



Roj: **STS 4034/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4034**

Id Cendoj: **28079120012018100595**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2018**

Nº de Recurso: **1837/2017**

Nº de Resolución: **512/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 779/2017,**
STS 4034/2018

RECURSO CASACION núm.: 1837/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 512/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 29 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1837/2017 interpuesto por Claudio y Cristobal , representados por el procurador D. Guzmán de la Villa de la Serna bajo la dirección letrada de D.ª Mónica Caellas Camprubí, así como por Edemiro representado por el Procurador D. Isidro Orquín Cenedilla bajo la dirección letrada de D. César Gil Lamata, contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, en el Rollo Procedimiento Abreviado número 84/2016, en el que se condenó Claudio y a Cristobal como autores responsables de un delito societario del artículo 293.1 del Código Penal y otro de administración desleal del artículo 295 C.P, y les absolvió de los delitos de apropiación indebida o de administración desleal y de falsedad documental por presunto apoderamiento en sobrecostes y, a Claudio , por la apropiación del precio obtenido por la venta de una embarcación; también absolvió a Edemiro , contra el que se retiró la acusación, de los delitos de los que venía siendo acusado. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Señorío de Val Azul S.L. (acusación particular), representada la mercantil por doña Esther Ana Gómez de Enterría Bazán y bajo la dirección letrada de don José Antonio Choclán Montalvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Ibiza incoó Procedimiento Abreviado n.º 25/2012 por delito societario, apropiación indebida, (o subsidiariamente delito de administración desleal), y falsedad en documento mercantil, contra Claudio , Cristobal y Edemiro , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda. Incoado el Rollo Procedimiento Abreviado n.º 84/2016, con fecha 20 de abril de 2017 dictó sentencia n.º 172/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara:

I.-/ De la participación de Jon y de Claudio en proyectos inmobiliarios y de la vulneración del derecho del primero a poder participar en la gestión y control de la actividad social.

Don Jon , a la sazón registrador de la propiedad y del registro mercantil con destino en el Registro de Ibiza y de la oficina liquidadora, interesado en participar en negocios inmobiliarios y de construcción, alrededor del año 2002, decide asociarse con el constructor y acusado Claudio , a quien conocía y con quien tenía relación por ser vecino suyo de la URBANIZACIÓN000 en Ibiza y por haber realizado obras de reforma en su vivienda y en las dependencias del propio registro, obras que habían sido realizadas a cargo de la empresa HRD a él vinculada por ser socio de la misma al 50% juntamente con Marcos , ambos administradores solidarios entre el 1 de febrero de 2000 y el 5 de enero de 2007 y el segundo de los nombrados a partir de esa fecha.

Para llevar a cabo esta asociación, como quiera que Don Jon , bien por razones de incompatibilidad por su condición de registrador de la propiedad de Ibiza o con el fin de que no fuera conocida y aireada esa actividad negocial por posible conflicto de intereses con el empeño de su labor de registrador, no quería figurar ni aparecer, ni que se conociera su condición de socio inversor al 50%, para la cual precisaría, en todo caso, del reconocimiento de compatibilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública, decide que esta asociación empresarial se verifique a través de una sociedad familiar que gira bajo la denominación Señorío del Val Azul S.L., la cual a su vez se hallaba participada por otras dos sociedades familiares administradas, una por su hija Josefa , de profesión ingeniera industrial (CEAMER BALEARES SL) y, la otra, ALFACANTO S.L., por su mujer Luz , inspectora de hacienda, si bien el verdadero administrador de facto de esta compañía era el Sr. Jon . En cuanto se jubila en mayo de 2007 es nombrado administrador único de Señorío del Val Azul en sustitución de su hija, hasta ese momento administradora única y, por su parte, Claudio conviene en que su participación en el negocio de la construcción, al 50% con el Sr. Jon , se materialice a través de la sociedad Travel CWT, de la que era administrador el acusado Cristobal . A partir de ahí convienen en la utilización de una sociedad interpuesta de carácter patrimonial Lisa 99 S.L., en la que tanto Señorío como Travel ostentan el 50% del CS. Por tanto, con participación igualitaria.

Con tal motivo y para llevar a cabo esta participación igualitaria en escritura pública notarial fechada el 2 de diciembre de 2002 Lisa 99 S.L. vendió la mitad de sus participaciones sociales a Señorío del Val Azul S.L. y la otra mitad a TRAVEL CVVT, S.A. Será a través de LISA 99 como sociedad patrimonial interpuesta mediante la cual con dos filiales - ALFABETA REAL STATE S.L., en la que LISA 99 ostenta el 60% del CS, esto es, la mayoría del capital social, junto con UMBRIA que tiene el 40% - los socios belgas que inicialmente se había asociado con Claudio para la construcción del edificio Géminis antes de que él cediera a Jon el 30% - la mitad - de sus participaciones en dicha entidad - y URUAGUAS S.L., propiedad al 100% de LISA 99 - de la manera en que deciden acometer dos proyectos constructivos: uno, la construcción de un edificio de viviendas en la Playa D" Bossa de Ibiza, a ejecutar por ALFABETA REAL STATE como empresa promotora, denominado Géminis y otro en la localidad Playa Paraíso de Adeje en la Isla de Tenerife, a realizar por URUAGUAS como contratista.

Para llevar a cabo ambos proyectos inmobiliarios se conviene, también, y como condición mutuamente aceptada por ambos socios, que las empresas constructoras serán HRD y CYR HRD, esta administrada por Cristobal , las cuales tienen vinculación con Claudio y con UMBRIA.

Asimismo ambos socios asumen que la administración de las sociedades TRAVEL CWJ y ALFABETA REAL STATE sea llevada a cabo por el acusado Cristobal , siendo éste el asesor fiscal y persona de confianza de Claudio , el cual había sido elegido como administrador de ALFABETA tras el cese en marzo de 2004 de Noël Leryke Paguet, abogado, que había sido designado por voluntad de UMBRÍA - los conocidos como los socios belgas de ALFABETA - y por acuerdo de los socios de ambas entidades, así como URUAGUAS por el Letrado Jesús Gil La Mata.

Junto a estas sociedades, a través de las cuales Jon y Claudio participan en la actividad constructiva, tenían otra sociedad al 50%, participada por Señorío del Val Azul y TRAVEL CWT; TRAVEL ACJ, de la que Claudio es su administrador único. Esta compañía, que inicialmente nace con el objeto de actuar en el mercado como agencia de viajes, era la tenedora de dos embarcaciones de recreo y tenía por objeto y finalidad la utilización de dichas embarcaciones por parte de los socios y sus familiares.



La asociación entre Jon y Claudio al inicio se desarrolla sin mayores problemas y vicisitudes de interés hasta finales de 2006 pues el Sr. Jesús se halla al corriente de la situación de las compañías, tal que así su hija interviene como ingeniera en el proyecto de servicios y de electricidad del parking del edificio Géminis y trabaja para ALFABETA REAL STATE y el administrador de LISA se reúne con él asiduamente, así como porque él mismo revisa los contratos de opción de compra y los confecciona, participa en algunas de las ventas junto con su hijo y ha tomado conocimiento de la escritura de división horizontal y de sus modificaciones, hasta que en Febrero de 2007, una vez que ha concluido ya la construcción del edificio Géminis y ha de evaluarse el beneficio y el reparto de dividendos y el edificio de Adeje tiene problemas administrativos por la licencia y de liquidez por necesidad de mayores aportaciones a cargo de LISA 9 S.L., el Sr. Jon contrata los servicios profesionales del despacho de abogados Garrigues, con el propósito de ejercer un mayor control sobre las actividades de las compañías filiales y especialmente sobre URUAGUAS, siendo sobre esta compañía sobre la que principalmente propone que se lleve a cabo una auditoría de cuentas.

Con tal objeto y asesorado por el despacho Garrigues comienza toda una estrategia de comunicaciones y solicitudes dirigidas a obtener una mayor información y control de las compañías, que se desarrolla del modo siguiente:

- El 19 de marzo Señorío del Val Azul remite, con la intervención del despacho de abogados Garrigues, una carta a LISA (Cristobal) denunciando desinformación y trato privilegiado a favor de TRAVEL CWT y antes del día 23 de marzo solicita una auditoría y pide que se facilite información societaria, contractual y contable de dicha sociedad y de las filiales ALFABETA REAL STATE y URUAGUAS. Con esta comunicación se acompaña copia de poder otorgada por Josefa concediendo facultades especiales a los apoderados para expresamente, entre otros objetos, interponer querrela criminal por delitos de falsedad, societario y otros tipos penales contra Cristobal y Claudio . El poder está fechado el día 15 de marzo.

En esa misma fecha el despacho Garrigues con poder otorgado en nombre propio por Jon , dirige burofax al administrador de URUAGUAS, Edemiro , con idéntico objeto. En esa comunicación se solicita la aportación de numerosa documentación que se relacionada en un escrito.

Ante esta carta y habiendo sido informado por el administrador de URUAGUAS, el administrador de LISA, esto es, el Sr. Cristobal , reacciona doblemente, de un lado, reenviando en fecha 23 marzo una carta al despacho Garrigues negando la situación de desinformación pues ha mantenido de facto varias reuniones y contactos con el socio de Señorío, el Sr. Jon y con su hijo, manifestando que antes de decidir sobre la auditoría necesita consultar con el otro socio y reconoce el alcance de la auditoría. Estimando que dicha auditoría sería difícil respecto de ALFABETA REAL STATE.

La respuesta era comprensible pues naturalmente era necesario conocer los periodos a auditar y si la auditoría tenía un alcance meramente contable o también constructivo y de justificación del coste de las obras, o solo a conocer los ingresos realizados por ventas o los previsibles por ventas proyectadas.

De otra parte, el Sr. Cristobal en fecha 23 de marzo y por iniciativa propia a petición de TRAVEL CWT solicita en el registro mercantil una auditoría de LISA 99 respecto de las cuentas anuales del ejercicio de 2006.

Por su parte y paralelamente, el Sr. Edemiro , tras comentar la situación con el Sr. Cristobal , responde al burofax con otro de fecha 23 de marzo, negando la información solicitada en tanto en cuanto el Sr. Jon no acredita la legitimación que ostenta, por no ser socio de URUAGUAS, al tener un único socio que es LISA. Es con ocasión de ese requerimiento cuando Edemiro se entera de el Sr. Jon tiene intereses en LISA a través de Señorío del Val Azul. Tampoco conoce en ese momento su condición de coavalista de la hipoteca concedida por Banca Marc para financiar la construcción de la promoción de Adeje en Tenerife.

Al recibir este burofax Edemiro , el que a él le remite el despacho Garrigues el 19 de marzo, lo pone en conocimiento de Cristobal , toda vez que toda la cuestión contable relativa a esta sociedad y a las filiales de LISA las lleva el Sr. Cristobal , dada su condición de asesor fiscal.

Ambos convienen ser escrupulosos en su proceder, toda vez que consideran que el Sr. Jon con sus hostilidades está pre-constituyendo prueba con la finalidad de promover un litigio y que les presiona con la interposición de acciones penales por delitos societarios contra el Sr. Cristobal y Claudio .

Con todo, el derecho de información de los socios de las compañías mercantiles solo tiene virtualidad entre la convocatoria de la junta de la sociedad y su celebración.

El Sr. Edemiro en su respuesta al despacho Garrigues le comunica que tiene intención de promover solicitud de auditoría de URUAGUAS ante el RM y así lo hace.

Fruto de la estrategia de ambos administradores en fecha 27 de marzo El Sr. Cristobal , tras recibir fax de URUAGUAS informado de la difícil situación económica que atraviesa por falta de fondos, le solicita que



convoque Junta universal de la sociedad con el objeto de que se debata la posible ampliación de capital al encontrarse en situación de disolución, para que dicha ampliación se lleve a cabo o se vendan activos o se proceda a instar el concurso, remite burofax a Señorío del Val Azul solicitando a su administradora Josefa las instrucciones oportunas.

En fecha 9 de julio de 2009 por el auditor Antonio Luis Marí Auditores S.L. nombrado por el Registro Mercantil, se emite informe, en el que si bien se hace una serie de matizaciones sobre asientos que han de ser regularizados, pone de manifiesto que la situación contable de la sociedad URUAGUAS refleja la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera en el ejercicio económico de 2006.

En fecha 29 de marzo el despacho Garrigues (Señorío), promueve solicitud de nombramiento de auditor ante el Registro Mercantil para que emita informe en relación a las cuentas anuales de LISA 99 y, "señaladamente", se indica, que ha de extenderse a la sociedad URUAGUAS - sobre la cual, como se ha dicho, el Sr. Edemiro interesó ya el nombramiento de auditor, el cual en su informe de auditoría concluyó que, si bien con ciertos matices en cuanto al error en algunos de los apuntes contables a regularizar, la contabilidad de la compañía arroja imagen fiel de la situación contable y financiera de la empresa en el ejercicio de 2006.

Ha de precisarse que al margen del posible desconocimiento de aspectos constructivos concretos, el Sr. Jon tenía que ser conocedor de que la obra de Adeje se estaba ejecutando con contrato de obra y que el desarrollo de la misma contaba con la garantía de que la financiación se estaba llevando a cabo por Banca Marc, siendo avalista él y el Sr. Claudio de una parte del crédito concedido y que la disposición del resto precisaba que las certificaciones de obra fueran aprobadas por la dirección facultativa y la entidad concedente del préstamo.

Era tal el conocimiento que el Sr. Jon tenía de este proyecto y de sus posibilidades de beneficio que con ocasión del concurso de la entidad URUAGUAS convino en solicitar un crédito con la entidad Banca Marc por importe de 7 millones de euros, de los cuales 4 millones quedaron pignorados, que tenía por mor el préstamo con garantía hipotecaria que se estaba ejecutando separadamente al concurso, que finalmente posibilitó que la entidad bancaria, sin ejecutar el aval y sin percibir intereses por ello, le cediera el remate quedándose el Sr. Jon, a través de la sociedad NUEVO 2012 S.L., de la que era su único accionista, con el edificio, conducta que fue censurada en su momento por la Sección Quinta de esta Audiencia en sentencia de fecha 25 de febrero de 2013, ya que con esta maniobra se impidió que los acreedores de URUAGUAS, entre los que se encontraba HRD, pudieran haber visto realizados sus créditos con el convenio alcanzado al haberse ejecutado el único bien de la compañía y el Sr. Jon pasó de poder ser considerado un acreedor subordinado, dado que también tenía un crédito a su favor, a tener carácter privilegiado por la cesión del remate, haciendo suyo un inmueble con un valor muy superior al del importe del crédito hipotecario.

En fecha 16 de abril Cristobal, comunica al registro mercantil la existencia de una duplicidad de solicitudes de nombramiento de auditor de LISA 99, para auditar las cuentas del ejercicio de 2006, a fin de evitar disfunciones.

En fecha 12 de febrero de 2008, el auditor designado para emitir informe respecto de la compañía Lisa concluye que no puede llevar a cabo el trabajo encomendado. Uno de los aspectos que impiden emitir un informe con alcance lo constituye la partida del saldo acreedor por financiación recibida en cantidad de 1.9 millones de euros, referida a las aportaciones que LISA recibe de sus socios, sin que quede concretado a cual de las entidades se refiere, si a Señorío o a TRAVEL CWJ.

En informes de auditoría posteriores referidos a la anualidad del 2007 elaborados por el auditor Sr. Rodrigo, parece aclararse que esa situación se atribuye a Señorío del Val Azul.

En fecha 2 de abril de 2007 el despacho Garrigues remite burofax a Cristobal en respuesta a las cartas que éste y Edemiro le han remitido previamente. Sigue denunciando la falta de información sobre la marcha de las compañías y pone en su conocimiento que ha solicitado auditoría de Lisa y de sus filiales "señaladamente de Uruaguas" - respecto a la cual el informe de auditoría resultó positivo -.

Se reitera la petición de información en relación a la que fue solicitada a Edemiro por Uruaguas. Queda patente que el principal interés de Señorío es conocer la marcha de la actividad de Uruaguas.

En dicho burofax se le requiere para que se abstenga de realizar actos de disposición de bienes y derechos de Lisa y de Uruaguas y no disponga de los dividendos a percibir por Alfabetá ni adopten acuerdos relativos a Uruaguas.

Como consecuencia de la recepción de esta comunicación el acusado Cristobal procede a convocar Junta General de Lisa a celebrar en fecha 7 de mayo, con el siguiente orden del día:

- .- Informe de la administración sobre la situación financiera y de negocio de las compañías.
- .- Cese del administrador.



.- Instrucciones a recibir.

En dicha Junta comparecen TRAVEL CWJ, representada por su administrador y Señorío del Val Azul.

Entre la convocatoria de la Junta y su celebración no consta que Señorío, y en relación al orden del día de la misma, realizase petición de información concreta, de lo que se colige que ya se preparaban hostilidades para la Junta, si bien en minuta preparada al efecto que se incorpora al acta notarial, en prueba de que la relación entre los socios de LISA estaba rota y no existía voluntad real y verdadera de diálogo, hallándose enturbiada las relaciones como consecuencia del anuncio de posible querrela criminal contra los administradores de LISA y de Travel ACJ, se aporta por el despacho Garrigues un escrito en el que se dice que no se le ha facilitado la información que solicitó en los burofasos que se remitió a LISA en fechas 19 y 30 de marzo - de 2 de abril - éste último con referencia principal a URUAGUAS -, si bien la solicitud de información debería de haberse reiterado entre la convocatoria - 18 de abril - y la celebración de la Junta del día 7 de mayo, lo que no se produjo.

El administrador de LISA al acta de la Junta aporta documentación referida al informe de situación de LISA, de ALFABETA REAL STATE y de URUAGUAS, hallándose presente el administrador de esta última, así como se da información en cuanto a los problemas con las licencias en Adeje y se aporta un ejemplar del contrato entre URUAGUAS y la contratista HRD y del presupuesto incorporado al mismo y Señorío tacha de insuficiente esta información, reiterando la necesidad de la información que se solicitó en los citados burofasos que, como se ha comentado, fueron anteriores a la convocatoria de la Junta y solo se reiteraron con ocasión de su celebración en prueba de que no existían por su parte buenas intenciones.

Es importante significar que para entonces LISA y URUAGUAS ya han solicitado auditoría en el registro mercantil siendo éste el motivo principal de los primeros requerimientos de información.

Señorío solicita se debata el ejercicio de la acción social contra el administrador de LISA, el Sr. Cristobal , pero éste como Presidente no deja que se incluya en el orden del día. Tal omisión si bien formalmente incumplía lo dispuesto en el artículo 68 y 69 de la LSRL y 134 de la LSA, resultaba intrascendente pues no se acordó el cese del administrador, ni en la medida en que no existió acuerdo sobre el cambio de administración entre los socios a un sistema de administradores mancomunada, propuesta que fue retirada al no haber acuerdo. El debate sobre esa propuesta carecía de recorrido y estaba abocada al fracaso, sin que la omisión impidiera al socio disidente ejercer la acción de responsabilidad social frente al administrador, tal y como así hizo, acción que fue desestimada en auto de fecha 11 de enero de 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma, recaído en procedimiento ordinario 102/2008, al no haber resultado acreditado el perjuicio causado a la sociedad LISA 99.

El Presidente tampoco estuvo conforme con la exhibición del libro de acta de la sociedad, a lo que el socio requirente tenía perfecto derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del CdC, pero tal solicitud no obedecía en realidad a finalidad alguna, tratándose de una petición meramente instrumental en una estrategia jurídica dirigida a denunciar la falta de información, cuyo alcance en realidad pretendía conocer la situación financiera y económica de las filiales de LISA, ALFABETA y URUAGUAS, y no los acuerdos que la matriz hubiera adoptado en junta, al respecto de lo cual no se hacía referencia o alusión a ninguna de las celebradas y de facto no hay constancia de que se hubiera celebrado alguna de las convocadas por LISA 99 sin la intervención de Señorío del Val Azul.

El representante de Señorío mostró su indisposición a tomar postura sobre las instrucciones que se debían impartir a los administradores de las compañías filiales en relación a la información aportada, remitiéndose al resultado de la auditoría solicitada de LISA, con lo que en cierto modo el interés por obtener información de la situación de la sociedad estaba ya amparado y cubierto en la solicitud de auditoría, ya que en verdad lo que se quería era conseguir una auditoría constructiva.

- En fecha 28 de junio tiene lugar la celebración de Junta General de LISA 99 convocada por su administrador y acusado Cristobal , y a iniciativa propia, con el objeto de aprobar las cuentas anuales del ejercicio, la gestión social, la aplicación de la cuenta de resultados y el otorgamiento de facultades.

El día antes de la celebración de la Junta el despacho Garrigues, actuando en representación de Señorío, dirige un burofax al Sr. Cristobal reclamándole la aportación y exhibición de determinada documentación de cara a las decisiones a adoptar en la Junta. Finalmente esta petición de información, no obstante a ser reiterada en la Junta, después de que el administrador de Lisa adujese que por la premura de tiempo al recibir el burofax el día antes no había podido ser preparada, aunque ya, en esencia, había sido entregada en la junta del día 7 de mayo, resultaba intrascendente, toda vez que se decide y se vota retirar del orden del día los puntos a tratar en relación a la aprobación de cuentas y gestión social, estando al resultado de la auditoría de LISA 99 que ha sido solicitada en el RM, todo ello con el voto a favor de TRAVEL CWT y absteniéndose Señorío del Val Azul.



Nuevamente a iniciativa de Señorío se quiere debatir el cese del administrador y el ejercicio de la acción de responsabilidad, y el administrador de LISA y Presidente de la Junta no permite discutir la propuesta, aunque previamente ya se sabía que ante la situación de conflicto existente entre los socios la petición que se quería debatir no iba a prosperar en modo alguno, siendo así que al estar bloqueada la situación solo cabía dos opciones o solicitar el nombramiento de un administrador judicial o promover la disolución de LISA.

En fecha 14 de noviembre, siendo ya entonces Jon administrador único de Señorío y sabedor de que el cargo de administrador de LISA caducaba el día 16 de ese mes, requiere por conducto notarial al administrador de LISA para que proceda a convocar Junta General de la sociedad con objeto de cambiar el sistema de administración - para entonces el día antes Cristobal había procedido a otorgar poder con amplias facultades de disposición, representación y de contratación, incluso de auto-contratación y no solo para representar en junta a la sociedad Lisa, a favor de Claudio , poder que intencionadamente no se hace público ni accede al registro mercantil, con las consecuencias que luego se expondrán -.

El Sr. Cristobal contesta al requerimiento en fecha 16 de noviembre solicitando a Señorío que proponga al administrador o administradores, y que si no recibe respuesta tendrá que convocar Junta sin poder facilitar esa información y los soportes necesarios.

En fecha 22 de noviembre el despacho Garrigues contesta a Cristobal en relación a su solicitud afirmando que el nombramiento de administrador pasará por un sistema que garantice la imparcialidad y la buena marcha de la sociedad y aprovecha para quejarse nuevamente de la falta de información que padece Señorío.

- En fecha 24 de diciembre de 2007 se celebra Junta General de Lisa con el siguiente objeto:

- Comunicación del administrador a la Junta en relación a las sociedades filiales.
- Consecuencias negativas del Registro Mercantil al no haber ampliado.
- Cambio del modelo de administración.
- Solicitud en su caso de administración al Juez.

La Junta inicia con la protesta de Señorío por haber caducado ya el cargo del administrador de LISA, de modo que denuncia que el Sr. Cristobal se ha extralimitado en sus funciones.

Por LISA se da cuenta del informe que se aporta por el administrador de URUAGUAS, en punto a la falta de liquidez para atender las obligaciones y facturación con la empresa constructora HRD y las advertencias del administrador de URUAGUAS en relación a que si no se producían aportaciones de los socios se vería obligado a tener que solicitar el concurso de acreedores. Por parte de TRAVEL CWT se solicita se vote ampliar fondos de LISA a URUAGUAS, y Señorío se opone alegando falta de información suficiente para decidir esa propuesta y que no ha recibido previamente proposición al respecto de parte LISA ni de URUAGUAS.

Será finalmente el desacuerdo sobre la inyección de fondos por los socios a URUAGUAS, lo que determine su posterior declaración de concurso necesario promovido a instancias de HRD, concurso que finalmente es declarado no culpable.

Señorío propone que se cambie el sistema de administración con varias opciones: un consejo de administración de tres personas, una designada por cada socio y un administrador independiente, un sistema de administración solidaria y en su defecto mancomunidad. La propuesta es rechazada por LISA y Señorío considera que debería de resultar aprobada por carecer LISA de representación válida al haber caducado el cargo de administrador.

LISA propone que resulte elegido como administrador al Sr. Cristobal y no se aprueba. Por su parte, Señorío propone al Sr. Jesús , quien tampoco resulta elegido. TRAVEL CWT solicita se vote la disolución de la sociedad y Señorío se opone a que se debata la propuesta.

- En fecha 11 de diciembre de 2007 y por la entidad UMBRIA se solicita la convocatoria de Junta de ALFABETA con el objeto de aprobar las cuentas del ejercicio de 2007, la distribución de dividendos, la reducción del Capital social, disolución y liquidación de la sociedad, el nombramiento de liquidador y el traslado del domicilio social.

Precisamente. conscientes y sabedores los acusados Cristobal y Claudio , de que sus socios de UMBRIA tenían intención de promover la liquidación de la sociedad ALFABETA, por haber finalizado la construcción de las viviendas, así como por los problemas personales existentes entre los otros socios de Lisa y de que habían ofrecido la venta de sus participaciones sociales tanto a Jon como a Claudio y de que el primero estaba interesado en dicha compra, con el objeto de asegurarse el control de las decisiones que se pudieran adoptar con respecto a la suerte de ALFABETA y su eventual liquidación, se concertaron para con el otorgamiento del poder de fecha 13 de noviembre por parte del administrador de Lisa a favor del Sr. Claudio , que concedía a



Claudio amplias facultades de administración y de disposición del patrimonio de LISA y le otorgaba el poder de decisión sobre la misma y sus filiales, y todo ello para impedir que Jon pudiera ejercer cualquier tipo de control y poder de decisión sobre la gestión de LISA y, más en concreto, sobre el destino de ALFABETA, y sobre si era o no procedente acceder a su liquidación y a la determinación de en manos de cual de los socios se dejaba dicho proceso.

Dicha Junta tiene lugar el día 25 de enero y justo el día antes el despacho Garrigues comunica al administrador en funciones de LISA que la documentación que le ha sido remitida resulta insuficiente para poder tomar decisiones sobre las cuestiones a tratar.

Con anterioridad a esta Junta en fecha 21 de enero de 2008, Cristobal solicita al RM en nombre de ALFABETA auditoría del ejercicio de las cuentas del año 2007.

Cuando la Junta de ALFABETA se celebra el día 25 de enero, Jon ha adquirido ya en fecha 18 de enero y por precio de 1.2 millones de euros el 40% de Alfabeto a través de UMBRIA, ostentaba otro 30% al tener a través de Señorío del Val Azul el 50% de Lisa, y a pesar de ello y de que los representantes de UMBRIA denuncian las dudas que sugiere la validez del poder otorgado a favor de Claudio, por haber sido suscrito dos días antes de que el nombramiento del anterior administrador de LISA hubiera caducado, así como porque dicho poder había estado oculto y se había celebrado una anterior Junta, la de 24 de diciembre, en la que Señorío había exigido el cambio del sistema de administración y el cese del Sr. Cristobal, denunciando con ello la falta de validez de la representación de LISA y de la mesa y de los acuerdos que se pudieran adoptar. Pese a todo lo cual, con el voto contrario de UMBRIA y aún sabiendo los acusados que no contaba con la aprobación del otro socio de LISA, Señorío del Val Azul, que ya había expresado en Juntas anteriores su posición dirigida al cese del administrador único y a la elección de otro sistema que garantizase una mayor imparcialidad y le otorgase más confianza, votó a favor de la liquidación de ALFABETA resultando designado Claudio como liquidador.

- En otro orden de cosas la entidad TRAVEL ACJ, sociedad integrada al 50% por los Sres. Jon y Claudio, a través de Señorío y de TRAVEL CWJ, convoca Junta General de socios que se celebra en fecha 28 de junio con intervención notarial. La Junta tenía el siguiente objeto: la aprobación de la gestión social, las cuentas anuales, el reparto de dividendos en su caso y la emisión de instrucciones.

El despacho Garrigues dos días antes de la Junta remite al administrador de TRAVEL ACJ y acusado, el Sr. Claudio, en tanto administrador único de la compañía, un escrito por burofax solicitando diversa información (cuentas anuales y avance, informe de gestión, gastos reflejados en la contabilidad, informe técnico del estado de las embarcaciones y gestión de las mismas, así como planes de futuro y su tasación fidedigna). Dicho escrito no consta que fuese recibido previamente por fax. El administrador lo recibe al día siguiente, justo el día antes de que tenga lugar la celebración de la Junta.

En dicha Junta la representación de Jon se queja de falta de información y se le niega la posibilidad de introducir como punto a debatir el ejercicio de la acción de responsabilidad, lo que por otra parte resultaba de todo punto superfluo e inútil discutir, pues previamente había existido empate entre los socios a la hora de aprobar las cuentas anuales y la gestión social, tal que así la gestión y las cuentas no fueron aprobadas. El administrador, por su parte, afirmaba que el Sr. Josefa había estado al corriente de la situación de la sociedad en todo momento y protocoliza con la escritura una serie de documentación (balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, informe de gestión y memoria abreviada), parte de la cual ya le había sido demandada por el socio Sr. Josefa, y la otra restante, en referencia a los beneficios derivados de la explotación de las embarcaciones, la debía de conocer, habida cuenta de que la sociedad era tenedora de sendas embarcaciones que, con fines de ocio y uso personal, utilizaba el Sr. Josefa y su familia y porque estas embarcaciones pertenecían a la lista 7 y en dicha categoría náutica no estaba autorizada la explotación en régimen de arrendamiento.

Previamente a la celebración de esta Junta en fecha 30 de marzo, TRAVEL había comunicado a Señorío del Val Azul y concretamente a la hija del Sr. Josefa, la intención de poner a la venta las dos embarcaciones propiedad de la sociedad: DIRECCION000 y DIRECCION001, con base al valor establecido pericialmente (480.000 y 100.000 euros, respectivamente), ofreciendo al socio Señorío del Val Azul la posibilidad de adquirirlas previamente a la venta preparada, recordándole al mismo tiempo que desde el 27 de enero de 2007 Señorío no había hecho aportación para asumir los gastos que desde su compra se venían soportando al 50% entre ambos socios.

II./ Sobre el coste de ejecución del edificio Géminis y desviaciones

Como se ha expuesto más arriba, la construcción de las viviendas del complejo Géminis de playa d'en Bossa en Ibiza, se verificó por HRD bajo el sistema de administración, esto es, sin un contrato con precio cierto estimado. Tampoco consta que existiera un presupuesto previo. Todos los socios de ALFABETA REAL STATE, incluido el Sr. Josefa, convinieron que la ejecución se hiciera bajo ese sistema y se acordó expresamente que la empresa



contratista fuera HRD vinculada a Claudio , en tanto socio de la misma juntamente con Marcos y a UMBRÍA, por razones de tipo familiar al ser el Sr. Marcos cuñado del dueño de UMBRIA, el Sr. Mariano .

Inicialmente se habían calculado por UMBRIA, en febrero de 2007, unos costes por un total de unos 18 millones de euros, incluyendo en ese precio el valor de los terrenos. Finalmente el coste se ejecución se situó entorno a los 19.5 millones de euros, incluyendo el valor de los terrenos (estos suponían sobre el total un valor de unos 3 millones de euros). Esa estimación era ya conocida cuando el Sr. Jon , en fecha 18 de enero, procedió a adquirir el 40% de ALFABETA, dado que UMBRIA ya había realizado esos cálculos y llevado a cabo una auditoría de la cual tendría o debería de haber sido conocedor el Sr. Jon .

A pesar de que por la facturación emitida por la empresa contratista HRD, principal proveedor de ALFABETA junto con las entidades CYR HRD, Microclima y Carpintería Gregori, debido a las dificultades derivadas de la inexistencia de un contrato de obra, y por falta de un presupuesto elaborado y aprobado y porque no hay documentación acreditativa de la realización de los trabajos facturados, ni certificaciones detalladas de las facturas suscritas por los técnicos, existiendo discrepancias a la hora de establecer el valor de las obras según esas mismas facturas, ya que mientras que la acusación ha estimado que con los reparos apuntados apuntados el coste facturado ascendió a unos 13.9 millones de euros, mientras que para la defensa ese mismo coste sumó 16.9 millones, puesto que, según su parecer, había que tener en cuenta facturas de los ejercicios 2003 y 2007, y por esa misma falta de conciliación y problemas derivados de la indeterminación de la facturación, para establecer el coste de las obras ha sido necesario proceder a su valoración por arquitectos, según conclusión del perito judicial Roque , esto es, por fijación de un precio razonable estimado por unidad de obra, existiendo pareceres contrapuestos en la fijación de ese valor entre los varios peritos (Sres. Jesús , Luis Enrique , Jose Pedro , Juan Enrique , Miguel Ángel y Alejo), no ha sido posible determinar con seguridad que hubiera existido una maliciosa y preordenada desviación del coste de las obras producto de un concierto de voluntades entre la entidad contratista HRD, junto con la participación de las subcontratistas y el socio constructor ALFABETA, el Sr. Claudio , con tal de perjudicar a dicha entidad y a su otro socio SEÑORIO, ni de apropiarse a través de esa inconcreción en la facturación de obra de esos sobrecostes, en la medida en que la discrepancia entre las valoraciones existentes ha podido deberse al mayor valor final de las obras propiciado por el elevado coste que supuso la construcción de un parking por debajo del nivel de la capa freática, cuyo coste se situó rondando los 3 millones de euros, la incidencia de la insularidad en el mayor precio del cemento, por la mayor calidad de los materiales empleados en la construcción, principalmente los de carpintería, entre otras cosas colocados con el objeto de favorecer la insonorización de las viviendas al estar ejecutadas en las inmediaciones del aeropuerto de Ibiza, así como porque el perito de la Acusación no ha tomado en consideración esos mayores costes y los de urbanización, junto con el sobrecoste producido en las instalaciones eléctricas en las que intervino la hija del Sr. Josefa , a todo lo cual han de sumarse el beneficio industrial pactado, las ayudas, costes de vigilancia y los gastos generales, siendo así que el coste final de la ejecución por metro cuadrado se situó en los 1050 euros, precio que ha de considerarse ajustado a los valores de mercado y a la construcción llevada a cabo, teniendo en cuenta, entre otros factores, que la elevación al alza del precio inicial tuvo por causa la elaboración de un segundo proyecto para la construcción de un parking, que si bien encarecía el coste de la ejecución final del complejo, desde un punto de vista económico y empresarial se hacía necesario afrontar ese aumento del gasto por la situación del edificio ante la necesidad de dotar a las viviendas de un aparcamiento, de modo que sin él los pisos no tendrían el mismo valor y sus posibilidades de venta se verían reducidas.

Con todo y sin pasar por alto que en el proceso no se ha llevado a cabo ninguna prueba pericial a cargo de arquitecto judicial y por tanto imparcial, dado que el perito oficial Sr. Roque intervino en calidad de economista, y el que actuó a instancias de la Acusación, el Sr. Jesús , bien pudiera haber realizado una valoración a la baja atendida la vinculación amistad personal que le une al querellante y a su mujer, hasta el punto de que el Sr. Jesús en un momento dado llegó a proponerle como administrador de LISA, las dificultades de valoración expresadas, aumentadas a su vez porque el perito arquitecto de la defensa sí que participó en el proceso constructivo, propiciadas por la elección de un sistema de administración para la ejecución de las obras del edificio Géminis, y por la indeterminación de la facturación emitida, que habrían exigido la realización de una auditoría de tipo constructivo, ajena a la que se lleva a cabo en el ámbito mercantil y contable, siendo aún de reconocer que las dificultades de valoración han sido propiciadas por una deficiente y desordenada administración en la llevanza y control de la facturación, que bien podrían dar lugar al ejercicio de acciones de responsabilidad a ejercitar en sede mercantil, pues el socio constructivo de LISA era Claudio y éste se hallaba vinculado a la contratista HRD por ser socio y administrador de la misma, comportan complejas operaciones de liquidación para determinar el coste real de las obras y posible desviación, que habrían requerido una auditoría por arquitectos a realizar por acuerdo de las partes o en otro caso en procedimiento judicial civil, siendo igualmente de tener en cuenta que para haber podido llegar a una conclusión más certera sobre el coste de la ejecución habría sido necesario contar en el juicio con la presencia de la arquitecta directora de



las obras y el aparejador por haber sido ellos los encargados de firmar las facturas de las obras realizadas al haberse ejecutado estas bajo el sistema de administración, siendo por todo ello factible que el coste final de las obras alcanzase algo más de 15 millones de euros, precisamente la cifra estimada en su momento por UMBRIA en noviembre de 2007.

Del mismo modo y aunque se ha detectado una posible desviación en el coste de las obras por aplicación de un beneficio industrial a cargo de la contratista a la promotora tanto por ella misma como en aquellos casos en los que se subcontratasen los trabajos, aparece factible la aplicación de dicho beneficio por haber sido convenido entre las partes y ser práctica habitual en el sector y convenios al uso, como la inclusión en los costes de los gastos de administración y de ayudas a la construcción, tal que así la hija del Sr. Jon en la ejecución de la central eléctrica incluyó ese mismo beneficio y gastos de administración.

Cierto es que se ha comprobado la existencia en dos facturas, las números 7 y 31/05, giradas por CYR HRD en las que se aplicó una especie de anatocismo, dado que se ha repercutido dos veces el beneficio industrial, el de la contratista y luego el de la subcontratista. Pese a ello, por tratarse de una irregularidad puntual y teniendo en cuenta que no se ha apreciado intencionada desviación en el coste de las obras, sino un irregular control en la facturación de obra imputable a la contratista HRD y al socio constructor de LISA -, esto es al Sr. Claudio que si bien la primera mantiene un crédito a su favor con cargo a URUAGUAS por el concurso de esta última y debido a los impagos de la obra de Adeje, no cabe extraer que a través de dicha aplicación existiera una voluntad de indebida apropiación de fondos de ALFABETA por sobrecostes, pudiendo tratarse de un error en la facturación dando lugar a un pago o cobro indebido susceptible de reclamación a CYR HRD, puesto que en otro caso no se hubiera reflejado y se hubiera tratado de ocultar, siendo igualmente revelador que no se hubiera formulado acusación contra la entidad HRD ni su otro administrador también partícipe en las obras el Sr. Marcos .

III./ Venta a la baja, con un descuento del 46,76%, por encima del acordado en otras situaciones de hasta el 20%, por parte de ALFABETA a la entidad ESABA (Justiniano).

La entidad ALFABETA en fecha 1 de mayo de 2004 procedió a vender en contrato de promesa de venta a la entidad ESABA un total de 14 viviendas y seis locales del edificio Géminis. Dicho contrato se elevó a público en escritura pública en el año 2007. El precio estipulado suponía un descuento significativo, cifrado en el 46,76%, respecto de los precios establecidos en otros casos para la venta de más de cuatro unidades, que había sido cifrado por los socios en un 20%.

Ese descuento que debía de ser conocido ya por el Sr. Jon , supuso que la entidad ALFABETA dejase de obtener unos ingresos por ventas de 759.154 euros, si bien ello finalmente no supuso un perjuicio real para entidad vendedora ALFABETA, ni para sus socios o en todo caso existen dudas de ello, habida cuenta de que dicho descuento venía motivado porque en el contrato de promesa de venta la entidad compradora se había comprometido a no instar la paralización de las obras durante los meses de temporada alta, en aplicación de la Ordenada Municipal que regulaba la materia, así como porque la compra se verificó sobre plano y sin que la construcción estuviera concluida, y sin, por lo tanto, conocer el alcance de los sobrecostes derivados de la ejecución del aparcamiento, siendo así que si la obra se hubiera paralizado en los meses indicados los gastos que ello hubiera provocado a ALFABETA por costes financieros y ayudas hubieran sido mayores a la rebaja aplicada, importando los primeros la cantidad estimada de 967.525 euros y los segundos la ya referida cifra de 759.154 euros.

Con todo, la entidad de la rebaja aplicada, que era conocida en todo caso por UMBRIA, por su importancia pudo ser una decisión financiera discutible y hasta de difícil justificación económica, susceptible de generar, tal vez, responsabilidad hacia el administrador de ALFABETA, a reclamar en sede civil o mercantil, pero a partir de ahí no cabe extraer que se trata de una decisión abusiva, ni adoptada con extralimitación de facultades para perjudicar conscientemente y deliberadamente a la entidad **ALFABETA**, ni hay base para deducir que la misma encubra en la realidad el pago de un precio superior al estipulado.

IV. Venta por ALFABETA a HRD de cuatro locales

En fecha 19 de diciembre de 2007, existiendo ya hostilidades entre los socios de LISA, y consciente el administrador de la filial ALFABETA, que el Sr. Jon en la situación de conflicto existente se hallaba en desacuerdo en la venta de activos de las filiales de LISA y en concreto de ALFABETA, así como que se estaba en trance de decidir la liquidación de ALFABETA, al haberse terminado ya la promoción de viviendas del edificio Géminis, el Sr. Cristobal , actuando como administrador y puesto de común acuerdo con Claudio , vendió cuatro locales a la entidad contratista HRD, vinculada con Claudio , por un precio de 1 millón de euros, sin impuestos, de los cuales 458.042,82 euros se destinaron a la subrogación en la hipoteca, 175.489,29 se abonaron en efectivo y, el resto, 526.468 euros, se aplazaron en 3 pagarés pagaderos en marzo, mayo y julio de 2008, pagarés que fueron renovados por otros con vencimiento en 2009 y 2010, sin que hasta la fecha hayan sido atendidos, siendo conscientes de que ese pago aplazado no iba a ser satisfecho o que existía



una probabilidad muy elevada de que así fuera, debido a que URUAGUAS mantenía deudas con HRD por la construcción del complejo de Adeje y que por tal motivo el administrador de URUAGUAS había ya advertido de la necesidad de realizar aportaciones para atender estos pagos y del descubierto existente o en otro caso se vería en la necesidad de disolver la sociedad y de instar la declaración de concurso, declaración que fue promovida por HRD en fecha de 2009.

Sin perjuicio de que la deuda de HRD por la compra de los locales sigue sin haber sido satisfecha, aunque se ha trabado embargo sobre determinados aparcamientos propiedad de HRD en el edificio Géminis, el diferimiento del pago ha ocasionado a ALFABETA unos perjuicios por intereses y gastos que han sido cifrados en 53.435,24 euros.

Apenas un mes y tres días después de esta venta, el 22 de enero de 2008, HRD vende a la entidad IBILER (Justiniano , vinculado a ESABA) esos mismos cuatro locales por un precio de 750.000 euros, esto es 250.000 euros menos que un mes antes, que se pagan en metálico, con toda probabilidad inferior a la suma verdaderamente recibida, sin que ese dinero o parte de él fuera destinado a hacer frente a la deuda existente con ALFABETA.

V.- Venta de la embarcación DIRECCION000 y destino del precio recibido.

En fecha 17 de julio de 2007 y en escritura notarial el acusado Claudio , actuando como administrador de TRAVEL ACJ, procede a la venta de la embarcación DIRECCION000 a Jose Carlos por precio de 470.00 euros por medio dos pagarés que son abonados en la cuenta que la sociedad tiene en la entidad SA NOSTRA, en fechas 6 de agosto y 10 de octubre de 2007, respectivamente.

Con el importe de ese dinero se realizan los siguientes pagos:

- .- 15.067,58 euros para cubrir el negativo del saldo de la cuenta en el banco.
- .- 263.400 euros se destinan a un préstamo a URUAGUAS.
- .- 52.000 euros se prestan a LISA 99
- .- 102.018,69 euros se aplican a la devolución de un préstamo recibido de FUM BLAVA, S.L.
- .- Y 37.513,73 euros en gastos corrientes.

Aunque la existencia de hostilidades entre socios y teniendo en cuenta que con la venta de la embarcación DIRECCION000 prácticamente desaparecía el objeto de la entidad y debería de haberse planteado su disolución y reparto de dividendos entre socios y por eso mismo hubiera sido aconsejable que los préstamos inter-grupos a favor de LISA 99 y de URUAGUAS se hubieran acordado en Junta por el administrador, lo cierto es que dichos préstamos se explican en la dinámica de actuación de las sociedades de los Sres. Jon y Claudio como un grupo y, especialmente, con respecto a URUAGUAS por sus necesidades de tesorería, debiendo de tener en cuenta que la sociedad TRAVEL recibió también fondos de otras sociedades del grupo e incluso de sociedades vinculadas. Se trata pues de una operativa normal dentro del funcionamiento del grupo y que si bien pudo perjudicar a TRAVEL ha de ser examinada y apreciada en relación al grupo de sociedades y a la trascendencia que pudo tener en ese contexto.

Ambos préstamos, aunque no constan documentados, se hallan registrados en las contabilidades de ALFABETA y de URUAGUAS e incluso TRAVEL figura como acreedor del concurso de esta última con un crédito reconocido por importe de 263.400 euros. aunque llama la atención que dicho crédito, precisamente por pertenencia a un grupo, se reconociera como ordinario y no subordinado.

Por otra parte y aunque no aparece explicada la razón del préstamo realizado por FUM BLAVA a TRAVEL ACJ, en tanto en cuanto no forma parte del grupo de sociedades constituido por los acusados, aunque era una sociedad vinculada a Claudio , en la medida en que efectivamente consta la aportación de fondos por FUM BLAVA a por dicha suma, la devolución de ese dinero no supuso un perjuicio para la sociedad TRAVEL ACJ."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Claudio y Cristobal , como autores responsables de un delito societario y otro de administración desleal, referido, el primero, al otorgamiento del poder de fecha 13 de noviembre de 2007 y a la Junta de ALFABETA de 25 de enero de 2008, por infracción del derecho a participar en la gestión social y, el segundo, a la venta de 4 locales por parte de ALFABETA a HRD en fecha 19 de diciembre de 2007, respectivamente, a las penas de multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 20 euros/día, para el Sr. Cristobal y de 100 euros/día para Claudio , por el primero de los delitos, con responsabilidad personal de 90 días privación de libertad en caso de impago de la multa resultante, y de 6 meses de prisión por el segundo



de los delitos, con las accesorias legales, así como a que por vía de responsabilidad civil ambos acusados, junta y solidariamente, indemnicen a la entidad ALFABETA en la cantidad 526.467,60 euros por el precio no satisfecho por la venta de los locales del edificio Géminis a HRD, todo ello sin perjuicio de que dicha suma pueda verse reducida a raíz del resultado de la ejecución que ALFABETA efectúe contra los bienes que tiene embargados de HRD, con más los intereses legales.

Absolvemos a los acusados de los delitos de apropiación indebida o de administración desleal y de falsedad documental por presunto apoderamiento en los sobrecostes en la construcción del edificio Géminis y venta a ESABA de 14 pisos y 6 locales con un descuento del 46,76% y a Claudio por la apropiación del precio obtenido por la venta de la embarcación DIRECCION000 .

Absolvemos al acusado Edemiro , contra el que se retiró la acusación, de los delitos de los que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas causadas.

Se imponen a los acusados las 1/6 partes de las costas, incluyendo las devengadas a la acusación particular y el resto (5/6 partes) se declaran de oficio.

Quedan a salvo las acciones civiles que pueda ejercitar ALFABETA y a LISA en cuanto matriz de la anterior para reclamar frente a HRD los perjuicios que le hubiera ocasionado la deficiente llevanza de la facturación de obra y posible sobrecoste facturado en la construcción del edificio Géminis y al administrador de ALFABETA por el perjuicio que hubiera ocasionado la aplicación en la venta a ESABA de un descuento del 46,76%.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes haciéndoles saber que contra la presente resolución cabe recurso de casación en el plazo de cinco días."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de Claudio y Cristobal , y de Edemiro , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Claudio y Cristobal , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española en relación con el ordinal 4º del apartado 1 del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Claudio y Cristobal han sido condenados por un hecho sobre el que nunca llegaron a declarar como investigados en la fase instructora.

Segundo.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 296 del Código Penal. Ausencia de la condición de perseguibilidad exigida en el artículo 296 del Código Penal, exigencia irrenunciable en los delitos societarios y, en general, de todos los denominados delitos semipúblicos.

Tercero.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 293 del Código Penal. El relato de hechos que se ha subsumido en el delito societario resulta sumamente confuso.

Cuarto.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal. En la venta de los locales no se observa una administración fraudulenta, sino una venta con plena racionalidad económica y una decisión de impago sobrevenida justificada por razones perfectamente atendibles.

Quinto.- Con carácter subsidiario a los anteriores: Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos del 28 al 31 del Código Penal y, subsidiariamente, del art. 65.3 CP. Se sostiene que ambos recurrentes habrían actuado como coautores en el momento de otorgamiento del poder, dada la existencia de un supuesto mutuo acuerdo entre ambos y, con tal afirmación, se pasa por alto que autor de delito únicamente puede serlo quien actúe como administrador de hecho o de Derecho de una sociedad.

Sexto.- Con carácter subsidiario: Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del apartado 6 del artículo 21 del Código Penal. La Sala ha omitido aplicar al presente supuesto la atenuante analógica de dilaciones indebidas o, en su defecto, la llamada atenuante analógica de cuasiprescripción.



Séptimo.- Con carácter subsidiario: Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos del 116 al 120 del Código Penal. Del tenor del fallo se desprenden dos infracciones de precepto legal:

a) La entidad beneficiaria de la indemnización (ALFABETA) en ningún momento ha comparecido como perjudicada en el procedimiento ni, tampoco, ninguno de sus socios directos (LISA 99 o UMBRÍA).

b) La verdadera perjudicada (ALFABETA) ha ejercitado en paralelo acciones civiles mediante los correspondientes ejecutivos cambiarios, lo que determina que la misma cantidad se está reclamando simultáneamente en dos procedimientos distintos, por lo que resulta inviable la reclamación paralela que un perjudicado muy indirecto (SEÑORÍO DEL VAL AZUL) ha llevado a cabo en este procedimiento penal.

Octavo.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos del 123 al 124 del Código Penal y del 239 al 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los argumentos esgrimidos con relación a las costas procesales son objetivamente erróneos y no obstan para poder estimar el móvil espurio que se ha escondido tras la presente acción penal y que, junto con la temeridad y mala fe con la que ha obrado lo acusación particular en esta causa, fundamentan la expresa condena al pago de las costas de este procedimiento a la mercantil querellante particular SEÑORÍO DE VAL AZUL.

Y el recurso formalizado por Edemiro, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de Ley, se funda en el número o apartado primero del artículo 849 de la LECrim. por haberse infringido el artículo 240, apartado 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de la misma. Dado que no se condenó en costas a la acusación particular cuando la misma actuó con temeridad y mala fe.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, se basa en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La sentencia infringe el artículo 24.1 de nuestra Constitución por suponer la lesión del derecho de tutela judicial efectiva y ello en relación con el artículo 120.3, igualmente de nuestra Constitución, sobre la necesidad de una adecuada motivación de las resoluciones. Concretamente considera que la sentencia no está suficientemente motivada en cuanto a las costas relativas al recurrente, dada la retirada de la acusación respecto del Sr. Edemiro por parte de la acusación particular a quien debería condenarse en costas, debiendo reconocer el resarcimiento que causó el perjuicio del gasto procesal hecho.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la acusación particular Señorío de Val Azul S.L. mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2017 y el Ministerio Fiscal por el presentado el 17 de octubre de 2017, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos de los recursos e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de septiembre de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en su Rollo de Sala 84/16, procedente del Procedimiento Abreviado 25/12, de los del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Ibiza, dictó Sentencia el 20 de abril de 2017, en la que condenó a Claudio y Cristobal: a) Como autores criminalmente responsables de un delito societario del artículo 293.1 del Código Penal, a la pena de 6 meses multa, en cuota diaria de 20 euros para Cristobal, y de 100 euros para Claudio y b) Como autores de un delito de administración desleal, del artículo 295 del Código Penal, a la pena de 6 meses de prisión, con accesorias legales. Todo ello condenándoles a que indemnizaran conjunta y solidariamente a la entidad *Alfabeta Real State SL* en la cantidad de 526.467,60 euros por el precio no satisfecho por la venta de los locales del edificio *Géminis* a la entidad HRD, sin perjuicio de que dicha suma pudiera verse reducida a raíz del resultado de la ejecución que *Alfabeta Real State SL* efectúe contra los bienes que tiene embargados de HRD, más los intereses legales.

La sentencia declara probado que Jon (acusador particular en este proceso) y el acusado Claudio, constituyeron la sociedad *Lisa 99 SL*, con la finalidad de abordar distintos proyectos inmobiliarios. La suscripción del capital social (al 50% entre ambos socios) no se hizo directamente, sino que Jon la abordó desde una sociedad familiar de su control, concretamente la entidad *Señorío del Val Azul SL*, y Claudio actuó a través de una entidad de su control denominada *Travel CWT*. Tras constituirse la entidad *Lisa 99 SL*, nombraron administrador de la misma al también acusado Cristobal, quien era al tiempo administrador de la sociedad *Travel CWT* perteneciente a Claudio y asesor fiscal de éste.



Lisa 99 SL abordó dos proyectos inmobiliarios. El primero en Playa D'Bossa, en Ibiza, que recibió la denominación de *Géminis*, y para cuyo impulso se creó una sociedad promotora, concretamente la entidad *Alfabeta Real State SL*, participada en un 60% por *Lisa 99 SL*, y en un 40% por una entidad ajena a este proceso denominada *Umbría*. El segundo proyecto se abordó en la localidad Playa Paraíso de Adeje, en Tenerife, para cuyo impulso *Lisa 99 SL* constituyó la entidad *Uruaguas SL*, enteramente participada por aquella. En todo caso, para la ejecución de los proyectos, las promotoras constituidas contrataron a las empresas constructoras *HRD* y *CYR HRD*, empresas vinculadas a Claudio y a la entidad *Umbría*, que eran asimismo administradas por Cristobal .

Ambos acusados vienen condenados por un delito societario del artículo 293.1 del Código Penal, pues cuando Jon había judicializado la gestión de la sociedad *Lisa 99 SL*, y ante el inminente vencimiento dos días después del cargo de administrador que ostentaba Cristobal , día 13 de noviembre de 2007 éste otorgó un amplio poder de actuación y representación de *Lisa 99 SL* a favor de Claudio . Ocultando el otorgamiento del poder a Jon , el día 25 de enero de 2008 Claudio compareció en la Junta General de la entidad promotora *Alfabeta Real State SL* y, asumiendo la representación de *Lisa 99 SL* (que participaba en un 60% del capital de *Alfabeta Real State SL*), y en contra del parecer de su socio Jon , impuso el acuerdo de que *Alfabeta Real State SL* se disolviera, nombrándose liquidador al propio Claudio .

Vienen también condenados por un delito de administración desleal por otra actuación paralela. Escasos días antes del acuerdo de disolución, concretamente el día 19 de diciembre de 2007, la entidad *Alfabeta Real State SL*, representada por su administrador Cristobal , vendió cuatro locales a la entidad constructora *HRD*, conociendo que Jon (por las desavenencias que tenía por la gestión de *Lisa 99 SL* que le habían llevado a reclamar la intervención judicial), estaba en pleno desacuerdo con la venta de activos. La venta se hizo por 458.042,82 euros de hipoteca, a cuyo pago se subrogaba el adquirente, así como el pago de 175.489,29 euros en efectivo y 526.482 euros para cuyo pago se libraron 3 pagarés de vencimiento en marzo, mayo y julio de 2008 respectivamente y que no se han pagado. Declara por último la sentencia, que cuando se produjo esta venta de inmuebles, el administrador acusado era consciente de que *HRD* no pagaría su precio, o de que había una elevada probabilidad de que fuera así, pues como administrador también de *HRD* era consciente de que la promotora *Uruaguas* debía una importante cantidad de dinero a *HRD*, y sabía además que el administrador de *Uruaguas* había advertido que si no recibían una importante aportación de capital, tendrían que disolverse. Lo que efectivamente ocurrió. Un mes después de que *HRD* adquiriera los inmuebles de *Alfabeta Real State SL*, *HRD* vendió los locales a la entidad *Ibiler* por 750.000 euros y, tras cobrar el importe en metálico, no pagó el importe adeudado a la entidad a la que se les había comprado.

Por haberse retirado la acusación inicialmente formulada por la acusación particular, la sentencia absolvió al también acusado Edemiro de los delitos que se le imputaban.

Recurso interpuesto por la representación de Edemiro .

SEGUNDO.- El acusado absuelto formula un primer motivo de casación, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, entendiendo que al declararse de oficio las costas generadas con ocasión de su intervención en el proceso, se ha producido una indebida aplicación del artículo 240.3 de la LECRIM.

El motivo se desarrolla con la afirmación de que, con la misma prueba que existía en la fase de instrucción, al culminar el acto del plenario se retiró la acusación formulada contra él como posible autor de un delito contra el derecho de información y control del artículo 293 del Código Penal. Desde esta constatación, asegura que su inclusión en la querrela inicial respondió a la intención de presionar a Claudio , dada la estrecha amistad que les une. Por todo ello, entiende que el ejercicio por parte de la acusación particular de acciones penales contra el recurrente, viene revestido de la temeridad y mala que justifica su condena en costas.

En cuanto al criterio fijado legalmente para evaluar si procede imponer al querellante la obligación de abonar las costas generadas con ocasión de la tramitación de cualquier procedimiento, nuestra STS n.º 169/2016 de 2 de marzo, resume las premisas afectadas, en los siguientes términos:

"1.-Para resolver la cuestión planteada es necesario partir de dos premisas generales. La primera, que nuestro sistema procesal, partiendo de una concepción de la promoción de la persecución penal como poder también de titularidad ciudadana (artículo 125 de la Constitución), se aparta de aquellos sistemas que reservan al Estado, a través del Ministerio Público, la promoción del ius puniendi, ese sí de monopolio estatal. La segunda, y por ello, en la actuación de aquel poder reconocido a los ciudadanos, ha de ponderarse la concurrencia del ínsito derecho a la tutela judicial, bajo la manifestación de acceso a la jurisdicción, con el contrapunto de no someter a los denunciados a la carga de un proceso como investigados o, después, imputados sin la apreciación de causas más o menos (según el momento del procedimiento) probables.



Por otra parte, tal fundamento y contexto del reconocido derecho a ser parte acusadora, deriva en el reconocimiento de una total autonomía en cuanto al estatuto que como parte se reconoce al acusador no oficial.

2.- De lo anterior deriva el sistema de regulación de la eventual imposición a cargo del acusador no oficial de las costas ocasionadas al acusado absuelto. La fuente normativa viene constituida por el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero la misma exige una interpretación que jurisprudencialmente se ha ido configurando en las siguientes pautas que extraemos de las múltiples sentencias dictadas por esta Sala.

Dos son las características genéricas que cabe extraer: a) que el fundamento es precisamente la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, y b) que, dada las consecuencias que cabe ocasionar al derecho constitucionalmente reconocido antes indicado, la línea general de viabilidad de la imposición ha de ser restrictiva.

El punto crucial viene a ser la precisión del criterio de temeridad y mala fe a los que remite el artículo antes citado".

La trascendencia de la significación que se atribuya a los términos de temeridad y mala fe, obliga a definir primero si ambos conceptos tienen un contenido equivalente o, por el contrario, el artículo 239 de la LECRIM viene a referirse a dos comportamientos diferenciados, en cuyo caso resulta obligado delimitar el alcance de ambas actitudes. En satisfacción de esa exigencia debe proclamarse que, pese a la proximidad de ambos vocablos, recogen claramente dos actuaciones procesales heterogéneas. Mientras la temeridad hace referencia al modo objetivo de ejercer las acciones legales, adjetivando un desempeño que resulta claramente infundado respecto del que es su marco legal regulatorio, la mala fe tiene un contenido subjetivo e intencional, cuya significación se alcanza desde la individualización -también subjetiva- de su opuesto. Solo la identificación del difuso alcance que tiene la buena fe procesal, nos permitiría proclamar dónde arranca la transgresión del deber y cuando concurre el elemento del que el legislador ha hecho depender la aplicación de las costas. La buena fe (del latín, *bona fides*) es un estado de convicción de que el pensamiento se ajusta a la verdad o exactitud de las cosas, por lo que a efectos del derecho procesal Eduardo Couture lo definía como la "*calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón*". La buena fe hace así referencia a un elemento ético cuyo contenido negativo (esto es, la ausencia de buena fe), comporta una actitud personal, consciente y maliciosa, de actuar de manera procesalmente desviada, bien en el sentido de obrar ilícitamente o, incluso, en el de engañar. No es pues extraño que nuestra jurisprudencia haya destacado que la mala fe, por su carácter subjetivo, es fácil de definir, pero difícil de acreditar; lo que podemos decir que no acontece con la temeridad, que únicamente precisa de una evaluación de contraste respecto de los postulados de la ciencia jurídica.

En todo caso, ambas actitudes entrañan que la acusación particular (por desconocimiento, descuido o intención), perturba con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia; razón por la que la jurisprudencia proclama que la temeridad y la mala fe, han de ser notorias y evidentes (SSTS n.º 682/2006, de 25 de junio o 419/2014 de 16 abril), afirmando la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales (STS n.º 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición (STS 19 de septiembre de 2001, 8 de mayo de 2003 y 18 de febrero, 17 de mayo y 5 de julio, todas de 2004, entre otras muchas).

En nuestra sentencia 169/2016, de 2 de marzo, destacábamos también una serie de presupuestos procesales que afectan a la decisión de imponer las costas al querellante o al actor civil. Además del sometimiento al principio de rogación, hemos proclamado que:

- 1) La prueba de la temeridad o mala fe, corresponde a quien solicita la imposición de las costas (sentencia Tribunal Supremo núm. 419/2014 de 16 abril).
- 2) No es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido posiciones en el proceso diversas, incluso contrapuestas, a la de la acusación oficial (STS 91/2006 de 30 de enero) y
- 3) El Tribunal a quo ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas (STS n.º 508/2014 de 9 junio y núm. 720/2015 de 16 noviembre).

En relación con la justificación de la eventual decisión de condena, resulta también controvertida la trascendencia que pueden tener las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión, pues la decisión de admitir a trámite la querrela, la de posibilitar a las acusaciones que formalicen la imputación o la decisión de apertura del juicio oral, no son el mero resultado de una opción procesal de la acusación particular (STS 91/2006, 30 de enero), sino que presuponen una consideración judicial de que la pretensión de la parte puede no estar enfrentada a su viabilidad jurídica.



Al respecto, de un lado, hemos proclamado que si tales decisiones interlocutorias fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo resultaría de aplicación en los casos de desviación respecto de la acusación pública, pues la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. De otro, que si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, ha decidido que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria tampoco puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS n.º 508/2014 de 9 junio). Por ello, la evaluación de la temeridad y mala fe, para la imposición de las costas, no sólo debe de hacerse desde la consideración de la pretensión y actuación de la parte, sino contemplando la perspectiva que proporciona su conjunción con las razones recogidas en las decisiones interlocutorias que la han dado curso procesal (STS 384/2008, de 19 junio).

Proyectado lo expuesto al caso de autos, no puede apreciarse el ejercicio temerario que el recurso proclama. La resolución impugnada argumenta la ausencia de temeridad indicando que: "*No apreciamos que la querella careciese de base ni de fundamento y la conclusión absolutoria sustentada en el principio in dubio pro reo así lo confirma, y de facto la Juez instructora en el auto transformador realizó un juicio de acusación frente a todos los acusados y por todos los hechos que se incorporaron a la calificación provisional, incluso respecto del absuelto Edemiro, cuya acusación también fue compartida por el Ministerio Fiscal respecto al delito societario del artículo 293, si bien en el juicio se reiteró la acusación, como también lo hizo la acusación particular a la luz de la prueba practicada, debiendo de hacer especial énfasis en que la tesis acusatoria exigió periciales de contrate con el objeto de ofrecer una tesis plausible a la existencia de indicios de sobre costes en ambos proyectos edificatorios. Por tales razones las costas del acusado absuelto se declaran de oficio, sin que apreciemos motivos para su imposición a la acusación particular, al no concurrir temeridad ni mala fe*". De este modo, la resolución destaca una serie de elementos que apuntan a la sostenibilidad jurídica de la acusación y la ausencia de una querella carente de fundamento, lo que se materializó -como consecuencia precisamente del contenido de la investigación- en que la Juez de instrucción incluyera los hechos por los que se acusó al recurrente en el relato de hechos justiciables incluidos en el auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado, y que no sólo la acusación particular, sino que el propio Ministerio Público, mantuvieron acusación contra el recurrente por los referidos hechos y como posible autor de un eventual delito del artículo 293 del Código Penal.

Por último, contemplada la decisión que se recurre desde el parámetro de si la acción penal se ejerció con mala fe, el recurrente concluye que ha habido un ejercicio malintencionado, pues entiende que la querella se formuló contra él, con la exclusiva finalidad de presionar a Claudio para que, por la estrecha amistad que les une, se viera forzado a transigir con un arreglo económico extrajudicial que pusiera término al procedimiento. La convicción no viene sin embargo acompañada de ningún indicio objetivo que permita la inferencia, y no sólo resulta contraria a los indicios de responsabilidad anteriormente referidos, sino al hecho de que la propia acusación particular retirara su acusación en el mismo momento en que lo hizo la acusación pública, esto es, al terminar la práctica de la prueba en el plenario y evaluar que no existía base probatoria suficiente para reclamar su condena.

El motivo se desestima.

TERCERO.- La representación de Edemiro formula un último motivo de casación, al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE, en relación con el artículo 120.3 del mismo texto constitucional.

Expresa el recurrente que la sentencia no motiva el pronunciamiento respecto de las costas generadas por su intervención en el proceso.

Ya se ha indicado en el anterior fundamento cuáles son las razones expuestas por la Audiencia Provincial de Palma para estimar ausente la característica de temeridad y mala fe en la actuación procesal de la acusación particular. Con independencia de que el recurrente comparta o discrepe de tal argumentación, la exteriorización de los motivos que conducen al tribunal a su decisión satisface el deber de motivación cuya transgresión se sostiene.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la representación de los condenados Claudio y Cristobal.

CUARTO.- Los acusados formulan su primer motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 LECRIM, por vulneración del artículo 24.2 de la CE, en relación con el artículo 779.1.4.º de la LECRIM.

El motivo sostiene que la querella amplió su objeto con respecto a la venta de los inmuebles después de la presentación del escrito inicial, y que el acusado Claudio nunca fue interrogado por tales hechos. De este



modo, considera que se ha quebrantado su derecho a no ser acusado y condenado sin haber sido previamente oído sobre los hechos, tal y como ya expresó en un recurso de apelación que fue desatendido por la Audiencia Provincial (f. 3851 a 3855), además de haber planteado, con igual fracaso, en el trámite de cuestiones previas del juicio oral.

La alegación no justifica la indefensión que se sugiere. Es doctrina constitucional consolidada (SSTC 135/1989, 186/1990 o 128/1993) que el derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 L.E.Cr.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la "primera comparecencia" contemplada en el art. 789.4. L.E.Cr. y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.y 2. L.E.Cr.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 L.E.Cr.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al art. 24 C.E. y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida" (art. 11.1. L.O.P.J.).

Añadía la sentencia del Tribunal Constitucional 128/1993 que "La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una notitia criminis que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 L.E.Cr.), sin que pueda el Juez de Instrucción, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la imputación (esto es, del hecho punible objeto de las diligencias previas), eludir que su sujeto pasivo asuma el status de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción, efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de la instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumarial o de la incomunicación del procesado".

Y esta exigencia constitucional de conocimiento de la condición de investigado, así como de los hechos que se le atribuyen (entre los que se encontraba la compra de los locales que hizo la empresa HRD) y el reconocimiento de poder participar en la instrucción, proponiendo en ella cuantos elementos de descargo sean considerados precisos para impulsar el pronunciamiento de exención o moderación de la responsabilidad que pueda atribuirse a quien se encuentra sometido a proceso, es una realidad constatable en la instrucción de esta causa, por más que las preguntas concretas que se consideró preciso formular al investigado por el instructor, por las acusaciones y por la defensa, no cubrieran este aspecto de la investigación, sin duda motivado por el hecho de que tanto la venta de los locales por la entidad *Alfabeta Real State SL*, como su compra por la entidad *HRD*, pudo abordarse mediante una administración ajena a la intervención personal del Claudio . Consta en autos la querella formulada contra ambos acusados y el auto de su admisión de fecha 12 de noviembre de 2007 (f. 399 y ss), además del auto de fecha 22 de febrero de 2008 mediante el que se admite a trámite la ampliación de la querella a la que hace referencia el recurso (f. 835). Tras ambos escritos de identificación de los hechos objeto de investigación, el 19 de febrero de 2008 se dictó providencia (f. 854), en la que se acuerda la suspensión de las declaraciones que estaban inicialmente acordadas, precisamente porque " *estamos ante algo más que un escrito de petición de diligencias e instancia de medidas cautelares, estamos ante una ampliación del escrito de querella inicial en el que se narran nuevos hechos que también deben ser objeto de investigación y que merece el mismo tratamiento procesal de ésta, es decir, decisión sobre su admisibilidad y traslado en su caso a los querellados con carácter previo a la toma de declaración al objeto de que puedan articular adecuadamente su derecho de defensa*"; acordándose además que se oficiara a la Policía Nacional en orden a que practicasen las gestiones precisas para determinar el domicilio personal de Claudio .



Cumplidas estas gestiones, el 25 de marzo de 2008, se dictó providencia en la que se acordaba librar exhorto al Juzgado de Paz de Sant Josep de Sa Talaia, para que se notificara a Claudio el auto de incoación de la querrela, así como el auto de ampliación de la misma, junto a los escritos y documentación en los que se basaban, reclamándose además que se le requiriera para que designara abogado y procurador de su confianza. Tras varios recordatorios, la cooperación judicial se obtuvo el 17 de abril de 2004, certificando la Letrada de la Administración de Justicia del órgano judicial actuante (f. 1150) que " *teniendo en mi presencia a D. Claudio , le notifico los anteriores autos de fechas 12.11.2007 de incoación de incoación (sic) de la querrela y 22.02.08 de ampliación de querrela mediante lectura íntegra y entrega de la copia literal. Igualmente le hago entrega de copia de la ampliación de la querrela*". Y por último, el 29 de mayo de 2008, el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Ibiza, realizó la información de derechos a Claudio , quien designó letrado a Marc Molins Raich y solicitó nombramiento de procurador de oficio, tomándosele declaración respecto de los hechos con sujeción al interrogatorio que el Instructor y la acusación consideraron preciso abordar, sin que se formulara o negara la pertinencia de ninguna pregunta que al respecto quisiera formular la asistencia letrada del investigado. Y no obstante lo aducido en el motivo, por más que no se consideró oportuno preguntarle directamente sobre una venta en la que no consta que interviniera personalmente, si fue ampliamente interrogado sobre la empresa de su propiedad que adquirió los inmuebles (HDR), así como sobre su situación de inviabilidad financiera final y sobre la persona que actuaba en ella como administrador.

El motivo se desestima.

QUINTO.- El segundo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 296 del Código Penal.

Destaca el recurrente que los delitos societarios sólo son perseguibles por denuncia del agraviado o de su representación legal. A partir de ello, argumenta que han sido condenados por impedir a un socio el ejercicio de participar en la gestión o control de la actividad social (art. 293 Código Penal), sosteniendo que al haberse perpetrado el delito respecto a la participación del querellante en la junta de accionistas de *Alfabeta Real State SL* celebrada en enero de 2008, la persecución del delito precisaría de la previa denuncia, no de la querellante (la sociedad *Señorío del Val Azul SL*), sino de cualquiera de los socios de *Alfabeta Real State SL*, que no son otros que las entidades *Lisa 99* y *Umbría*.

Con respecto al delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal (en su redacción anterior a que la LO 1/2015 lo dejara sin contenido, recogiendo su previsión en el artículo 252 del Código Penal), los recurrentes sostienen que los perjudicados por la venta de bienes patrimoniales de *Alfabeta Real State SL* serían los socios de la entidad (*Lisa 99* y *Umbría*), los depositarios, los cuentapartícipes en sus proyectos o los titulares de bienes, valores o capital, pero en modo alguno puede serlo la entidad querellante *Señorío del Val Azul SL*.

El artículo 296 del Código Penal dispone que: "1. *Los hechos descritos en el presente capítulo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas*". El precepto convierte en semipública la persecución de estas conductas, salvo cuando la actuación prevista por el legislador en los distintos tipos delictivos societarios tenga una amplia proyección lesiva.

No obstante, el recurso desfigura los hechos que han sido subsumidos en el tipo penal del artículo 293 del Código Penal. El poder que Cristobal otorgó a favor de Claudio , para que éste pudiera representar a la entidad *Lisa 99*, todo ello con desconocimiento de los socios de la entidad (y entre ellos *Señorío del Val Azul SL*), es cierto que se manifestó por primera ocasión en la Junta de accionistas de la entidad *Alfabeta Real State SL*, cuando Claudio acudió representando a *Lisa 99* en atención, precisamente, a ese poder. Empero, no fue en el seno de esa junta en el que se perpetró el delito que se sanciona y persigue, sino que el mismo aconteció rompiendo las reglas de información y control que habían de regir el desarrollo empresarial en *Lisa 99*.

El artículo 293 del Código Penal opera como garantía del correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los mecanismos de información y control de la gestión social que corresponden a los socios. Fue precisamente el quebranto del deber de informar y de posibilitar el control que sufrió *Señorío del Val Azul SL* (partícipe al 50% del capital social de *Lisa 99*), lo que condujo a esta entidad a reclamar al administrador único de *Lisa 99* (Cristobal), que convocara una Junta General de la sociedad con objeto de cambiar el sistema de administración, aprovechando que era inminente la caducidad de su cargo. La Junta se celebró el día 24 de diciembre de 2007, proponiendo *Señorío del Val Azul* un consejo de administración de tres personas (uno designado por cada socio y otro independiente), o bien una administración solidaria y, en su defecto, una mancomunidad. La distribución de las participaciones por mitad hizo que no pudiera



alcanzarse ningún acuerdo en tal sentido, como tampoco pudo aprobarse la renovación de Cristobal como administrador único (propuesto de nuevo por la sociedad de Claudio , *Travel CWT*, tenedora del otro 50% del capital social de Lisa 99), ni tampoco prosperó el nombramiento del administrador alternativo que *Señorío del Val Azul* sugirió. La coyuntura hubiera paralizado cualquier actuación de *Lisa 99* hasta la designación judicial, en su caso, de un administrador. De este modo, la capacidad de control que en ese contexto tenía *Señorío del Val Azul SL* para que la sociedad no realizara operaciones contrarias a los intereses colectivos, pudo superarse merced al poder que el administrador -dos días antes de su cese- había otorgado a favor de Claudio , y que fue ocultado a *Señorío del Val Azul SL* para que pudiera ser ejercido sin restricciones.

En cuanto a la ausencia del requisito de perseguibilidad respecto del delito de administración desleal perpetrado en el seno de la entidad *Alfabeta Real State SL*, si bien es cierto que su capital social estaba detentado por las sociedades *Lisa 99* y *Umbría*, también refleja la sentencia de instancia que la tenencia de *Lisa 99* correspondió a en un 50% a la querellante *Señorío del Val Azul SL*. Esta Sala ha expresado en otras ocasiones que la referencia al *agraviado* que se recoge en el artículo 296 del Código Penal, no tiene porqué coincidir necesariamente con los perjudicados (STS 620/2004, de 4 de junio), sino que lo que la regla procesal impone es la existencia de una denuncia o querrela de quienes soportan efectivamente los perjuicios (STS 425/2016, de 19 de mayo), lo que no es sino el concreto reflejo de una protección penal orientada a aquellos que ostentan posiciones minoritarias en el capital o el entramado social.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El tercer motivo del recurso interpuesto por los acusados se formula también por infracción de ley, y de nuevo al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM.

Denuncian los recurrentes la indebida aplicación del artículo 293 del Código Penal. Tras hacer referencia a los saltos lógicos en los que incurre el Tribunal en la valoración de la prueba, en una alegación que resulta incompatible con la intangibilidad del relato histórico que deriva del motivo de casación empleado, los acusados argumentan que si Jon carecía de capacidad de control respecto de la decisión de liquidación de la sociedad que se adoptó en la junta de accionistas de la entidad *Alfabeta Real State SL*, no fue como consecuencia de que se apoderara a Claudio para representar a la sociedad *Lisa 99*, sino fruto de que Jon (o más concretamente su entidad *Señorío del Val Azul SL*), ni tenía el control de *Lisa 99*, dado que sólo contaba con el 50% del capital social de ésta empresa, ni había adquirido todavía la participación del 40% que *Umbría* tenía en el capital social de *Alfabeta Real State SL*.

Como ya se ha expresado anteriormente, el tipo penal descrito en el artículo 293 del Código Penal tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición. Conforme a la legislación de sociedades de responsabilidad limitada entonces vigente, era competencia de la Junta General de *Lisa 99* la censura de la gestión social (art. 44.1.a), debiendo los administradores desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal (art. 61), lo que pasa por informar de su actuación y, particularmente, de todo aquello que haga referencia a la representación de la sociedad y su delegación (art. 62). La ocultación del poder de representación otorgado a favor de uno solo de los socios y con vulneración del deber de informar de ello a la Junta General pese a haber cesado en el cargo, permitió que el poder pudiera ser ejercido por el acusado Claudio , quien asumió la representación de *Lisa 99* sin que los socios pudieran prevenir social o judicialmente la actuación.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Por infracción de ley, nuevamente al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, se denuncia la indebida aplicación del artículo 295 del Código Penal.

Sostienen los recurrentes que *Alfabeta Real State SL* (representada todavía por Cristobal) vendió cuatro inmuebles a la entidad HRD, de la que Claudio era propietario. No obstante, sostiene que la operación no carecía de racionalidad económica, y que fueron dificultades sobrevenidas, concretamente el que *Uruguayas* no pudiera saldar sus deudas con HRD, lo que imposibilitó que HRD pudiera pagar a su vez los inmuebles adquiridos a *Alfabeta*. Sostiene que la venta no respondió a una intención abusiva y que, aunque así hubiera sido, se hubiera producido una suerte de compensación de deudas entre las diferentes empresas.

Más allá del diferente montante de los débitos, es evidente la imposibilidad de considerar una suerte de compensación de deudas entre entidades con distinta personalidad jurídica y que pertenecen además a distintos socios con diferentes participaciones. Conforme se recoge en el relato de hechos probados, el crédito que *Alfabeta Real State SL* ostentaba contra HRD como consecuencia de la venta de los inmuebles que contemplamos, tenía un reflejo remoto en el interés económico de los socios de aquella, esto es, las entidades *Lisa 99* y *Umbría*, esta perteneciente entonces, según el relato fáctico, a unos ciudadanos belgas



que la sentencia no identifica. Por el contrario, la sentencia refleja que la deuda que *Uruaguas* tenía con HRD sólo tenía reflejo en el interés de su único socio, la entidad *Lisa 99*, sin participación ninguna de *Umbría*. Por último, la empresa HRD, finalmente beneficiaria de la venta de los inmuebles, se dice que era propiedad al 50% de Claudio y Marcos, sin que exista ninguna participación de la querellante.

En lo tocante a que la operación de venta venía revestida de plena racionalidad mercantil, y que fueron circunstancias sobrevenidas las que malograron el pago de lo vendido, de suerte que no puede sostenerse la existencia del delito de administración desleal, la alegación carece también del alcance enervatorio de la responsabilidad que se persigue.

El delito de administración desleal radica en la infracción de un deber de fidelidad en quienes actúan por cuenta de la empresa y no precisa que el dinero se incorpore al patrimonio del gestor, bastando con que se materialice un perjuicio en el patrimonio administrado. El delito consiste en administrar un patrimonio en perjuicio de la persona física o jurídica que es titular de este, bastando para la concurrencia del elemento intelectual del tipo que confluja una conciencia y voluntad de burlar las expectativas económicas de quienes encomendaron al sujeto activo la gestión de sus intereses. Unas exigencias que el Tribunal de instancia declara concurrentes en el caso enjuiciado, por más que el recurrente, contrariando la intangibilidad del relato de hechos probados en que se asienta el motivo de infracción de ley que ejercita, defiende que los hechos responden a una realidad diferente. Se expresa así en el relato histórico del Tribunal que: " *el Sr. Cristobal, actuando como administrador y puesto de común acuerdo con Claudio, vendió cuatro locales a la entidad contratista HRD, vinculada con Claudio, por un precio de 1 millón de euros, sin impuestos, de los cuales 458.042,82 euros se destinaron a la subrogación en la hipoteca, 175.489,29 se abonaron en efectivo y, el resto, 526.468 euros, se aplazaron en 3 pagarés pagaderos en marzo, mayo y julio de 2008, pagarés que fueron renovados por otros con vencimiento en 2009 y 2010, sin que hasta la fecha hayan sido atendidos, siendo conscientes de que ese pago aplazado no iba a ser satisfecho o que existía una probabilidad muy elevada de que así fuera, debido a que URUAGUAS mantenía deudas con HRD por la construcción del complejo de Adeje y que por tal motivo el administrador de URUAGUAS había ya advertido de la necesidad de realizar aportaciones para atender estos pagos y del descubierto existente o en otro caso se vería en la necesidad de disolver la sociedad y de instar la declaración de concurso, declaración que fue promovida por HRD en fecha de 2009.*

Sin perjuicio de que la deuda de HRD por la compra de los locales sigue sin haber sido satisfecha, aunque se ha trabado embargo sobre determinados aparcamientos propiedad de HRD en el edificio Géminis, el diferimiento del pago ha ocasionado a ALFABETA unos perjuicios por intereses y gastos que han sido cifrados en 53.435,24 euros.

Apenas un mes y tres días después de esta venta, el 22 de enero de 2008, HRD vende a la entidad IBILER (Justiniano, vinculado a ESABA) esos mismos cuatro locales por un precio de 750.000 euros, esto es 250.000 euros menos que un mes antes, que se pagan en metálico, con toda probabilidad inferior a la suma verdaderamente recibida, sin que ese dinero o parte de él fuera destinado a hacer frente a la deuda existente con ALFABETA".

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Su quinto motivo de casación se formula al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, sosteniéndose una infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 28 a 31 del Código Penal, argumentándose subsidiariamente la indebida inaplicación del artículo 65.3 del mismo texto punitivo.

Denuncia el recurrente que la sentencia condene a Claudio como autor de un delito societario del artículo 293 del Código Penal, y como autor de un delito de administración desleal del artículo 295 del mismo texto, en su redacción anterior a la LO 1/2015. Argumenta que, puesto que ambos delitos sólo pueden ser perpetrados por el administrador de hecho o de derecho de una sociedad, y dado que Claudio carecía de esa condición, su participación quedaría fuera del ámbito de aplicación de los tipos penales, añadiendo que si el reproche penal viniera asentado por su colaboración con el administrador Cristobal, debería medirse su reproche desde la minoración de pena que recoge el artículo 65.3 del Código Penal.

Los delitos societarios que analizamos tienen la consideración de delitos especiales propios, puesto que la ley delimita el círculo de sus posibles autores a quienes tienen la consideración de administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad, y considerando además que el Código Penal no incluye un delito equivalente y común para quienes participen en la ejecución de los hechos y carezcan de tal condición. No obstante, y en lo que hace referencia al delito de impedir a un socio participar en el control de la actividad social (art. 293 del Código Penal), ya se ha expresado con anterioridad que el mecanismo consintió en que el acusado Cristobal, como administrador de la entidad, otorgó un poder de representación de la entidad *Lisa 99* a favor del acusado Claudio y sin dar cuenta de ello a la Junta General. Ello permitió que este segundo acusado actuara por representación de la entidad y, aprovechando la participación mayoritaria que *Lisa 99* tiene en la entidad



Alfabeta Real State SL, se acordara la liquidación de ésta última sociedad, sin que ninguno de los socios de la propietaria supiera y pudiera actuar en contra de tal decisión. El comportamiento social sólo respondió al posicionamiento particular de Claudio, quien eludió así la discrepancia y las posibilidades de oposición de los socios, sin que pueda sustentarse -como hace el recurso- que las facultades de control de la actividad social que corresponden a los partícipes se perjudicaran exclusivamente por el poderdante, y no por el apoderado, pues éste también asumió una representación de hecho de la entidad y la ejerció con iguales consecuencias que el primero.

Respecto del delito de administración desleal, nuevamente debe recordarse el relato histórico que hace referencia a este delito. El Tribunal expresa que:

"el Sr. Cristobal, actuando como administrador y puesto de común acuerdo con Claudio, vendió cuatro locales a la entidad contratista HRD, vinculada con Claudio", y añade más adelante que: "...526.468 euros, se aplazaron en 3 pagarés pagaderos en marzo, mayo y julio de 2008, pagarés que fueron renovados por otros con vencimiento en 2009 y 2010, sin que hasta la fecha hayan sido atendidos, siendo conscientes de que ese pago aplazado no iba a ser satisfecho o que existía una probabilidad muy elevada de que así fuera, debido a que URUAGUAS mantenía deudas con HRD por la construcción del complejo de Adeje y que por tal motivo el administrador de URUAGUAS había ya advertido de la necesidad de realizar aportaciones para atender estos pagos y del descubierto existente o en otro caso se vería en la necesidad de disolver la sociedad y de instar la declaración de concurso, declaración que fue promovida por HRD en fecha de 2009". De este modo, aunque el acusado Claudio careciera de la condición de administrador de la entidad vendedora, intervino como cooperador necesario en la compra de los activos, reflejando la sentencia que lo hizo con voluntad, y con pleno conocimiento del perjuicio, o probable perjuicio, que iban a infligir a la sociedad vendedora. Debe así responder como "extraneus" conforme con el principio de accesoriedad, lo que no comporta una rebaja de penológica que el artículo 65.3 del Código Penal, introducido por LO 15/2003, contempla como potestativa. El precepto dispone que "Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate", considerando la jurisprudencia de la Sala que respecto del "extraneus" sólo se justifica una punición equivalente a la del autor, cuando la intervención del partícipe venga acompañada de elementos o circunstancias que permitan establecer una semejanza entre la antijuridicidad de ambas conductas (STS 765/13, de 22 de octubre), en un juicio de valoración que se entiende concurrente en el presente caso, pues Claudio no sólo tenía una participación en la entidad propietaria de los bienes que era semejante a la de la entidad perjudicada, sino que fue su empresa la que directamente se benefició de la gestión desleal, y lo hizo merced a un administrador que precisamente gestionaba además los intereses particulares de Claudio y que había sido propuesto por él para que se encargara de la gestión del patrimonio de la entidad defraudada.

El motivo se desestima.

NOVENO.- El sexto motivo se formula por infracción de ley, al amparo del mismo precepto que los anteriores, por indebida inaplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, o por inaplicación de la atenuante analógica de cuasiprescripción.

La nula argumentación del porqué ha de aplicarse una atenuante analógica de *cuasiprescripción*, contrariando con ello la exigencia de que la infracción de ley se sostenga desde la fundamentación doctrinal y legal que se considere aplicable (art. 874.1.º LECRIM), determina la desestimación del motivo en lo que a este aspecto se refiere. Respecto de la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, el recurso descansa en la duración de un procedimiento iniciado el 12 de noviembre de 2007 y cuyo último auto acordando el término de la instrucción se emitió el 21 de noviembre de 2014. Recuerda además que el 22 de febrero de 2008 se acordó la emisión de informe pericial, que no se practicó hasta el 8 de noviembre de 2013, reprochando también el tiempo que tardaron en resolverse los recursos de apelación interpuestos contra los dos autos de procedimiento abreviado, además del año y tres meses que medió entre la conclusión de la fase intermedia y la celebración del juicio oral.

A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la



existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/10, de 15 de febrero o 416/13, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10 de diciembre).

Complementariamente, nuestra jurisprudencia destaca que la circunstancia atenuante puede y debe estimarse como cualificada cuando los elementos que configuran la razón atenuatoria concurren de manera relevante e intensa en la hipótesis concernida, esto es, superando en mucho lo que sería la normal exigencia para que la atenuación se considere estimable con carácter genérico (STS 668/08, de 22 de octubre). Y dado que la atenuante ordinaria precisa que las dilaciones sean extraordinarias o "fuera de toda normalidad", la atenuación cualificada exige una desmesura que se identifique como fuera de lo corriente, bien proyectada en una duración que es radicalmente inasumible por los justiciables en todo caso, bien haciendo referencia a paralizaciones que no se aciertan a entender, resultan excepcionales o -como hemos indicado gráficamente en alguna ocasión- superextraordinarias (STS 251/12, de 20 de marzo).

Tal consideración lleva a la desestimación de la pretensión. Por más que la duración del procedimiento haya sido extensa, ni el recurso indica periodos de paralización en la instrucción o durante la tramitación de la fase intermedia, ni la duración total del proceso se muestra desacompañada al contenido de una instrucción que resultó compleja por su contenido, ni lo está tampoco respecto del volumen de las indagaciones realizadas y de los varios recursos interpuestos por las partes. Debe remarcar además, que la consideración de concurrir la atenuante simple que se solicita, pues el proceso está lejos de la extraordinaria anomalía que exigiría su consideración como muy cualificada, tendría una nula repercusión en las penas que fueron impuestas por el Tribunal de instancia, en consideración a haberse individualizado las sanciones en su mínima extensión legal.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Los recurrentes formulan un séptimo motivo, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación de los artículos 116 a 120 del Código Penal.

Destaca el recurso que han sido condenados a pagar a *Alfabeta Real State SL*, el importe de los locales que HRD no pagó tras su compra, sin perjuicio de que la indemnización se minore en el importe que, en ejecución de sentencia, se acredite cobrado por *Alfabeta* en virtud de los embargos trabados sobre el patrimonio de la entidad deudora HRD. Desde este pronunciamiento principal, el recurso denuncia que ni *Alfabeta Real State SL* ha comparecido en este procedimiento a reclamar cantidad alguna, ni lo han hecho siquiera sus socios *Lisa 99* y *Umbría*, además de recordar que *Alfabeta Real State SL* reclamó el pago de los pagarés que resultaron impagados a través del juicio cambiario correspondiente.

Sin perjuicio de que el ejercicio de acciones cambiarias no produce necesariamente los efectos de la cosa juzgada material (art. 827.3 de la LEC), el motivo debe de ser resuelto desde una pluralidad de exigencias y circunstancias determinantes del pronunciamiento que se combate:

1. El artículo 110 de la LECRIM faculta que los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho, puedan mostrarse parte en la causa antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan; añadiendo que aun cuando no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme, dado que la renuncia ha de ser expresa y terminante (clara y terminante en la redacción dada por la Disposición Final 1.3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito).
2. En todo caso, los artículos 108 y 112 de la Ley procesal, disponen que la acción civil se ha de entablar juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso un acusador particular, salvo que el ofendido haya renunciado expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización o haya reservado expresamente posponer su ejercicio a la terminación del proceso penal.
3. La reparación indemnizatoria está sometida al principio de justicia rogada, que conduce la acción civil acumulada (SSTS 932/11, de 22 de junio o 1710/11, de 20 de octubre, entre otras).



4. El Ministerio Público, en el caso presente y en el ejercicio de la acción civil resarcitoria, no efectuó pedimento ninguno y

5. Fue la acusación particular personada, esto es, la representación de la entidad *Señorío de Val Azul SL*, la que reclamó la indemnización a favor de la entidad *Alfabeta Real State SL*.

Evidenciado así que el pronunciamiento de reparación se asienta sólo en el pedimento de la acusación particular personada, carente de legitimación para reclamar unos perjuicios económicos irrogados a la entidad *Alfabeta Real State SL*, tanto en consideración a que se trata de entidades con una personalidad jurídica diversa y socios no coincidentes, como porque la propia sentencia de instancia indica que la sociedad perjudicada se encuentra en liquidación, de modo que correspondería la reclamación indemnizatoria a sus eventuales liquidadores (artículos 374 y 375 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), el motivo debe ser acogido. Una cosa es que la tutela penal respecto de la actividad empresarial o societaria otorgue legitimación para el ejercicio de la acción penal a socios minoritarios o a quienes de manera efectiva soporten los perjuicios irrogados por actuaciones abusivas que comprometen de manera estructural y profunda las reglas de gestión corporativa, y otra es que cualquier partícipe -directo o indirecto- en el capital social, pueda asumir la representación de la sociedad en orden a reclamar en su nombre aquello a lo que considera que tiene derecho.

El motivo debe ser estimado.

UNDÉCIMO.- Los condenados formulan un último motivo de casación, también por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación de los artículos 123 y 124 del Código Penal, así como de los artículos 239 y 240 LECRIM.

Denuncian los recurrentes que se les haya condenado al pago de una sexta parte de las costas generadas por la intervención en el proceso de la acusación particular personada. Aducen que la acusación particular ha actuado con temeridad y mala fe, lo que se muestra en que retiraron parte de sus acusaciones en el trámite de conclusiones definitivas. Expresa también que los acusados han sido absueltos de algunos otros de los delitos por los que la acusación formuló acusación, y concluye con todo ello que el ejercicio de la acción penal vino impulsado por un móvil espurio que resulta contrario a la condena en costas que se les ha impuesto.

El motivo viene a ser coincidente con el que se ha resuelto en el anterior fundamento segundo, dado que el recurso no identifica elementos que permitan sustentar que la acusación particular pudiera observar un comportamiento distinto respecto de cada uno de los acusados.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- Conforme al artículo 901 de la L.E.Crim., y habiéndose desestimado íntegramente el recurso interpuesto por Edemiro, deberá asumir el pago de las costas generadas en esta instancia, declarándose de oficio las causadas por los recurrentes Claudio y Cristobal, respecto de los que se ha estimado parcialmente su recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Debemos estimar el motivo de casación, por infracción de ley, formulado por la representación procesal de Claudio y Cristobal, por la indebida aplicación de los artículos 109, 110 y 116 del Código Penal respecto de la obligación establecida en la sentencia de instancia de indemnizar los perjuicios ocasionados a la entidad *Alfabeta Real State SL*; todo ello, con reserva de las acciones civiles que puedan corresponder a dicha entidad y con declaración de oficio de las costas causadas con ocasión de la tramitación de este recurso.

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al resto de motivos de casación formulados por los recurrentes, condenando a Edemiro al pago de las costas causadas en la tramitación de su correspondiente recurso, declarando de oficio las causadas por Claudio y Cristobal en la tramitación del suyo.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1837/2017



Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 29 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto la causa Rollo Procedimiento Abreviado 84/2016, seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 25/2012, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 3, de los de Ibiza, por delito societario, apropiación indebida, (o subsidiariamente delito de administración desleal), y falsedad en documento mercantil, contra **Claudio**, con D.N.I. n.º NUM000, nacido en Pamplona (Navarra) el NUM001 de 1959, hijo de Primitivo y de Guillerma, Cristobal, D.N.I. n.º NUM002, nacido en Santander (Cantabria) el NUM003 de 1959, hijo de Nazario y de Julieta, y Edemiro, con D.N.I. n.º NUM004, nacido en Valencia el NUM005 de 1947, hijo de Segundo y de Luisa, se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 20 de abril de 2017, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia pronunciada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En el fundamento décimo de la sentencia rescindente, se estimó el motivo por infracción de ley formulado por la representación de Claudio y Cristobal, por la indebida aplicación de los artículos 109, 110 y 116 del Código Penal respecto de la obligación establecida en la sentencia de instancia de indemnizar los perjuicios ocasionados a la entidad *Alfabeto Real State SL*, al entender que la única entidad reclamante de dicha indemnización carecía de legitimación activa para la petición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolver a Claudio y Cristobal, de la reparación de los perjuicios supuestamente ocasionados a la entidad *Alfabeto Real State SL*, con plena reserva de acciones civiles a favor de esta entidad, si a ello hubiere lugar y se tuviere por conveniente.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde