



Roj: **STS 3554/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3554**

Id Cendoj: **28079120012019100602**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2019**

Nº de Recurso: **1583/2018**

Nº de Resolución: **542/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 542/2019

Fecha de sentencia: 06/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1583/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1583/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 542/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 6 de noviembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1583/2018 interpuesto por **D. Juan Miguel**, representado por la procuradora D^a Mercedes Nasarre Jiménez, bajo la dirección letrada de D. José Luis Carrera Marcén, contra Sentencia de fecha 7 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Procedimiento abreviado Rollo de Sala nº 64/2017 por un presunto delito societario y de apropiación indebida.

Ha sido parte D. Adriano y D^a Hortensia, representados por la procuradora D^a. María Pilar Morellón Usón, bajo la dirección letrada de D. Diego López Marco; D. Bernabe, representado por la procuradora D^a Carmen Redondo Martínez, bajo la dirección letrada de D^a Libertad María Soto Velasco; D. Cecilio, representado por la procuradora D^a Pilar Morellón Usón, bajo la dirección letrada de D. José Ramón Bonilla Moreno; y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, el 7 de marzo de 2017, se dictó sentencia absolutoria de D. Adriano, D^a Hortensia, D. Bernabe y D. Cecilio de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados, asimismo se impone a D. Juan Miguel las costas procesales ocasionadas por las defensas por mala fe, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" **PRIMERO.-** Los acusados Adriano, Bernabe y Cecilio junto con el denunciante Juan Miguel eran los socios coparticipes y administradores solidarios de la mercantil "PROYDEL SOLUCIONES DE ARQUITECTURA E INGENIERIA S.L." cuyo objeto social consistía en la elaboración de proyectos de obra, con domicilio social en la Avda. Diagonal nº 14 nave 49 del Polígono Plaza de Zaragoza. A su vez, la entidad PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS, con igual domicilio social, era la encargada de ejecutar los proyectos elaborados por la anterior estando igualmente participada por los mismos socios. Adriano ostentaba además la condición de director general de ambas empresas y administrador de Proydell Gestión. Por su parte la acusada Hortensia, esposa del anterior ostentaba la condición de apoderada de la misma, cargo para el que fue nombrada el 9 de noviembre de 2004. Asimismo Bernabe se hizo cargo de la gestión contable de ambas sociedades desde finales del año 2009 siendo los ingenieros de las mismas el acusado Cecilio y Juan Miguel.

SEGUNDO.- Al inicio de la relación social todos los socios partícipes del grupo de empresas, esto es, tanto los acusados como el propio Sr. Juan Miguel, adoptaron en su día el acuerdo no escrito de cargar provisionalmente los gastos ocasionados por las obras de reforma y acondicionamiento ejecutadas en las propiedades que poseían a la cuenta de la sociedad PROYDEL GESTIÓN, surgiendo la obligación de su reintegro cuándo perdían su condición de socios. Dichas obras se efectuaban sin emitir facturas, pero quedaban reflejadas en una cuenta contable.

TERCERO.- La entidad OPER ORTIZ S.A en su condición de cliente del grupo PROIDEL contrató con esta última para el acondicionamiento de una nave industrial, en el Polígono Plaza por un importe de de 295.414 E. del que OPER ORTIZ S.A abonó a PROYDEL parte de la misma, en concreto 44.000 E. en metálico y el resto mediante transferencias y cheques La obra en cuestión planteó en su ejecución multitud de problemas relacionados sobre todo con la deficiente instalación de un muro cortina, con el pavimento y con los desagües, costos de los que PROIDFEL se hizo cargo. En fecha 21 de junio de 2010 se emitió la correspondiente factura. El cobro de. los 44.000 E. se aplicó correctamente a la cuenta del cliente de procedencia.

CUARTO.- PROYDEL GESTIÓN ejecutó una obra en Almería para la empresa ALMEREDIAN, S.L. ascendiendo su presupuesto a 180.237,18 E. más IVA a cuyo costo se añadía una cantidad adicional de 26.592,80 E. que no se llegó a ejecutar. Debido a los problemas surgidos en la ejecución de dicha obra relacionados con las partidas del aire acondicionado, de la calefacción y el vertido del local, se produjeron gastos que no habían sido inicialmente acordados con PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS quien decidió encargarlos a otra empresa, razón por la que PROYDEL redujo la facturó que inicialmente tenía previsto cobrarle, siendo su precio el reflejado en las facturas emitidas por la sociedad, a la que sumado el 'IVA arrojaba un total de 201.584,42 E., manteniéndose ulteriores negociaciones para la ejecución de otro proyecto dado el buen trato recibido de PROYDEL GESTION.

QUINTO.- Asimismo en el primer trimestre de 2008 PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS ejecutó una obra en un local situado en la Calle Concepción Arenal nº 213 de Barcelona para D. Moises por un precio de 47.887,56 € cuyo importe se correspondía con las facturas emitidas por dicha entidad, añadiendo los numerosos problemas que surgieron relativos a ciertas partidas, sin que el coste que ocasionó su solución le fuera repercutido por PROYDEL.

SEXTO.- De la misma forma PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS ejecutó una obra en un bar de la Callé Bélgica de Zaragoza y otra en la localidad zaragozana de Torres de Berellén. La primera fue facturada al cliente D. Pio en la factura de 3 de enero de 2012 por importe de 52.600 €,., siendo la base imponible de 44.542,38 E.



habiendo sido cobrada por un importe conjunto de 45.600 E. a través de varios importes, de 18.000 E. cobrado el 3 de mayo de 2007, 12.000 el 8 de junio de 2007, 15.600 E. el 16 de agosto de 2008 y quedando sin cobrar 69800 €, siendo la diferencia entre el importe facturado y los costes incurridos en subcontratas según los registros contables de 2872,55 E. La segunda fue facturada al cliente D. Romualdo en fecha 13 de septiembre de 2017 coincidiendo con la cantidad presupuestada de 107.797,26 E.

SÉPTIMO.- Igualmente PROYDEL ejecutó dos obras para la empresa "2000 TABERNAS S.L.", una en la Calle Florentino Ballesteros de Zaragoza que había sido valorada económicamente en 39.236,05 € y otra en la Plaza de España del barrio zaragozano de Monzalbarba valorada en 81.764,91 E. siendo los importes facturados inferiores a los ejecutados y emitiéndose dos facturas por importe de 813,10 (IVA incluido) que son las únicas que se cobraron ya que como los giros posteriores comenzaron a resultar impagados se decidió no seguir emitiendo facturas dada la insolvencia del cliente final quien resultó judicialmente condenado a su pago.

OCTAVO.- En relación a la obra efectuada en la Plaza de España del barrio zaragozano de Monzalbarba el acusado Sr. Adriano se subrogó en la posición que mantenía la sociedad HONEY CRY S.L. con su acreedor ESPACIO WORK por importe de 72.592 E. liberando de este modo a la primera, lo que hizo que dentro del saldo deudor del Sr. Adriano respecto a la sociedad por importe de 139.365,51 E. se incluyera el referido importe de 72.692 E. Sin embargo, el Sr. Adriano y la Sra. Hortensia concertaron un préstamo hipotecario con la entidad CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA DE ARAGÓN por importe de 200.000 E. produciéndose una transferencia a su cuenta corriente por importe de 190.000 E. de fecha 4 de febrero de 2011 a la cuenta corriente de PROYDEL, lo que dio lugar a un saldo a Su favor de 50.634,49 € que a 31 de diciembre de 2011 ascendía a 15.540,16 E.

NOVENO.- La entidad 2000 TABERNAS S.L. concedió un préstamo de 15.000 E. al acusado Sr. Adriano figurando su importes como activo en el balance de situación de la sociedad 2000 TABERNAS S.L.

DÉCIMO.- En el año 2011 el acusado D. Adriano se incrementó su nómina, como retribución de la sociedad PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS pasando de percibir en 2010 un salario de 34.984,53 E. a cobrar en 2011 un salario bruto anual de 82.500 E. y en 2012 de 83.250 E.

UNDÉCIMO.- Era política de empresa no facturar en determinadas ocasiones a clientes estratégicos. Así sucedió con Víctor Manuel respecto de unas obras en su vivienda y otras en la casa de su padre por importe de 726,44 € y con el Sr. Ángel en concepto de potencial cliente por unas obras ejecutadas en su domicilio de URBANIZACION000 de Gallego por importe de 5940,97 E.

DUODÉCIMO.- La acusada Sra. Hortensia en su condición de apoderada de la empresa PROYDEL GESTIÓN, cargo para el que fue nombrada el 9 de noviembre de 2004, utilizó sucesivamente dos vehículos Mitsubishi Montero que eran propiedad de la sociedad. Dicha utilización consistía en la realización de gestiones ante organismos oficiales así como en trasladarse desde su domicilio en la URBANIZACION000 situada en la CARRETERA000 a su lugar de trabajo ubicado en el Polígono Plaza y viceversa. Los hijos del Sr. Adriano y de la Sra. Hortensia cuando eran menores de edad efectuaban "descargas" de Internet con un teléfono de la empresa sin que quede constancia del perjuicio económico ocasionado.

DÉCIMO TERCERO.- Con anterioridad a la salida de la empresa del Sr. Juan Miguel los socios de la misma procedieron a rescatar cuatro pólizas de Plan de Jubilación suscritas con Wintethur-Axa.

DÉCIMO CUARTO.- Entre los días 7 de abril de 2006 y el 11 de noviembre de 2008 los acusados Adriano y Bernabe, a través de la emisión de pagarés contra la cuenta de la sociedad firmados por el Sr. Adriano y presentados al cobro por el Sr. Bernabe dispusieron de fondos de la cuenta corriente abierta a nombre de PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS por importe de 104.999 €. No existe constancia alguna de que dichos acusados dispusieran de tal cantidad en su propio beneficio.

DÉCIMO QUINTO.- En fecha 7 de enero de 2009 el Sr. Adriano efectuó una transferencia a su cuenta particular por importe de 7000 E. desde la cuenta de PROYDEL GESTION en concepto de remuneraciones pendientes devengadas a 31 de diciembre de 2008.

DÉCIMO SEXTO.- Entre los días 11 de abril y 12 de diciembre de 2008 el acusado Bernabe traspasó de la cuenta bancaria de PROYDEL GESTIÓN a su cuenta corriente en concepto de gastos de viaje y manutención mediante ocho transferencias bancarias la suma de 49.023,19 E. Asimismo dicho acusado entre los días 23 de noviembre de 2006 y 28 de mayo de 2009 ingresó en su cuenta bancaria diversas cantidades en efectivo que procedían de PROYDEL GESTIÓN por importe de 69.000 E. Las cantidades percibidas por el Sr. Bernabe a través de esta operativa consistían en reintegros que la sociedad le hacía, así como a que, en efecto, tales ingresos obedecían a cantidades que dicho acusado adelantaba de su propio patrimonio personal para satisfacer las dietas a las cuadrillas de trabajadores que todas las semanas habían de desplazarse a diferentes puntos del país para realizar obras, respondiendo sustancialmente a desayunos, almuerzos, menús



de comidas, cenas y cafés. Dicho efectivo procedía a su vez de los fondos en metálico que el acusado guardaba en su domicilio y que provenían de la venta de un inmueble en fecha 18 de julio de 2007 así como de las percepciones de las cuotas de la devolución de un préstamo personal hecho a su hermano, sin que en ningún caso hubieran salido de su cuenta corriente. El acusado justificaba ante la empresa el adelanto de dichos gastos a través de la presentación de los correspondientes tickets de caja. La dinámica de adelantar de su propio bolsillo tales cantidades obedecía a que el gerente de la empresa y acusado Sr. Adriano, único en disponer de firma para hacer extracciones de la cuenta corriente de la empresa, se encontraba muy frecuentemente de viaje.

DÉCIMO SEPTIMO.- Entre los días 7 de enero de 2008 y 7 de mayo de 2009 el acusado Adriano ingresó en la cuenta corriente suya y de su esposa cuatro cantidades en efectivo por un importe total de 27.300 E. Dicho numerario procedía de los ingresos obtenidos por ambos acusados como consecuencia de la actividad de compraventa de objetos antiguos desarrollada a través de Internet.

DÉCIMO OCTAVO.- Las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 de la entidad PROYDEL GESTIÓN DE SERVICIOS fueron auditadas por la empresa de auditorías ANÁLISIS Y VERIFICACIONES CONTABLES S.L.P. concluyéndose que las mismas expresaban la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad. Por su parte el denunciante Sr. Juan Miguel ejerció con carácter previo a la Junta celebrada el 26 de junio de 2011 su derecho de información en relación a las cuentas de 2009 y de 2011 obteniendo la documentación que iba a ser objeto de aprobación el 19 de junio de 2012. En base a ello el Sr. Juan Miguel promovió juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza contra la entidad ESPACIO WORK EJECUCIÓN por la que interesaba la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de 29 de junio de 2011 en el que recayó Sentencia de fecha 25 de enero de 2013 que desestimaba la demanda y cuyo fundamento jurídico tercero proclamaba que las cuentas en cuestión reflejaban fielmente la situación de la sociedad, resultando confirmada por la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 10 de mayo de 2013.

DÉCIMO NOVENO.- En el mes de abril de 2009 D. Bernabe cesó voluntariamente en la empresa PROYDEL como socio, siendo sustituido en las funciones de gestión que éste desempeñaba por D. Juan Miguel quien a su vez abandonó la empresa en el mes de septiembre de ese mismo año. En fecha 21 de diciembre de ese mismo año los acusados Sres. Adriano, Bernabe y Cecilio junto con el denunciante Sr. Juan Miguel idearon un pacto relacionado con la salida del Sr. Bernabe de las sociedades del grupo PROYDEL. Dicho pacto consistió en que con el fin de evitar que quien salía de la sociedad formulara contra la misma una denuncia ante la Tesorería de la Seguridad Social que acarrearía unas consecuencias económicas para la misma calculadas en unos 300.000 €, se condonaba a dicho socio la deuda de 57.133,83 E. que mantenía con la sociedad.

VEINTEAVO.- Durante el tiempo transcurrido entre la salida del Sr. Bernabe y el abandono de la empresa por parte de D. Juan Miguel, éste revisó los ordenadores de aquel y concluyó con que Bernabe se había apoderado de dinero de la empresa, basándose fundamentalmente para ello en el descubrimiento de una hoja Excel con anotaciones contable hechas a lápiz..."... presu... Barcelona..." que según Juan Miguel procedían de su puño y letra e indicaban los importes que se habían cobrado en dinero "A" y en dinero "B".

VIGÉSIMO PRIMERO.- Una vez que el Sr. Juan Miguel abandonó de facto la empresa se entablaron negociaciones para cuantificar el precio de sus acciones no llegándose a alcanzar acuerdo alguno.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Además del mencionado juicio ordinario promovido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza contra la entidad ESPACIO WORK EJECUCIÓN por la que interesaba la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de 29 de junio de 2011 anterior, el Sr. Juan Miguel promovió contra PROYDEL GESTIÓN los siguientes procedimientos.-

a).- Procedimiento Ordinario 43412010-13 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza.

b).- Procedimiento Ordinario 381/12 seguido ante el juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza cuya sentencia de fecha 20 de enero de 2013 desestimaba íntegramente la demanda con expresa condena en costas y que resultó confirmada en apelación por sentencia de fecha 10 de mayo de 2013 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

c).- Procedimiento Ordinario 51/2011 promovido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza para declaración de su derecho de separación y fijación de su cuota e impugnando el acuerdo social. Recurrída en casación por PROYDEL GESTIÓN el T.S., dictó Sentencia de fecha 14 de abril de 2014 que casó y revocó la dictada por la Audiencia Provincial que a su vez estimaba el recurso de apelación interpuesto contra ésta por el Sr. Juan Miguel, siendo asimismo desestimado el incidente extraordinario por infracción procesal interpuesto por aquel mediante sentencia de fecha 1 de julio de 2014.



- d).- Demanda de fecha 4 de septiembre de 2014 de impugnación del acuerdo de aprobación del balance final de liquidación de PROYDEL GESTIÓN.
- e).- Procedimiento ordinario 335711 promovido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza que a día de hoy se encuentra suspendido a instancia del Sr. Juan Miguel .
- f).- Procedimiento ordinario 101/2012 promovido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza cuya demanda fue desestimada, resultando confirmada la sentencia en apelación con imposición de costas.
- g).- Procedimiento ordinario 335/11 promovido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza que a día de hoy se encuentra suspendido a instancia del Sr. Juan Miguel .
- h).- Procedimiento ordinario 882/13 promovido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Zaragoza.
- i).- Diligencias Previas nº 3875/12 incoadas ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Zaragoza en las que el Ministerio Fiscal interesó el sobreseimiento libre de las actuaciones.
- j).- Diligencias Previas nº 1817/13 incoadas ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza en que recayó auto de fecha nueve de agosto de 2013 que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones confirmado por auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

VIGÉSIMO TERCERO.- En fechas posteriores D. Edemiro pasó a formar parte de la empresa adquiriendo parte de sus participaciones tras efectuar un reconocimiento de deuda. Como quiera que la situación de la empresa no era nada boyante debido entre otras razones a los perjuicios ocasionados a la misma por la marcha de los Sres. Juan Miguel y Bernabe , el Sr. Edemiro sugirió a Juan Miguel que podía continuar trabajando en la misma como ingeniero, rehusando tal propuesta y manifestándole que solo estaba interesado en localizar una documentación y que..."tenía un tema personal con el Sr. Adriano ". Asimismo, el Letrado del Sr. Juan Miguel le dijo que..."Estaba encoñado".

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

"DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Adriano , Hortensia , Bernabe y Cecilio de los delitos continuados de apropiación indebida y de administración desleal de los que resultan acusados.

Se imponen a Juan Miguel las costas procesales ocasionadas por las defensas por mala fe."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por D. Juan Miguel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 852 LECr, por infracción del art. 24.1 CE por falta de motivación de la sentencia.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba en relación con el hecho probado nº 22.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., al haberse infringido en la sentencia preceptos de carácter sustantivo por indebida aplicación del art. 240 LECr. en relación a los arts. 123 y 124 CP.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr, al haberse infringido en la sentencia preceptos de carácter sustantivo por indebida aplicación del art. 252.1, en relación con el art. 249 y art. 250.1.5º y art. 74 CP, en la redacción vigente del CP (anteriores art. 252 y 295).

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, las representaciones procesales de D. Adriano y de Dª Hortensia , suplica a la Sala se dicte resolución que acuerde no haber lugar al recurso y, subsidiariamente acuerde su íntegra desestimación, con expresa imposición de costas al recurrente. La representación procesal de D. Bernabe suplica a la Sala la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente la desestimación de la totalidad del recurso, con expresa imposición de costas. La representación procesal de D. Cecilio suplicó a la Sala se inadmita el recurso, y subsidiariamente su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite de todos los motivos aducidos por el recurrente, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 3 de julio de 2018; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 23 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo se articula al amparo del art. 852 de la LECrim, por infracción del art. 24.1 de la CE, por falta de motivación de la sentencia.

En el extracto del motivo se alega que dentro del amplio capítulo de falta de motivación se constata: la aceptación por el tribunal de la versión de los acusados, sin sometimiento a la crítica, sin otra prueba de descargo y en contra del material incriminatorio soportado en la prueba pericial y documental, valoración probatoria ilógica, arbitraria o irracional, así como la existencia de errores relevantes de carácter fáctico que condicionan la percepción del hecho por el tribunal y la consiguiente argumentación. Interesando por ello la nulidad de la sentencia y la remisión a la Sala para que nuevamente sea redactada.

2. Por lo que se refiere a este primer aspecto del recurso, debemos señalar como ha recordado repetidamente esta Sala (SSTS de 18 de marzo de 1996; 13 de noviembre de 1998; 7-6-2012, nº 469/2012), el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, en el sentido en el que aquí se alega, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado.

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, pueda suponer la utilización de esta vía entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse.

Conviene, por tanto, precisar que no debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión comporta el de obtener una resolución motivada, razonada y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (STC núm. 258/2007). A las partes asiste el derecho a que sus pretensiones sean resueltas por los órganos jurisdiccionales de forma expresa y motivada o, excepcionalmente, de forma tácita, pero resultante de manera evidente del contenido de la resolución judicial. En relación a los aspectos fácticos de la sentencia penal, es preciso que los hechos que se declaran probados vengán unidos a una explicación comprensible de la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba y del camino seguido desde ésta hasta aquellos. Esto no quiere decir que el Tribunal deba pronunciarse expresamente acerca de cualquier aspecto de los hechos que las partes hayan alegado, pues solo debe hacerlo respecto de aquellos que resulten relevantes a los efectos de la aplicación de la ley penal. Tampoco es precisa una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones, siempre que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones de las partes (Cfr STS 8-12-2008, nº 907/2008).

3. El recurrente hace expresa mención al hecho probado 2º sobre obras realizadas en las viviendas de los acusados, al hecho probado 3º sobre el cliente OPER ORTIZ SA, a los hechos 5º y 20º sobre las obras en Barcelona y las notas manuscritas del Bernabe , al hecho probado 6º sobre obras en Torres de Berrellén, al hecho probado 7º obras en la sociedad 2000 TABERNAS SL, al hecho probado 11º, sobre el que apunta que es arbitraria la valoración de la prueba al considerar a Ángel como cliente estratégico, al hecho probado 12º, sobre uso de teléfonos móviles por los hijos del Sr. Adriano , sobre el hecho probado 19º, relativo el acuerdo de Bernabe y el favorecimiento a Cecilio , hecho probado 10º sobre la subida del salario Sr. Adriano , y hecho probado 14º en relación al cobro de pagarés.

En todos los puntos, el recurrente explica la argumentación que ha dado el Tribunal para declarar probado cada hecho, mostrando su discrepancia con ello, llevando a cabo sus propias conclusiones sobre la prueba practicada, tachando los razonamientos de la Sala como arbitrarios y erróneos, cuando en realidad lo que se desprende de lo argumentado, es la mera discrepancia del recurrente con los argumentos del Tribunal.

Tras la lectura de la sentencia de instancia no es posible afirmar, como pretende el recurrente, que la misma carece de motivación, cuando se encuentra extensamente razonada, dando respuesta a cada de los puntos del complejo escrito de acusación.

Además, el único aspecto que refiere el recurrente de falta de respuesta -referido en el punto 8º, hecho probado 19º-, es el relativo al hecho de que las participaciones sociales del Sr. Bernabe fueron vendidas al otro acusado Sr. Cecilio por 1 euro. Pero, tal y como ha apuntado la Jurisprudencia, no es necesario que el Tribunal se

pronuncie expresamente acerca de todos los aspectos de los hechos que las partes aleguen, solo los más relevantes, ni que la respuesta sea pormenorizada, lo que cobra una especial relevancia en supuestos de sentencias absolutorias. Además, en este caso, sí que da una respuesta por el tribunal a la citada cuestión, ya que se afirma qué se pactó la salida del Sr. Bernabe de la sociedad y le condonaron la deuda para eludir la denuncia ante la Tesorería de la Seguridad Social, admitiendo todos los acusados que fue el Sr. Juan Miguel el redactor material del acuerdo, argumento del que simplemente discrepa el recurrente, afirmando que es ingeniero y que no puedo redactar el documento, que lo hizo un jurista.

El resto de cuestiones planteadas en el motivo sí tienen respuesta, aunque el recurrente no esté conforme con la misma. Así en relación al hecho 2º, la sentencia reconoce la existencia del acuerdo de cargar en la cuenta de la sociedad los gastos ocasionados por las obras de reforma y acondicionamiento ejecutadas en las propiedades de los socios. En los fundamentos, expresa que este acuerdo existía cuando el denunciante era socio y se beneficiaba del mismo y se apoya en el reconocimiento efectuado por la esposa del denunciante en el Procedimiento Ordinario 832/12 del Juzgado de Primera Instancia 9 de Zaragoza y en el informe del Perito Sr. Claudio sobre las cuentas anuales de 2009 de Espacio Work, aprobadas en 2012, que se incluyó la siguiente modificación "La sociedad ha realizado trabajos para los socios...por un total de 391.215,96€".

Sobre el hecho probado 3º, relativo a la obra ejecutada para el cliente Oper Ortiz SA, los hechos dicen que esta obra fue contratada por importe de 295.414 € y que una parte, en concreto 44.000€, fueron abonados en metálico. La Sentencia no ha otorgado fiabilidad al presupuesto presentado, ni a la pericial de cargo, justificando su decisión en que el presupuesto carece de aptitud probatoria, pues no ha sido reconocido por ninguno de los acusados, y la pericial de cargo ha sido desacreditada por la pericial elaborada por Jose Ramón (Presidente del Colegio de Peritos), la cual analiza minuciosamente, y sobre la que afirma que la contundencia en las explicaciones del perito priva de eficacia para el Tribunal a la pericial de cargo.

En relación a los hechos probados 5º y 20º, relativos a Obra de Barcelona sobre notas manuscritas de Bernabe, el Tribunal rechaza los hechos de la acusación, tomando en consideración el testimonio de Moises, quien declaró que pagó el precio que figuraba en la factura, y añadió que surgieron problemas resueltos por la empresa sin adicionar coste alguno, versión corroborada por la pericia del Sr. Claudio. Concluye la Audiencia, no hay la más mínima prueba de cargo, salvo la mera sospecha.

En cuanto al hecho probado 6º. Obra en Torres de Berrellén, el Tribunal declara probado que el importe del presupuesto se corresponde con las facturas emitidas y que no existe prueba de cargo para acreditar el aprovechamiento de los acusados. Se apoya en el testimonio del propietario de la obra quien manifestó que el presupuesto de la obra coincidió con las facturas emitidas y el precio abonado.

Con respecto al hecho probado 7º. Obras para la sociedad 2000 Tabernas SL. El recurrente dice que hay un error en el hecho y en la fundamentación jurídica (subapartado E), ahora bien, la Sentencia dice que se efectuaron dos obras, una por 39.236,05 € y otra por 81.764,91 €, respectivamente, que solo se cobraron dos facturas por importe de 813,10 €, y que como los giros posteriores resultaron impagados se decidieron no seguir emitiendo facturas dada la insolvencia del cliente. Y tal conclusión la apoya en las consideraciones del perito Sr. Claudio, afirmando que más allá de la alegación del recurrente, no hay dato para afirmar la solvencia de la Sociedad Tabernas SL.

Sobre el hecho probado 11º, el Tribunal declara probado que era política de la empresa no facturar en determinadas ocasiones a clientes estratégicos, como sucedió con Victor Manuel y con el Sr. Ángel, quien era un cliente potencial, lo que declara acreditado con base a los testimonios de los acusados, siendo una estrategia empresarial aceptable, y que la tesis del recurrente carece de dato objetivo que la sustente.

Por último, en relación el hecho probado 12º, último párrafo, relativo al uso de teléfonos móviles por parte de los hijos de Adriano y Hortensia, se afirma en la sentencia que los mismos efectuaban descargas de Internet con un teléfono de la empresa, sin que haya quedado acreditado perjuicio alguno para la empresa, considerando por ello que la conducta resulta atípica.

La Sentencia declara que es atípico el uso de dos vehículos por la Sra. Hortensia, en su condición de apoderada de la empresa, y lo mismo ocurre con la "vaga e imprecisa imputación consistente en que los hijos de.... cuando eran menores de edad efectuaban descargas de Internet con un teléfono de la empresa, al no constar el perjuicio económico ocasionado".

Además, hay que tener en cuenta que el cauce casacional elegido, vulneración de la tutela judicial efectiva, en ningún caso, pueda suponer la utilización de esta vía entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, tal y como pretende el recurrente.

4. Lo anterior resulta más relevante en el supuesto analizado ya que se trata de la revisión de una sentencia absolutoria, sin que esta Sala haya tenido ocasión de presenciar las pruebas, ni de escuchar a los acusados,



por lo que no podemos obviar que hemos dicho en SSTs 500/2012, 1160/2011 y 798/2011, que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediación por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación. Cuando el órgano *ad quem* "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27).

También, debemos destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-11-2011, caso Cadena Calero contra España, que reitera la doctrina de dicho tribunal, en relación con el alcance de celebrar una vista y examinar con inmediación determinadas pruebas en aquellos casos en los que se procede a condenar al acusado en segunda instancia o en casación, tras una sentencia absolutoria.

En este caso, el TEDH se pronuncia específicamente sobre el alcance de dicha obligación en casación, realizado las siguientes consideraciones: "46 (...) el tribunal Supremo, para llegar a nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el TS concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

En opinión del tribunal, el TS se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de este tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan". A partir de este razonamiento, la sentencia concluye que ha existido una violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "49. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado o incluso del de otros testigos (ver Botten c. Noruega 19.2.96; Ekabatani c. Suecia precitada y los asuntos españoles arriba mencionados).

Conforme a la jurisprudencia citada, los márgenes de la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos, pero no cabe cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

Resulta evidente que, en este caso, el Tribunal ha llevado a cabo un análisis del material probatorio y ha llegado a una conclusión absolutoria, que no es modificable por este Tribunal a través del recurso de casación, sin práctica de prueba y sin escuchar a los acusados. No tratándose lo planteado de una cuestión de falta de motivación de la sentencia de instancia, sino de la discrepancia del recurrente con la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal *a quo*.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1. En el segundo y tercer motivo se alega infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la valoración de la prueba con respecto al hecho probado nº 22 - procedimientos judiciales, determinantes para la condena en costas-, así como por indebida aplicación del art. 240 de la LECrim, en relación con los artículos 123 y 124 del Código Penal.

2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 27-6-2012, nº 569/2012, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo (SSTS. 936/2006, de 10 de octubre y 778/2007, de 9 de octubre, entre otras muchas) viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

3. En este caso, la Acusación Particular formaliza recurso de casación por discrepar de la condena en costas efectuada en la sentencia, vertebrándose su diferencia a través de dos motivos, uno por *error facti* y otro por *error iuris*, con los que trata de cuestionar la existencia de la mala fe que apreció el Tribunal de instancia, mala fe que fue la determinante de la condena en costas que se impugna.

Ambos motivos son susceptibles de tratamiento conjunto, pues de lo que se trata, al fin y al cabo, es de la impugnación de la decisión del Tribunal a quo de imponer las costas a la acusación particular. Sin necesidad de abordar el discutible encaje de las resoluciones citadas en el segundo motivo para su consideración como verdaderos documentos casacionales (cfr. SSTS 76/2013, 31 de enero y 456/2008, 8 de julio), nuestra atención se va a centrar en la procedencia del criterio que ha llevado a los Jueces de instancia a la imposición de las costas.

En la sentencia de la Sala 99/2016, de 18 de febrero, decíamos que en "la SSTS 232/2014, 25 de marzo y 1092/2011, 19 de octubre, que la recurribilidad de la condena en costas, basada en la discrepancia respecto de la ponderación que sobre la temeridad o mala fe haya llevado a cabo el Tribunal a quo, está hoy fuera de dudas (cfr. STS 387/1998, 11 de marzo). El art. 240.3 de la LECrim que el recurrente considera infringido asocia la condena de las costas a la acusación particular al hecho de que resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

No es tarea fácil la fijación de un criterio seguro para discernir cuándo puede estimarse la existencia de temeridad o mala fe. La doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que no existe un concepto o definición de la temeridad o la mala fe, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada supuesto concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querrelado no ha cometido el delito que se le imputa (cfr. SSTS 46/2007, 30 de mayo, 899/2007, 31 de octubre y 37/2006, 25 de enero).".

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 nº 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 querrelante 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 nº 508/2014, de 9 junio y núm. 720/2015, de 16 noviembre)".

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).

4. La resolución impugnada argumenta la mala fe indicando, en primer lugar, la existencia de una multiplicidad de ilícitos penales supuestamente integrantes de los dos delitos continuados objeto de acusación, en los que a excepción de único supuesto en el que se ha aplicado la presunción de inocencia, eran realmente atípicos, lo que denota según la Sala "una obstinación en el proceder del denunciante en cuanto a la persistencia de la pretensión punitiva". En segundo lugar, se hace mención a la "multiplicidad de procedimientos promovidos contra los hoy acusados tras la salida de la sociedad con resultado desfavorable para el Sr. Juan Miguel en casi todos ellos" y, en tercer lugar, se basa la sentencia en las manifestaciones de un testigo que puso de relieve que el Sr. Juan Miguel no se quería reincorporar a la sociedad, solo quería buscar documentación, ya que "tenía un tema personal con el Sr. Adriano "; todo ello lo califica el Tribunal como una "patente mala fe" que le hace acreedor de la condena en costas.

Proyectado la anterior Jurisprudencia al caso de autos, no puede apreciarse el ejercicio temerario o con mala fe que la sentencia de instancia proclama, por los siguientes motivos:

1º En relación a la existencia de una multiplicidad de ilícitos penales, supuestamente integrantes de los dos delitos continuados objeto de acusación, de los que el Tribunal afirma que eran casi todos atípicos, no podemos obviar, que el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decidió en este caso que la Acusación mantenida tanto por la Acusación Particular como por el Ministerio Fiscal, reunía los presupuestos precisos para abrir el juicio oral por todos los hechos imputados. La sentencia absolutoria no 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).

Además, tal y como queda reflejado en la sentencia, el Ministerio Fiscal mantuvo sus conclusiones provisionales elevándolas a definitivas en el acto del Juicio Oral, por lo que, si como regla general tiene dicho esta Sala que la disparidad de criterio entre el Fiscal y la acusación particular es insuficiente para fundamentar la condena en costas por temeridad (STS 753/2005, 22 de junio), en menor medida lo será si el criterio entre el Fiscal y la Acusación Particular es coincidente en cuanto a la condena de los acusados, ya que los principios constitucionales que informan la actuación del Ministerio Fiscal -legalidad e imparcialidad, ex art. 24 CE- ofrecerán de ordinario una referencia nada despreciable para valorar la fundabilidad de la acusación.

2º La segunda razón dada por el Tribunal es que la "multiplicidad de procedimientos promovidos contra los hoy acusados tras la salida de la sociedad con resultado desfavorable para el Sr. Juan Miguel en casi todos ellos", aquí el recurrente hace referencia al *error facti* del Tribunal, en concreto en el Hecho Probado 22, que tras el análisis de la documentación de la causa debe ser apreciado en los siguientes puntos: 2.1. Aunque en el encabezamiento del Hecho Probado se hace referencia a que "además" del juicio ordinario que describe, el acusado promovió "a) Procedimiento Ordinario 434/2010 en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza", lo cierto es que es el mismo procedimiento que el descrito inicialmente, y fue ganado por el aquí recurrente en su integridad; 2.2. El procedimiento que se describe en el apartado c) fue promovido contra PROYDEL SOLUCIONES, no contra PROYDEL GESTIÓN como afirma la sentencia -con la estimación parcial de pretensiones tal y como también se señala en la misma-; 2.3. No constan resoluciones en autos sobre el procedimiento judicial reflejado en el apartado d), manteniendo el denunciante la versión de que fue archivado por carencia sobrevenida de objeto, y los acusados que fue suspendido por el Sr. Juan Miguel que no lo reactivó; 2.4. El procedimiento reflejado en el apartado e), es el mismo que el anterior -apartado d)-; 2.5. El procedimiento Ordinario 101/2012 que se refleja en el apartado f) lo fue contra la sociedad ZACOSTA INMOBILIARIA SL; 2.6. El apartado g) se trata de una repetición del apartado e), es el mismo procedimiento -letras d), e) y g)-; 2.7. En cuanto al Procedimiento Ordinario 882/13, que consta en la letra h) no existe acreditación documental alguna, tal y como afirma el recurrente; 2.8. Las Diligencias Previas 3875/12, no es un procedimiento contra PROYDEL GESTIÓN, y se encuentra pendiente de sentencia, según reconoce la acusación y la defensa, al menos en el momento de presentación del recurso y su impugnación; 2.9. Las Diligencias Previas 1817/13, en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional, el denunciante no fue el Sr. Juan Miguel -según reconoce la defensa del Sr. Adriano y la Sra. Hortensia - fue interpuesto por Edurne y su socia Benita .

Por tanto, tal y como apunta el recurrente, de los 10 procedimientos judiciales relacionados en el hecho probado, solamente dos fueron dirigidos por el Sr. Juan Miguel contra PROYDEL GESTIÓN, y en el primero dio



la razón al recurrente, ya que el resto, o no están documentados, o se dirigen contra otros, o la parte querellante se trata de otras personas y, en concreto, en cuanto a los procedimientos penales, uno está pendiente de sentencia y el otro se encuentra sobreeséido, pero no fue el Sr. Juan Miguel el denunciante.

En consecuencia, haciendo una ponderación entre el 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 probables, no podemos llegar a la conclusión mantenida por el Tribunal de que el Sr. Juan Miguel ha actuado con mala fe, al entablar los procedimientos anteriormente relacionados.

3º Por último, el Tribunal hace mención como criterio de valoración y motivación sobre la mala fe en la actuación del recurrente, a las manifestaciones de un testigo que puso de relieve que el Sr. Juan Miguel no se quería reincorporar a la sociedad, solo quería buscar documentación, ya que "tenía un tema personal con el Sr. Adriano".

Es obvio, que existía algún tema personal con el Sr. Adriano por parte del Sr. Juan Miguel, con el que había sido socio junto con los otros dos acusados, pero la mala fe requiere algo más, pues tiene un contenido subjetivo e intencional, se refiere 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, que no se acredita por la sola animadversión entre las partes en el procedimiento penal.

Por tanto, no podemos afirmar que la actitud procesal de la parte sea maliciosa, temeraria o absolutamente injustificada en el ejercicio de la acción penal, y en cuanto a una supuesta temeridad sobrevenida en el plenario merecedora de la condena en costas, por el Tribunal no se expresa razón alguna acerca de la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- 1. El cuarto motivo se articula por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incorrecta aplicación de lo dispuesto en el artículo 252.1, en relación con los artículos 249, 250.1.5º y 74, todos ellos del Código Penal.

En el desarrollo del motivo se hace constar que determinados apartados del relato de hechos probados constituye el delito de administración desleal por el que vienen acusados Adriano y Bernabe, en concreto se hace referencia a los Hechos Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo, Undécimo, y Duodécimo, afirmando que el Sr. Adriano, en todos los casos, llevó a cabo acciones continuas de administración desleal, no amparadas en el cargo de administrador de la sociedad, siendo plenamente conocedor y cooperador del primero el Sr. Bernabe, aunque no ostentara nombramiento formal como administrador, ya que el mismo venía ejerciendo las funciones de gestión de la administración y las fianzas.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.



El artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Conviene recordar que hemos dicho en relación al delito de administración desleal vigente la tiempo de comisión de los hechos, entre otras en STS 655/2014, de 15 de octubre, que los elementos del tipo de administración desleal, están constituidos por: a) El sujeto activo que debe ser administrador de hecho o de derecho -o los socios-, es decir con facultades de gestión con capacidad de obligar a la sociedad por el cargo que ocupa en la sociedad; b) que exista un quebrantamiento del deber de lealtad, el tipo penal habla de abuso de sus funciones, es decir, que desde su posición de administrador disponga fraudulentamente de los bienes o capital de la empresa; c) que como delito de resultado exista un perjuicio evaluable, perjuicio que aunque el tipo no exige que sea directamente a la sociedad, ya que se refiere a los socios, depositarios, cuentas, partícipes, etc., no cabe duda que tal concreción, integra y comprende un perjuicio a la sociedad concernida; y d) Finalmente, se ha de originar como consecuencia de toda esta actividad un beneficio para el sujeto activo del delito o un tercero.

Asimismo, hemos dicho que la LO 1/2015, en el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras. Por otro lado, la apropiación indebida, en los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, si antes se sancionaba en el art 252 ahora se sancionará en el art 253 CP. (STS 700/2016, de 9 de septiembre).

El primer inconveniente que nos encontramos a la hora de analizar el motivo, es que la Sala descarta que los hechos probados referidos por el recurrente sean constitutivos del delito de administración desleal imputado, así con respecto al Séptimo y Octavo -a ello se refiere la sentencia al analizar los hechos del escrito de acusación incluidos en el Subapartado E- afirmando que "...dos obras ejecutadas por PROYDEL para la empresa "2000 TABERNAS S.L.", una en la Calle Florentino Ballesteros de Zaragoza que había sido valorada económicamente en 39.236,05 E. y otra en la Plaza de España del barrio zaragozano de Monzalbarba valorada en 81.764,91 E...En relación a la primera cuestión deben tenerse muy en cuenta las consideraciones del perito Sr. Claudio (f. 304 y ss. del rollo de Sala) quien al folio 26 de su informe y a la vista del certificado final de obra puso en efecto de manifiesto que los importes facturados eran inferiores a los ejecutados, comprobándose que llegaron a emitirse dos facturas por importe de 813,10 € (IVA incluido) que son las únicas que se cobraron, ya que como los giros posteriores comenzaron a resultar impagados se decidió no seguir emitiendo facturas dada la insolvencia del cliente final... Respecto de la segunda consta que el Sr. Adriano se subrogó en la posición mantenía la sociedad HONEY CRY S.L. con su acreedor ESPACIO WORK por importe de 72.592 E. liberando de este modo a la primera, lo que hizo que dentro del saldo deudor del Sr. Adriano respecto de la sociedad por importe de 139.365,51 E, se incluyera el referido importe de 72.692 E. Sin embargo, y así quedó acreditado a través del informe pericial emitido por D. Claudio , f. 318, quien así lo corroboró a través del examen de las cuentas de la sociedad, del ingreso en la cuenta bancaria de ESPACIO WORK y de la escritura del préstamo hipotecario acompañada a su informe como Anexo II, el Sr. Adriano y la Sra. Hortensia concertaron un préstamo hipotecario con la entidad CAJA DE AHORROS DE LA INMACULADA DE ARAGON por importe de 200.000 E. produciéndose una transferencia a su cuenta corriente por importe de 190.000 E. de fecha 4 de febrero de 2011 a la cuenta corriente de PROYDEL, dando ello lugar a un saldo a su favor de 50.634,49 E. que a 31 de diciembre de 2011 ascendía a 15.540,16 €, transferencia que no se tuvo en cuenta por el perito de la acusación".

Con respecto al Hecho Probado Noveno -el Suapartado F-, el Tribunal razona que "En relación a tal cuestión y como en otras ocasiones el informe pericial emitido por el Sr. Claudio fue a juicio de la Sala determinante. La versión facilitada en términos de mera posibilidad por la testigo de la acusación Sra. Ascension resultó matizada por el mencionado informe que en su página 13 (f. 316 Rollo de Sala) concluyó en el sentido de que de la documentación contable analizada se desprendía que esas cantidades no se correspondían con retribuciones al administrador ni como dividendos al socio, sino que conforme a su tratamiento contable figuraban registradas como préstamos concedidos. por 2000 TABERNAS S.L. incluidos dentro del saldo de la cuenta corriente con socios y administradores, dado que tanto Adriano como Victor Manuel eran



administradores de la sociedad 2000 TABERNAS y, por tanto, dichos importes figuraban como activo en el balance de situación de la sociedad 2000 TABERNAS S.L..

En cuanto al Hecho Probado Décimo -Subapartado H-, relativo a la subida de sueldo del Sr. Juan Miguel, el Tribunal afirma que "Pues bien; aparte de las conclusiones que naturalmente han de derivarse de la falta de legitimación del Sr. Juan Miguel para entablar este tipo de reclamaciones por las razones antecedenmente expuestas, el encaje de esta conducta dentro del tipo penal de la administración desleal, variante del delito societario a la que alude el art. 252.1 C. penal y que, como se decía, castiga a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno...las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un daño al patrimonio administrado, no resulta posible y ello al no advertir la Sala la concurrencia de los dos elementos descriptivos de este injusto penal que son, por una parte, la infracción de las facultades propias de la administración de un patrimonio ajeno, y, por otra, la producción de un daño al patrimonio administrado. En el caso de autos no puede inferirse infracción de las expresadas facultades por el hecho de haberse incrementado la nómina del Sr. Adriano dado que tal incremento podía corresponderse y de hecho se correspondía y encontraba su justificación en un sensible aumento de trabajo producido por el abandono de la sociedad por parte de los Sres. Juan Miguel y Bernabe. Asimismo, tampoco ha sido posible constatar que el mencionado incremento de la percepción salarial hubiera supuesto la producción de un daño al patrimonio administrado."

El contenido del Hecho Probado Undécimo -Subapartado C-, se afirma que "Era política de empresa no facturar en determinadas ocasiones a clientes estratégicos. Así sucedió con Victor Manuel respecto de unas obras en su vivienda y otras en la casa de su padre por importe de 726,44 € y con el Sr. Ángel en concepto de potencial cliente por unas obras ejecutadas en su domicilio de URBANIZACION000 de Gallego por importe de 5940,97 E, lo que declara acreditado con base a los testimonios de los acusados, lo que declara como una estrategia empresarial aceptable, y que la tesis del recurrente carece de dato objetivo que la sustente.

Y, por último, en relación al Hecho Probado Duodécimo -Subapartado I, J, L-, al respecto afirma la Sala que la atipicidad de los hechos relatados bajo los dos primeros subepígrafes resulta patente y fuera de toda duda, ya que es obvio que el uso sucesivo vehículos por parte de la Sra. Hortensia en su condición de apoderada de la empresa PROYDEL GESTIÓN; cargo para el que fue nombrada el 9 de noviembre de 2004 (f. 409) y "cuya utilización consistía en la realización de gestiones ante organismos oficiales así como en desplazarse desde su la URBANIZACION000 situada en la CARRETERA000 a su lugar de trabajo ubicado en el Polígono Plaza y viceversa no entraña infracción alguna de facultades para administrar un patrimonio ni causa un daño al patrimonio administrado.", lo que hace extensivo a las descargas de los hijos de internet.

Añade la Sala que "perjuicios personales ocasionados a Juan Miguel", letra J, y que por exclusión de los otros tres acusados parecen resultar exclusivamente atribuido al Sr. Adriano como autor de un delito de administración desleal, la Sala debe nuevamente reiterar tanto la ausencia de representación como de legitimación del Sr. Juan Miguel para entablar esta reclamación salvo, claro está, en lo que a su propia persona concierne donde si cabría teóricamente entablar la acusación particular. Sin embargo, la ausencia de perjuicio para el Sr. Juan Miguel que pudiera derivar de la actuación del gerente de la empresa es patente, y ello debido a la ausencia de relación causa efecto entre el supuesto comportamiento observado por dicho acusado y el hecho de que la sociedad procediera a rescatar cuatro pólizas de Plan de Jubilación suscritas con Wintethur-Axa."

El Tribunal de instancia, después de valorar la totalidad de la prueba vertida en el acto del plenario de forma racional, concluyó que los hechos por los que fueron enjuiciados los acusados no eran constitutivos del referido delito ya que, de conformidad con la prueba practicada en el acto del plenario (con expresa valoración de la diferente prueba documental y personal), no pudo acreditarse la concurrencia de la totalidad de los elementos propios del delito de administración desleal y, en concreto, al no concurrir la conducta típica consistente en que hubiese dispuesto fraudulentamente de activos o bienes de la sociedad, tal y como se analiza en la sentencia de forma pormenorizada.

De conformidad con lo expuesto, debe afirmarse, de un lado, que el Tribunal de instancia procedió conforme a Derecho al absolver a los acusados del delito de administración desleal al no ser típica la conducta descrita en el relato de hechos probados de la sentencia cuyo respeto constituye el presupuesto para la estimación del motivo.

Y, de otro lado, que no puede acogerse la pretensión condenatoria del recurrente pues ello exigiría la modificación de los hechos probados de la sentencia y, hemos dicho que "no es posible modificar los hechos probados de manera que resulten desfavorables para el acusado sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales que este Tribunal no ha presenciado", lo que en el caso de autos sería sin duda necesario.

El motivo se desestima.



CUARTO.- En virtud de todo lo argumentado, ha de estimarse parcialmente el recurso de casación interpuesto, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Juan Miguel , contra Sentencia de fecha 7 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Procedimiento abreviado Rollo de Sala nº 64/2017.

2º) Declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

RECURSO CASACION núm.: 1583/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 6 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1583/2018 interpuesto por **D. Juan Miguel** , representado por la procuradora Dª Mercedes Nasarre Jiménez, bajo la dirección letrada de D. José Luis Carrera Marcén, contra Sentencia de fecha 7 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Procedimiento abreviado Rollo de Sala nº 64/2017 por un presunto delito societario y de apropiación indebida, que ha sido casado parcialmente por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de Sentencia de fecha 7 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Procedimiento abreviado Rollo de Sala nº 64/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.



SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso interpuesto por la representación procesal de Juan Miguel , dejando sin efecto el pronunciamiento de la sentencia contenido en su Fundamento de Derecho Segundo en el que se establece que el denunciante en el presente proceso había obrado con mala fe, imponiéndole por ello la condena en costas, el que se deja sin efecto, declarando por el contrario, conforme a lo dispuesto en los art. 120 del CP y 240.1º de la LECrim, de oficio las costas devengadas en la primera instancia.

FALLO

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

Dejar sin efecto la condena en costas por mala fe impuesta a Juan Miguel en la sentencia fecha 7 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Procedimiento abreviado Rollo de Sala nº 64/2017, declarando de oficio las costas devengadas en la primera instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia