



Roj: **SAP S 114/2018 - ECLI:ES:APS:2018:114**

Id Cendoj: **39075370012018100050**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **793/2017**

Nº de Resolución: **23/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA GALLARDO MONJE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 00023/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Paz Aldecoa Alvarez-Santullano

Don Ernesto Saguillo Tejerina

Doña Maria Gallardo Monje

=====

En la Ciudad de Santander, a 22 de Enero de 2018.

Este Tribunal de la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Santander, ha visto en grado de apelación la causa núm. 196/2017 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander, Rollo de Sala núm. 793/2017, seguida por un delito de falsedad en documento mercantil y estafa contra Pedro Enrique , representado por la Procurador Sra. Gutiérrez Valtuille y asistido por el Letrado Sr. Pérez Espadas,; y contra ILONA, SC, declarada en situación de rebeldía procesal en el acto del juicio; siendo parte también el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción pública, así como Bruno , representado por el Procurador Sr. Martínez Rodríguez y asistido del Letrado Sr. Sánchez-Pego Lamelas, en ejercicio de la acusación particular.

Ha sido parte apelante en este recurso el acusado, Pedro Enrique , siendo parte impugnante el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Dña. Maria Gallardo Monje.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia; y

PRIMERO.- En la causa de que este Rollo dimana, por el Juzgado de lo Penal indicado se dictó con fecha 14/07/2017 Sentencia cuyo relato de Hechos Probados es el que sigue: HECHOS PROBADOS: " **Primero.-** Que los acusados **Pedro Enrique** mayor de edad y sin antecedentes penales, y la mercantil **ILONA S.C.**, CIF J- 39758255, sociedad constituida y administrada por el primero, en fecha 2 de octubre de 2014, el acusado, en representación de la mercantil de la que era administrador ILONA S.C. suscribió dos contratos de arrendamiento con Bruno , representante de la Comunidad de Bienes DIRECCION000 , en virtud de los cuales arrendaba diversos inmuebles de la citada Comunidad, en concreto dos locales comerciales y dos pisos sitios en el nº NUM000 de la C/ DIRECCION001 de la localidad de Guarnizo.

Segundo. - La parte arrendataria, tal como consta en las estipulaciones 13ª y 12ª de sendos contratos, se comprometía a presentar en el plazo máximo de un mes, un aval bancario por importe de 24.000 euros otorgado por una entidad bancaria o financiera, requisito exigido por la parte arrendadora como condición resolutoria aval que sin embargo hizo entrega el día de la firma de los citados contratos siendo este una reproducción fotomecánica.



Tercero.- El acusado, que en realidad nunca tuvo intención real de cumplir la obligación de pago de las rentas y que no contaba con el aval exigido en los contratos, procedió a confeccionar un documento que simulaba una aval por importe de 24.000 euros supuestamente concedido a ILONA S.C. por parte de SOGARCA SRG, entidad dedicada a la concesión de avales a PYMES y Autónomos, y que era conocida por el acusado, ya que le había avalado anteriormente en otra operación para otra mercantil también por el administrada la entidad Juver SC.

Cuarto. - Para ello Pedro Enrique utilizó un modelo de documento de aval de SOGARCA, que en parte copió, suprimiendo algunos datos (domicilio, teléfonos y dirección de correo electrónico), y en parte fotocopió, en concreto el logotipo o anagrama de la empresa avalista y la firma de sus directivos, entre ellas la del Director General Justino .

Quinto. - Ante la entrega del citado aval los arrendadores, entregaron la posesión de los inmuebles arrendados al acusado, el cual los estuvo explotando varios meses, en los que solo hizo algunos pagos parciales de las rentas, hasta que en marzo de 2014 dejó de pagarlas.

Sexto. - Cuando la Comunidad de Bienes arrendadora procedió a ejecutar el aval mediante requerimiento notarial a SOCARGA SRG, se descubrió que en realidad tal aval no existía y que el documento que lo reflejaba era inveraz.

Séptimo. - ILONA S.C. llegó a adeudar por rentas impagadas a la Comunidad de Bienes propietaria de los inmuebles una cantidad cercana a los 24.000 euros falsamente avalados, instando el desahucio en el correspondiente procedimiento civil, Juicio Verbal de Desahucio por falta de pago nº 1246/14 del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Santander, en reclamación de 22.875 euros por rentas impagadas".

Y en lo que ahora nos interesa destacar, el Fallo de la Sentencia dice "**DEBO CONDENAR Y CONDENO a Pedro Enrique** Como autora penalmente responsable de un delito de **FALSEDA EN DOCUMENTO MERCANTIL** previsto y penado en el artículo 392 en relación con el art. 390.3 del Código Penal en concurso del art. 77 del Código Penal , con un delito de **ESTAFA** previsto y penado en los arts. 248 y 249 del Código Penal sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** con la accesoria de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y **MULTA DE DIEZ MESES** a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS (6.-).

Se imponen al condenado la mitad de las costas del procedimiento.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a ILONA S.C Como coautora penalmente responsable de un delito de **FALSEDA EN DOCUMENTO MERCANTIL** previsto y penado en el artículo 392 en relación con el art. 390.3 del Código Penal en concurso del art. 77 del Código Penal , con un delito de **ESTAFA** previsto y penado en los arts. 248 y 249 del Código Penal sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **CUARENTA MIL EUROS DE MULTA**

Se imponen a la condenada la mitad de las costas del procedimiento.

Por vía de responsabilidad civil los condenados juntos y solidariamente indemnizarán a la Comunidad de Bienes DIRECCION000 en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las rentas devengadas e impagadas en los contratos de arrendamiento suscritos en su día, con más los intereses del Art. 576 de la LEC".

SEGUNDO.- Por el acusado, Pedro Enrique , se ha interpuesto recurso de apelación, admitido a trámite por Providencia del Juzgado de 04/09/2017. Dado traslado del recurso a las demás partes, conforme ordena la Ley, se elevó la causa a esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Santander, en la que tuvo entrada el día 19/10/2017, siendo designado Magistrado Ponente Dña. Maria Gallardo Monje. Tras el examen y deliberación del recurso interpuesto, se ha resuelto conforme a continuación se expone.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la resolución recurrida, ya reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del condenado, Pedro Enrique , se interpone recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia, que le condena como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso con delito de estafa, en base a dos argumentos fundamentales: 1º) En primer lugar, se interesa la nulidad de la Sentencia y la retroacción de las actuaciones al momento procesal de admisión del escrito de defensa, al amparo del art. 238.3º de la LOPJ , al haberse declarado a ILONA SC en situación de rebeldía procesal cuando la empresa no fue requerida para designar profesionales; y 2º) Respecto



al fondo del asunto, se alega error en la valoración de la prueba, impugnando la parte la relevancia de la declaración del testigo, Sr. Bruno , ante la falta de explicaciones de éste acerca de por qué no se modificó el contrato si el aval se presentó en el acto de la firma; se impugna también la imputación de la autoría del aval falsificado al acusado; se alega que no existe prueba alguna de que le hubiera sido concedido anteriormente un aval por la empresa SOGARCA; y finalmente se cuestiona la falta de prueba para la determinación de las rentas impagadas o debidas, habiéndose dejado tal cuestión para ejecución de sentencia. Por todo ello, se interesa se decrete la nulidad de actuaciones, en los términos interesados, o, subsidiariamente, se absuelva al condenado, Sr. Pedro Enrique .

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, interesando la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Comenzando el examen del recurso interpuesto por el primero de los motivos de impugnación invocados, conforme al cual se pretende la *nulidad de actuaciones* , deviene obligado hacer un breve análisis de esta institución, que de forma genérica se regula en los arts. 238 y siguientes de la LOPJ , disponiendo el primero de estos preceptos que " *Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º) Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; 2º) Cuando se realicen bajo violencia o intimidación; 3º) Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; 4º) Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva; 5º) Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial; 6º) En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan* " .

La *nulidad de actuaciones* tiene por finalidad fundamental tratar de evitar la conculcación de las normas esenciales y garantías procesales que pueden producir indefensión a las partes, siendo precisamente esa posible indefensión el eje fundamental y la esencia de la nulidad. La nulidad de actuaciones se configura, además, en nuestro Derecho como un incidente de carácter excepcional, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que no toda infracción procesal deviene en nulidad de actuaciones, debiendo primar siempre la conservación de los actos procesales, incluso en las nulidades, en aquellas partes que se deban y puedan conservar por ser útiles, de justicia, estén bien resueltas, siempre, claro está, que o se hallen afectas por el vicio de nulidad.

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, son dos los requisitos que establece el artículo 238 de la LOPJ para la nulidad de los actos judiciales: el primero, que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa; y el segundo, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además, la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que, conforme a lo que establece el artículo 242 de la L.O.P.J se ha de aplicar el principio de conservación de las actuaciones que el propio precepto establece. Así, no procederá la anulación de las actuaciones cuando el defecto procesal que podía originarla se subsane, y se haga cesar la indefensión originada a la parte por la infracción procesal. En este sentido, señala la STS, Sala 2ª, 20-12-1996 , con cita de las STC 155/1988 , 290/1993 y de la STS de 31-05-1994 , que *la indefensión sólo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el Ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con menoscabo real y efectivo del derecho de defensa* , lo que supone tanto como privar, al menos parcialmente, a una de las partes de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos para que le sean reconocidos, o para replicar las posiciones contrarias en ejercicio del derecho de contradicción; siendo copiosa la Jurisprudencia que apunta que únicamente cabe acoger el radical efecto de la nulidad cuando tal indefensión, concebida como la denegación de la tutela judicial en su conjunto y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 de la Constitución Española , sea algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo, por lo que, en materia de derechos fundamentales, ha de hablarse siempre de indefensión material y no formal, no bastando la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías, en relación con algún interés de quien lo invoca (STS Sala 2ª de 22-4-2002), no procediendo en ningún caso, la retroacción de las actuaciones cuando el resultado del proceso hubiere permanecido inalterable, de no haberse producido la trasgresión denunciada.

En el presente caso, no cabe apreciar la nulidad invocada por cuanto en ningún momento se ha generado indefensión a la acusada, ILONA SC, *sociedad civil constituida por contrato privado* de fecha 23/01/2012 (folios 79 y siguientes), con un capital social de 1.000 euros, de los cuales 950 fueron aportados por el acusado, Sr. Pedro Enrique , y los 50 euros restantes, equivalente al 5% del capital, por un tercer sujeto; haciéndose constar en el documento de constitución que la administración y representación de la sociedad, a todos los efectos, correspondería al Sr. Pedro Enrique . Ciertamente, la posibilidad de intervenir en el proceso



de ILONA se ha salvaguardado en todo momento, como resulta de las siguientes diligencias: declaración como investigado (al folio 206), notificación personal del Auto de apertura de Juicio Oral (folio 281), escrito de defensa (al folio 298, presentado por la Procreadora Sra. Gutiérrez Valtuille en nombre y representación de ambos acusados), diligencia de citación para el acto del juicio (folios 320 y 337), o escrito presentado por la representación procesal del ambos acusados solicitando la suspensión del acto del juicio por coincidencia de señalamientos (folio 321). De todas ellas resulta que la sociedad tuvo conocimiento de cada una de las fases del procedimiento, teniendo, además, la posibilidad real de intervenir en ellas a través de su legal representante y partícipe casi único, Sr. Pedro Enrique , propietario, como veíamos, del 95% del capital social y única persona designada a efectos de representación y actuación por parte de la sociedad, como él mismo reconoce en el acto del juicio. Pretender, pues, ahora que el otorgamiento del poder a favor del Procurador se efectuó únicamente por el Sr. Pedro Enrique en su propio nombre y no en el de la sociedad no deja de ser una artimaña procesal que no debe prosperar, precisamente porque el apoderamiento implícito o de facto que se produjo fue tácitamente aceptado tanto por la Procuradora, que así lo rubrica, como por el administrador legal de la sociedad, Sr. Pedro Enrique , perfectamente conocedor en todo momento del desarrollo del procedimiento, razón por cual la posible irregularidad o improcedencia de la declaración de rebeldía que realizada el Magistrado en Sentencia, al carecer de relevancia material, se ve privada de toda virtualidad anulatoria, al no ser causante de indefensión alguna a las partes.

Ello no obstante, ocurre que nos encontramos ante una *sociedad civil* que, *per se* , carecería de personalidad jurídica propia, respondiendo sus socios de forma personal e ilimitada de las deudas de la sociedad, una vez liquidado, en su caso, el patrimonio de la sociedad. Así, especialmente ilustrativa resulta la **Sentencia de la AP de A Coruña, de 9 de marzo de 2012** (Civil), que señala que: " *En la actualidad proliferan en demasía las agrupaciones de personas físicas, que aportando un capital y poniendo su trabajo personal, se dedican a la explotación de un negocio o realizan una actividad comercial o industrial, con ánimo de partir las ganancias. Comunidad que suele constituirse mediante un simple documento privado, y utilizan en el tráfico mercantil denominaciones de "Sociedad Civil" o de "Comunidad de Bienes". Dado que dicho documento privado es presentado ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a fin de obtener un número de identificación fiscal, muchos de los contratantes creen erróneamente que esa "Sociedad Civil" tiene personalidad jurídica propia, e independiente de los distintos socios. Las normas administrativas de carácter fiscal no tienen la virtualidad de generar personalidades jurídicas independientes. La única finalidad de expedir un número de identificación fiscal, diferenciado del correspondiente a las personas que constituyen este tipo de comunidades, es poder controlar fiscalmente mejor esos patrimonios. Pero es que la propia Administración Tributaria les da el tratamiento de uniones sin personalidad, no tributando por el Impuesto de Sociedades, sino por el régimen de atribución de los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de cada uno de los comuneros rentas* ".

En el presente caso, consta que la sociedad ILONA SC posee un número propio de identificación fiscal por cuanto así se indicó en el contrato de arrendamiento del que trae causa la presente (folios 84 y siguientes), en el que se hace constar que el acusado, Sr. Pedro Enrique , interviene en su propio nombre y en el de la sociedad, ILONA, con NIF J-39758255 , que se presenta, pues, erróneamente en el tráfico como ente autónomo, sin serlo, razón por la cual no cabe exigirle responsabilidad penal por la vía del art. 31 bis del Código Penal , al no concurrir el presupuesto básico del mismo, esto es, al no tratarse de un ente con personalidad jurídica propia. En consecuencia, no ha lugar a declarar la nulidad de las actuaciones pero si a revocar el pronunciamiento que condena penalmente a la sociedad, que se suprime y se deja sin efecto.

TERCERO.- Sentado lo anterior, el segundo de los motivos de impugnación que plantea o propone el recurrente es el *error en la valoración de la prueba* . Para tratar esta cuestión téngase presente que son multitud las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que restringen el ámbito de actuación en el recurso de apelación, cuando lo que se cuestiona o impugna es la valoración de la prueba que se ha realizado en la instancia. En este sentido, entre otras, la **STS nº 942/2013, de 11 de diciembre** , señala que " *el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) , lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.*



No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquélla y la regularidad de la prueba utilizada. No es posible, por lo tanto, proceder a una nueva valoración de pruebas personales cuya práctica no se ha presenciado".

Dicho esto, parece obvio que este motivo de impugnación tampoco puede prosperar, más aun si comprobamos que las afirmaciones del recurrente no son más que meras alegaciones, claramente subjetivas y que en ningún caso generan dudas acerca del proceso lógico-valorativo del Juzgador. Así, se afirma que no existe prueba de que la mercantil SOGARCA hubiera emitido aval alguno, con anterioridad, a favor de ninguna empresa participada por el acusado; frente a tal afirmación, la prueba de cargo resulta tanto de la testifical del Sr. Justino -que así lo declara expresamente en el acto del juicio- como de la documental obrante al folio 176 -fotocopia del aval otorgado a JOBERMAR, SC-, habiendo reconocido el acusado su participación en, al menos, ocho sociedades. Se cuestiona también la suficiencia del relato del testigo, Sr. Bruno, representante de la Comunidad de Bienes propietaria de los inmuebles arrendados, que afirma que el aval que necesariamente debía otorgarse para concluir los contratos de arrendamiento se presentó el mismo día de la firma en el despacho del Letrado en el cual se firmaron. El acusado, que no cuestiona la falsedad del aval, niega, no obstante, que lo entregara él, afirmando que si realmente se hubiera entregado en ese momento, se habrían eliminado del contrato las cláusulas 12ª y 13ª, que establecían un plazo de un mes para su otorgamiento. Esta interpretación carece de sentido, si tenemos en cuenta que el único beneficiado con la aportación del aval falsificado fueron el acusado y su sociedad, arrendatarios de los locales. Y finalmente se cuestiona que no se haya practicado prueba para la determinación de las cantidades adeudadas en concepto de rentas impagadas, habiéndose diferido el pronunciamiento al trámite de ejecución de sentencia. Esta cuestión ya fue suscitada por el Letrado en el acto de la vista, siendo zanjada por el Juzgador, que de forma clara rechazó las preguntas referidas al apreciar que no eran cuestiones propias del objeto (penal) del proceso, sin que por el Letrado se formulara protesta alguna al respecto, y siendo, pues, extemporánea su impugnación ahora.

Por todo ello, no siendo los argumentos del recurrente más que meras alegaciones carentes de todo fundamento fáctico, y, por el contrario, siendo el pronunciamiento condenatorio resultado de una labor de ponderación que en ejercicio de sus facultades ha plasmado con claro acierto el Juzgador, la Sala no puede si no desestimar este segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- Siendo parcial la estimación del recurso interpuesto, las costas de la presente alzada se declaran impuestas por mitad al condenado.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Pedro Enrique, contra la Sentencia nº 223/2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Santander, de fecha 14/07/2017, a que se refiere este rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en lo que hace a la condena de la sociedad, ILONA SC, pronunciamiento que se suprime y se deja sin efecto, CONFIRMANDO la resolución en el resto de sus pronunciamientos y condenando al recurrente al abono de la mitad de las costas de esta alzada.

Notifíquese la misma a todas las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, sin perjuicio no obstante de la posibilidad de interponer contra la misma el recurso extraordinario de casación por infracción de Ley previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hecho lo anterior devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento con testimonio de esta resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La precedente sentencia ha sido publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.-