejan ambas operaciones. Hemos subrayado también la racionalidad con la que la Audiencia ha valorado la amplia actividad probatoria que fue practicada con inmediación en el plenario.

A lo ya razonado debemos ahora remitirnos. Los hechos probados no permiten proclamar un juicio de subsunción que repunte delictivos los hechos, conclusión que ha sido excluida con un razonamiento perfectamente asumible por esta Sala, que ha excluido la existencia del sobreprecio que defiende el recurrente.

El motivo decae (arts. 884.3 y 4 LECrim).

4.- El tercer motivo aduce, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, infracción de ley, error de hecho en la valoración de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del Juzgador.

La laboriosa cita de documentos -algunos de los cuales carecen de significación casacional- no puede ser suficiente para la viabilidad del motivo.

En efecto, el error de hecho en la apreciación de la prueba no puede consistir -hemos reiterado en numerosos pronunciamientos- "...en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que el recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente" (cfr. SSTS 46/2022, 20 de enero; 991/2021, 16 de diciembre; 664/2020, 3 de diciembre y 719/2018, 21 de enero, entre otras muchas).

No basta, en fin, una mención de facturas, documentos, escrituras públicas e informes para obtener un pronunciamiento en el que *volteemos* la sentencia absolutoria recurrida y la sustituyamos por una resolución de condena. No hemos valorado pruebas y no podemos desplazar la apreciación del Tribunal de instancia a partir de la valoración de documentos que ya han sido debidamente ponderados e interrelacionados con otras fuentes de prueba.

Procede, por consiguiente la desestimación del motivo (art. 885.1 y 884.4 de la LECrim).

5.- El último motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECrim. Se denuncia incongruencia omisiva, al no dar respuesta el Tribunal a las cuestiones suscitadas en la instancia.

La vía casacional que habilita el art. 851.3 de la LECrim -incongruencia omisiva o fallo corto-, conforme a reiterada jurisprudencia de esta misma Sala, es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de *aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio*: "...ese deber de *atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación, no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejadas en la sentencia* (cfr. SSTS 833/2021, 29 de octubre; 636/2015, 27 de octubre; 411/2012, 18 de mayo; 49/2011, 2 de febrero; 1049/2010, 10 de diciembre; 249/2008, 20 de mayo y 4839/2007, 25 de junio, entre otras muchas).

La acusación particular se limita a insistir en lo que, a su juicio, representan inferencias fácticas que deberían haber sido acogidas por el Tribunal de instancia. Sin embargo, como apunta el Fiscal en su dictamen, la sentencia no ha dejado de resolver las pretensiones planteadas, sino que las ha resuelto en sentido contrario a lo deseado por el recurrente, lo que no constituye el vicio procesal denunciado.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser rechazado.



6.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de la acusación particular ejercida por la entidad **MANANCIAIS DE PORTOVELLO S.A.** contra la sentencia núm. 440/2019, dictada con fecha 8 de noviembre de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, que absolvió a los acusados D. Luis Andrés y D. Luis Enrique de los delitos de administración desleal y apropiación indebida.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D. Ángel Luis Hurtado Adrián