

RECURSO CASACION núm.:

Ponente: Excmo. Sr. D.

Letrada de la Administración de Justicia: lima. Sra. Dña.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm.

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D., presidente

D.

D.

D.

D^a.

En Madrid, a 14 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número, interpuesto por D. representado por el Procurador D. de la Calle bajo la dirección letrada de D^a y contra la sentencia núm., de fecha 10 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el Rollo PA

Interviene el **Ministerio Fiscal** y los recurridos **D.**, **SL** y **S.L** representados por el Procurador D. bajo la dirección letrada de D.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. .. de Ciudad Real, instruyó Procedimiento Abreviado número, por delito de administración desleal, contra y; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real, cuya Sección Segunda (Rollo P.A. núm.) dictó Sentencia número 31, en fecha 10 de diciembre de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«ÚNICO. - Probado y así se declara

“(1). El día 16 de junio de 2.010, los acusados, mayor de edad y sin antecedentes penales, y, también mayor de edad y sin antecedentes penales, en unión de un tercer socio Don constituyeron la sociedad S.L. El objeto social era la explotación, construcción y prestación de servicios de residencias para la tercera edad, así como servicios sanitarios, socio-sanitarios y sociales. Su capital social era de 3.006 euros, distribuido por partes iguales entre los tres socios. Fueron nombrados administradores solidarios de la misma por plazo indefinido y, cargo por el que no percibirán retribución alguna conforme al artículo 21.A de los Estatutos.

El motivo real de constitución de la mercantil fue el proyecto de construcción y explotación de una Residencia de Mayores ubicada en la C/..... (frente al de Ciudad Real).

Obtenida la adjudicación de una concesión demanial materializada en el contrato celebrado el 24 de septiembre de 2010 con el Excmo. Ayuntamiento de Ciudad Real se inició por los socios la búsqueda de financiación e inversores para materializarlo. Por ese motivo, se efectuaron diversas ampliaciones de capital aprobadas en las Juntas Generales Extraordinarias de 20 de enero, 9 de mayo de 2.011 y 15 de junio de 2.011, hasta que finalmente el capital social ascendió a 3.300.020 euros, encontrándose distribuido de la siguiente forma con un 0,03% del accionariado total, con un 22,71% (recientemente ha transmitido la totalidad de sus participaciones a los querellantes), con idéntico porcentaje, S.L. con el 4,54 %, la mercantil, S.L. con un 46,97% y con un 3,03%.

El 9 de septiembre de 2.011, S.L. firmó un préstamo con por el 60% del valor de tasación (9.121.851, 16 euros), y con unas condiciones específicas, entre las que se incluía que el resto (40%) debía estar desembolsado con anterioridad a la firma, que la entidad financiera supervisaría el pago de facturas y que los administradores y los socios no podrían cobrar.

(2) . El día 25 de julio de 2.011, representada por, en su condición de administrador único solidario, firmó contrato de ejecución de obra de edificación totalmente terminada y equipamiento totalmente instalado de la Residencia de Mayores referida con la sociedad, S.L., representada por, con un precio cerrado de 7.102.288,47 euros más IVA. En el mismo se incluyen los siguientes conceptos: 1º.- 4.895.000 euros, más IVA correspondiente, por la construcción: 2º.- 391.288,47 euros, más el IVA correspondiente, por el concepto oficina de control técnico a pie de obra y de los materiales empleados: 3º.-832.000 euros, más IVA correspondiente, por la ejecución del equipamiento técnico de la cocina y la lavandería de la Residencia, partida que manifestaba no iba a realizar personalmente; 4º.- 984.000 euros, más IVA correspondiente, por el equipamiento genérico de la Residencia, del resto de elementos no correspondientes a lavandería y cocina. En estos tres últimos conceptos se convino e impuso por el representante de S.L. que S.L. no realizara personalmente las mismas, procediendo a llevar a cabo la contratación de estas partidas con empresas acreditadas en el sector y que llevasen a cabo los equipamientos descritos.

(3) . Al día siguiente, el 26 de julio de 2.011, se celebró contrato de prestación de servicios entre S.L., representada por Don, y la mercantil, S.L., (sociedad constituida el 21 de julio de 2.010, de la que son accionistas al 50% y, quienes a su vez ostentan el cargo de administradores solidarios de la misma), y que actuó representada por Su objeto era subcontratar la mencionada partida de gestión del control técnico y de calidad del proyecto de ejecución y obra de la Residencia de mayores por un importe de 371.724, 05 euros, más IVA. S.L. percibió la cantidad pactada con S.L. y S.L. a su vez la convenida con S.L. sin que se haya acreditado que prestase el mencionado servicio no figurando facturación alguna de ello en la contabilidad de la misma ni gastos acreditados de cometidos desempeñados por ello ocasionándose un incremento injustificado del coste de la ejecución de la obra para S.L.. Además, abonó a SLU la cantidad de 37.598,20 euros de una facturación total de 55.409, 41 euros, IVA incluido, con la que solo tenía firmada una oferta por Servicios de Control de Calidad y Asistencia Técnica en la Ejecución de la obra, residencia de mayores y viviendas tuteladas para personas mayores, discapacitadas y centro de día en Ciudad Real, ignorándose si correspondían a esos conceptos o a contratos de servicios energéticos.

(4) . Ese mismo día, el 26 de julio de 2.011, S.L., representada por Don, y la mercantil S.L.,

(sociedad constituida el 21 de octubre de 2.011, de la que es su Administrador Único, y de la que es único accionista S.L.), y que actuó representada por firmaron contrato para el suministro del equipamiento de Cocina y Lavandería de la Residencia por un importe de 832.000 euros, más IVA, cuyo equipamiento coincide exactamente con el especificado en el anexo V del contrato de fecha 25 de julio de 2.011. adquirió dicho equipamiento a terceros, en concreto a S.L. abonando un importe de 192.296, 37 euros más IVA. Los aparatos técnicos de lavandería fueron adquiridos por S.L. (sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados y y cuyo accionista único es), de la empresa yS.L., por importe de 113.927, 46 euros. El sobrecoste no justificado para S.L. y a favor de los acusados obtenido a través de S.L. y S.L. asciende a 525.776, 17 euros.

(5) .También ese día, S.L., representada por Don, y la mercantil S.L., que actuó representada por, firmaron el contrato para el suministro del equipamiento genérico de la Residencia, excepción hecha de lavandería y cocina, por un importe de 984.000 euros, más IVA, del que finalmente S.L. abonó la cantidad de 983.765, 71 euros cuyo equipamiento coincide exactamente con el especificado en el anexo VI del contrato de fecha 25 de julio de 2.011. S.L. adquirió dicho equipamiento a terceros, en concreto a,S.L., S.L., S.L. y S.L., abonando un importe de 425.966, 88 euros más IVA. También adquirió S.L. (sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados y y cuyo accionista único es S.L. 2.010), de las empresas S.L. materiales que se incluyen entres facturas por concepto de equipamiento genérico de la residencia; (sociedad constituida el 20 de abril de 2.012, de la que es el Administrador Único y pertenece en su totalidad a S.L.) una factura de S.L. otros equipamientos; y (Fundación en cuyo patronato están al 33, 335 los acusados y otro tercio pertenece a) una factura de S.L., cuyos importes totales ascienden a 16.643, 21 euros. El sobrecoste no justificado para S.L. y a favor de los acusados obtenido a través de S.L. asciende a 541.389, 91 euros.

(6) . El día 25 de Octubre de 2011, S.L., representada por, firmó con la mercantil S. L, representada en dicho acto por y de la que ambos acusados son dueños al 50%, un contrato de gestión "Project Management" para la gestión, realización y ejecución de las obras del proyecto que es la construcción de la segunda fase de la Residencia consistente en un Centro

de Discapacitados y un Centro de Día denominado como "Viviendas Tuteladas" dentro de la propia Residencia de Mayores. El precio fijado en el citado contrato ascendió a la cantidad de 2.019.245,00 euros, más IVA y que se facturaría a través de 12 certificaciones de obra mensuales lineales de 168.270,42 más IVA cada una, desglosados en los siguientes conceptos: construcción y equipamiento de cocina, llave en mano, control de calidad y gestión de obra, gestión y tramitación de licencias y autorizaciones, estudios geotécnicos, ensayos, tasación, licencia de obras, tasas, seguros y otros gastos generales. [REDACTED] S.L., representada por [REDACTED], con fecha 14 de diciembre de 2011, firmó con la constructora [REDACTED] S.L., a la que subcontrató para la realización y ejecución, en idénticos términos, de la construcción de las Viviendas Tuteladas. El precio fijado en el mismo ascendía a 1.230.000 más IVA, los cuales se facturarían a través de 10 certificaciones mensuales lineales de 123.000 más IVA, cada una. Por obra contratada y efectivamente ejecutada, más obra no realizada e indemnizaciones pactadas al no poder terminarla, [REDACTED] S.L. abonó a [REDACTED] S. L. 1.605.035,10 más IVA, mientras que las cantidades pagadas por esta a [REDACTED] S. L. fueron de 931.554,38 por la construcción de la obra más IVA, 54.243, 87 euros por licencias urbanísticas y tasas pagadas al Ayuntamiento y 7082 euros correspondientes a facturas emitidas en concepto de control técnico de las obras a la empresa especializada [REDACTED]; en total 992.880, 25 euros. El sobrecoste no justificado para [REDACTED] S.L. y a favor de los acusados, obtenido a través de [REDACTED] S.L., ascendió por la operación de las llamadas Viviendas Tuteladas se elevó a 612.154,85 euros.

(7) Las obras de la Residencia en su primera fase se ejecutaron en tiempo y de acuerdo a las previsiones del proyecto y el contrato con una pequeña desviación en su coste y aquella entró en funcionamiento a finales de enero de 2013.

(8). [REDACTED] percibió de [REDACTED] S.L. la cantidad de 86.500 euros correspondientes a facturas emitidas en su propio nombre con carácter mensual durante el periodo que abarca de agosto de 2011 a septiembre de 2013, con excepción del mes de enero de 2013, bajo el concepto "trabajos de gestión comercial y asesoramiento" o "trabajos de administración y gestión" u "honorarios por servicios prestados".

(9) [REDACTED] S.L. cobró de [REDACTED] S.L. en el ejercicio 2011 por prestación de servicios de administración un total de cinco facturas cuyo importe global asciende a 49.820, 00 euros, sin que haya quedado demostrado que dichas actividades o servicios no se llevasen a cabo ni se realizasen. Igualmente, en el ejercicio 2013 percibió tres facturas por un importe global de 13.500 euros por "gestión y administración de la residencia según contrato de 1 de agosto de 2013" sin que se haya acreditado que dichas actividades o servicios no se llevasen a cabo ni se realizasen o fueron excesivos los importes facturados.

[REDACTED] S.L. facturó, emitió y cobró tres facturas a [REDACTED]

S.L. por un importe total de 110.000 euros, correspondientes dos de ellas a "Consultoría y A. Técnica para la Elaboración de Eficiencia Energética de la Residencia" y la última a "Gestión y Elaboración de Plan de Marketing" sin que se haya demostrado que estos servicios o

actividades no se prestasen o esos cometidos no se verificasen o fueron excesivos los importes facturados.

También percibió la citada mercantil por el concepto "gestiones para la puesta en marcha de la Residencia" seis facturas en el ejercicio 2012 por un montante total de 24.922, 56 euros y tres facturas en el año 2013 por un importe total de 14.727, 49 euros y por un concepto de "coordinación y supervisión de contratos, colaboración, gestión y administración de la residencia, realizando tareas administrativas, contables y fiscales", sin que, de nuevo, se haya acreditado que estos servicios o actividades no se prestasen o esos cometidos no se verificasen o fueron excesivos los importes facturados.

Igualmente se abonaron a S.L. 2010 otras facturas por distintos servicios en los ejercicios 2012 y 2013; a) la de 30 de agosto de 2.012, de 68.009, 00 euros, por asesorar y gestionar el equipamiento de la residencia, b) 6.506, 66 euros por utilización de un vehículo de su propiedad, c) 4.500 euros por prestación de servicios para la homologación de aulas para realizar cursos con la ICCM y 3.600 euros por prestación de servicios para la solicitud de dos cursos de la ICCM. De ellas, la primera partida comprende conceptos que habían sido subcontratados por S.L. con la citada mercantil en base al contrato, antes mencionado, de día 26 de Julio de 2011 y por la que había percibido la cantidad convenida mientras que del resto no se ha acreditado que estos servicios o actividades no se prestasen o esos cometidos no se verificasen o fueron excesivos los importes facturados.

Por último, S.L. emitió en el ejercicio 2013 seis facturas por un importe global de 6.762 euros por el concepto de prestación de servicios para el mantenimiento informático sin que conste que estos servicios o actividades no se prestasen o esos cometidos no se verificasen o fueron excesivos los importes facturados o ya estuviesen previamente contratados con otras mercantiles.

(10) 2002 S.L., sociedad constituida el 7 de noviembre de 2002, de la que es Administrador Único, quién es titular de todas sus participaciones, percibió dos facturas de S.L.; una, de 2 de febrero de 2011 por importe de 37.948, 36 euros, por el concepto de gestión comercial en la concesión demanial de la Residencia y asesoramiento, y otra, de 30 de julio de 2011, por importe de 3.500 euros y por trabajos de gestión comercial y asesoramiento.

(11), arquitecto de profesión, presentó al cobro y percibió de S.L. con fecha 2 de febrero de 2011 una factura de 37.948, 36 euros (idéntico importe que la presentada por 2002 S.L.), por el concepto de gestiones técnicas y de planificación durante el año 2010 para la concesión demanial de la Residencia.

(12), sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados y y cuyo accionista único es S.L. 2.010, de la que son cotitulares aquellos por mitad, facturó con fecha 1 de julio de 2013 a S.L. la cantidad de 38.247 euros por el concepto de venta de inmovilizado de lavandería detallado en anexo, partida

comprende conceptos que habían sido subcontratados por S.L. con la mercantil en base al contrato, antes indicado.

(13) S.L., (sociedad constituida el 21 de octubre de 2.011, de la que es su Administrador Único, y de la que es único accionista S.L.) cobró por trabajos y reparaciones en la residencia un total de cuatro facturas durante el ejercicio 2013 cuyo importe global asciende a 56.377, 69 euros, sin que conste que estos servicios o reparaciones no llevasen a cabo o que fuesen excesivos los importes facturados o ya estuviesen previamente contratados con otras mercantiles.

Igualmente facturó a S.L. un total de 67.291,10, más IVA, por obras de urbanización, saneamiento y cerramiento en el edificio anexo de Viviendas Tuteladas, sin que haya quedado acreditado que dichos trabajos se encontrasen comprendidos en el contrato de construcción de las mismas firmado con, pues, aunque era un contrato "de obra totalmente terminada y equipada a precio cerrado" el mismo no se ejecutó completamente.

También cobró por la venta a de una furgoneta "Peugeot Boxer2.8 HDI, la cantidad de 6.000 euros, existiendo un sobrecoste en el mismo cifrado en 3.810,00 euros al haber sido adquirido por ella a la sociedad por 2.479,34 más IVA con fecha 31/12/2012 y estar tasado a la fecha de la venta en 2.851 más IVA.

(14) . Las cuentas anuales de S.L. correspondientes al año 2010 y la gestión del órgano de administración fueron aprobadas por todos los socios en la Junta General Ordinaria y Universal celebrada el 30 de junio de 2.011. Igualmente, la gestión del órgano de administración a 31 de julio de 2.011 y el balance de cuentas a dicha fecha se aprobaron en la Junta General Ordinaria y Universal celebrada el 5 de septiembre de 2.011. En la Junta General Universal Ordinaria de 20 de junio de 2.012 se aprobaron, por todos los socios, las cuentas del ejercicio 2.011 y la gestión social del órgano de administración.

(15) . En la Junta General Ordinaria de 23 de junio de 2.013 se acordó no aprobar las cuentas anuales correspondientes al año 2.012 ni la gestión de los administradores al enterarse y que los administradores, además de cobrar por los servicios profesionales y gestiones que dedicaban casi en exclusividad a S.L., hecho que conocían y aceptaban, también empleaban sociedades de su titularidad para prestarles otros servicios que entendían realizaba directamente la mercantil.

(16) . Acto seguido, que entendió que recibía un trato diferenciado a, al haber aceptado entrar en la mercantil a cambio de subcontratar con S.L., los servicios de instalaciones eléctricas, telecomunicaciones y climatización (extremo que al final no contrató) y aquella le adeudaba parte de las cantidades, decidió vender las participaciones sociales de S.L. (4.55%) a, lo que se materializó el 30 de julio de 2.013 a favor de la



mercantil S.L., aspecto que comunicó a los Administradores Sociales, adquiriendo la condición de socio mayoritario. Rechazada la aprobación de las referidas cuentas en la Junta General celebrada el 26 de septiembre de 2.013, después de un acuerdo estatutario suscrito entre los socios excepción hecha de Don, con fecha 4 de Octubre de 2.013 en la Junta General de Socios celebradas al efecto fueron cesados los acusados, y en sus cargos de administradores solidarios de S.L., nombrándose en la misma Administrador Único de la misma a

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

«Que debemos condenar y condenamos a como autor criminalmente responsable de un delito continuado de administración desleal, previsto y penado en los artículo 295 del Código Penal, en su redacción anterior a la Reforma operada por Ley Orgánica 1/ 2.015, y 74.1 del citado Código, concurriendo las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y de reparación del daño (artículos 21.6 y 5 del referido texto punitivo), a la penas de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Que debemos condenar y condenamos a como autor criminalmente responsable de un delito continuado de administración desleal, previsto y penado en los artículo 295 del Código Penal, en su redacción anterior a la Reforma operada por Ley Orgánica 1/ 2.015, y 74.1 del citado Código, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (artículo 21.6 del referido texto punitivo), a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En vía de responsabilidad civil deberá indemnizar a S.L. por los daños y perjuicios causados a la cantidad de un millón setenta y nueve mil novecientos noventa y cinco euros con cuarenta y ocho céntimos (1.079.955, 48 euros), todo ello declarando la responsabilidad solidaria de Don y la responsabilidad civil subsidiaria de SL por la cantidad de setecientos noventa y seis mil seiscientos treinta y ocho euros con noventa céntimos (796.638, 90 céntimos), de S.L. en la cantidad de diecinueve mil ciento veintitrés euros con cincuenta céntimos (19.123, 50) y de S.L. en la cantidad de doscientos sesenta y cuatro mil ciento noventa y tres euros con ocho céntimos (264.193, 08 euros).

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación. ».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de, 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 parte recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma del Artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Vicios in Procedendo.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del ART. 852 LECrim. del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al no estar la sentencia debidamente motivada en cuanto a la imposición de las penas.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley del Artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del derecho sustantivo.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Procurador Sr. en nombre y representación de, SL y S.L. representa escrito en el que manifiesta impugnar y oponerse al recurso; el Ministerio Fiscal en su escrito de 3 de julio de 2018 queda instruido del recurso formalizado e impugna su admisión, interesando con carácter subsidiario su desestimación; la Sala los



admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de D. la sentencia que le condena como autor de un delito de administración desleal, núm. [REDACTED], de 10 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el Rollo PA [REDACTED].

1. Formula el primer motivo de casación por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vicios in iudicando.

Reprocha que la sentencia aprecie para el condenado, la atenuante de reparación del daño, rebajando considerablemente su condena, por haber llegado a un acuerdo con la Acusación Particular, al haber sido indemnizada, a la que ha transmitido sus participaciones en el grupo SL; siendo así que esas participaciones se hallaban embargadas por Auto de 30 de septiembre de 2014 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ciudad Real en el seno de esta causa, a petición de la querellante, para responder de la responsabilidad civil; medida cautelar de embargo que conlleva la prohibición de disponer y produce la nulidad de los actos dispositivos que la contravengan. También asevera la existencia de fraude de ley.

Justifica la interposición del motivo, en que la estimación para el coacusado de tal atenuante, le perjudica, sin especificar ni concretar de qué manera, cuantía modo ni precisión alguna.

2. El motivo carece de viabilidad alguna. Cuenta con raigambre la jurisprudencia que indica que el recurso de casación está previsto para accionar en defensa de derechos propios, no ajenos (Vd. STS núm. 3.673/1990, de 15 de noviembre). Menos aún, sin ostentar la condición de parte acusadora para cuestionar la estimación de la atenuante estimada a otro acusado.

El Ministerio Fiscal, en su fundado y detallado informe, abunda en este criterio, indicando que el recurrente carece de legitimación para tal invocación, con cita del ATS 752/2008, de 11 de septiembre, reseña que son dos los requisitos que viene exigiendo esta Sala para poder recurrir en casación: i) en primer lugar, que se recurra en defensa de derechos propios y ii) en segundo término, que la resolución que se pretende casar o modificar le sea perjudicial en algún extremo al recurrente.

La STS 1535/2004, de 29 de diciembre, sirve de específico sustento a esta doctrina: *debe rechazarse la legitimación de un coacusado condenado para cuestionar aspectos relativos en la sentencia que solo afectarían a otro coimputado y precisamente en un aspecto favorable al mismo cual sería la aplicación de una circunstancia influyente en su responsabilidad. La legitimación para interponer cualquier case de recurso contra las resoluciones judiciales requiere -además de interponerse en defensa de sus derechos propios- la existencia de un interés por la parte en la revisión y modificación de la resolución recurrida, fundado, a su vez, en la existencia de un gravamen que resulta de la desestimación de las pretensiones por ella formuladas, de ahí que tal legitimación para recurrir solo se dé en quien aparece como perjudicado por la vulneración precisamente por la inadmisión de sus pretensiones. Por ello un coacusado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se dicte una nueva sentencia, previa casación y anulación de la recurrida, en base a una predeterminación del fallo que*

afecte a la concurrencia de una circunstancia atenuante en relación a otro coacusado, condenado a pena inferior, pena cuyo pronunciamiento ha sido consentido por la acusación pública, único legitimado en su caso, para impugnarlo.

3. Igualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 165/1987, de 27 de octubre, reconoce como principio procesal de tradicional arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo tienen acción para recurrir las resoluciones judiciales aquellos que han sufrido agravio; y en ningún modo alguno el reconocimiento de una atenuante para un coacusado conlleva perjuicio para el recurrente.

4. Abunda por su parte la acusación particular, en su escrito de impugnación en que el recurrente omite identificar la causa concreta y específica en la que debiera descansar su queja casacional, pese a las seis diversas que integra el art. 851; además de cuestión improcedentemente traída a casación, por ser en cuanto al problema de fondo que suscita, la improcedencia de la transmisión de acciones e indebida estimación de la atenuante para el coacusado, cuestión nueva, en ningún momento alegada a lo largo del procedimiento ni tampoco durante el acto de juicio.

Pero sobre todo, niega el argumento de la inviabilidad de la indemnización por tratarse de participaciones embargadas; recuerda que el embargo producido sobre un bien, de la naturaleza que sea, no impide su válida transmisión por cualesquiera de los medios admitidos en derecho para dicha finalidad transmisiva, siempre que la traba se haga constar y sea asumida por el sujeto a cuyo favor se transmite el bien, quedando no obstante indemnes los derechos de crédito de los acreedores que ostentan la garantía de la traba. Pero, además, en autos, se da una situación de confusión de derechos en un mismo sujeto, ya que quién interesó el embargo preventivo y cautelar de las participaciones del Sr., y en cuyo beneficio se desplegaban los efectos de la traba, es la propia sociedad a quienes se transmitieron dichas participaciones sociales, con el consentimiento de los otros dos socios querellantes. Luego, integra medio eficaz para que acreedor que interesó el

la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a uno de ellos se le ha condenado a 4 meses, dada la imposibilidad de desbordar por encima la máxima interesada por el Ministerio Fiscal, al haber retirado la acusación particular su acusación, mientras que al recurrente en quien concurren en su criterio, igualmente, las dos atenuantes que determinarían la imposición de la misma pena, aun si se considerara la concurrencia de una sola e insistimos considerando que el daño se halla íntegramente reparado al hallarse embargadas las participaciones sociales de, determinaría la aplicación de una condena de entre 6 meses y 2 años y tres meses, pero se le impone una pena de tres años, esto es, nueve veces superior a la de su consorte delictivo, lo que, concluye, repugna a los más elementales principios de igualdad, proporcionalidad y justicia material.

2. Entre otras muchas la STS 722/2018, de 23 de enero de 2019, con cita de la núm.186/2012, de 14 de marzo, recuerda una vez más que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad (por todas SSTC 43/82 de 6 de julio; 51/85 de 10 de octubre; 40/89 de 16 de febrero) de modo que aquél a quien se aplica la ley "no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 2/92, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes "pues la impunidad de algunos no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los hechos" (SSTS 502/2004, de 15-4; 636/2006, de 8 de junio).

3. De otra parte, las razones que conducen a la singularización de la pena impuesta, han sido claramente expresadas por el Tribunal de instancia en el FJ 6º; *esta Sala opta por aplicar tanto la pena de prisión en vez de la multa proporcional al perjuicio causado como una extensión próxima al máximo legal, en concreto tres años de prisión. La razón sustancial es la gravedad cuantitativa de la defraudación cometida, pues aun teniendo en cuenta renuncia efectuada por la acusación a la parte correspondiente al otro*

embargo logre cobrar su crédito, no a través de la realización ejecutiva, sino como ha sucedido a través de un acto voluntario del deudor.

De ahí debemos añadir, la plena justificación de la atenuante estimada.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECr, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al no estar la sentencia debidamente motivada en cuanto a la imposición de las penas.

1. Reprocha falta de motivación en la imposición de la pena, que infringe el principio de igualdad, al concurrir en ambos acusados los mismos presupuestos jurídicos; sin embargo a le impone la de cuatro meses de prisión y al recurrente la de tres años, casi el máximo legal; sin reparar que las participaciones que han sido transmitidas para apreciar la atenuante de reparación del daño al primero, se encontraban embargadas, como observa el motivo primero; habiendo podido incluso realizarse anticipadamente, con lo que no habría responsabilidad civil alguna que resarcir, siendo inexistente la gravedad cuantitativa a la que alude la sentencia; además, no se trata de un delito continuado; y si un acusado ha reparado el daño, el otro también; pero aun no admitiendo esta tesis, siendo la pena base la de prisión entre seis meses a cuatro años, concurriendo una atenuante, la pena estaría comprendida entre seis meses y dos años y tres meses. Se queja de la desigualdad producida, por cuanto a él se le ha impuesto una pena nueve veces superior a la del otro acusado, Sr., cuya conducta reparadora no ha supuesto reconocimiento de la infracción cometida, pues su defensa negó los hechos y solicitó su absolución.

Alega que en este caso, se trata de acusados, condenados como coautores por el mismo Tribunal y en la misma causa, y sin que consten merecimientos o desmerecimientos de pena de unos respecto a otros, que no sea efecto de

acusado en base a la indemnización percibida, tan solo la correspondiente a dicho acusado asciende y supera en su conjunto más de un millón de euros, o lo que es lo mismo, supera en más de veinte veces la cifra que utiliza el propio texto punitivo actualmente para aplicar el subtipo agravado en el actual delito de administración desleal, lo que denota la importante gravedad del hecho cometido y justifica la aplicación de una pena próxima al máximo legal posible, en este caso tres años de prisión pena próxima al máximo legal posible, en este caso tres años de prisión". La individualización de la pena concretada dentro de la mitad inferior del marco punitivo correspondiente a la administración desleal continuada, está pues motivada y las razones satisfacen las exigencias en las que debe asentarse esta discrecionalidad judicial.

4. Por otra parte, la discriminación que produce la queja, deriva esencialmente en que si bien a ambos condenados, le ha sido estimada la atenuante de dilaciones indebidas, sólo al coacusado le es aplicada la atenuante de reparación del daño. Y de tal distingo es necesario partir en la individualización de la pena. El motivo utilizado es inhábil para posibilitar la estimación de tal atenuante también en el recurrente.

Tarea igualmente inviable incluso vía infracción de ley. En el fundamento anterior vimos la adecuación de su aplicación al coacusado. Mientras que al recurrente en función del simple embargo invocado, en modo alguno sería apreciable la atenuante de reparación. Cita la STS 539/2020, de 16 de julio, que la STS 126/2020 de 6 de abril rechazó expresamente la posibilidad de que se aplicara la atenuante sobre la fianza constituida para garantizar responsabilidades civiles. Señaló esta última sentencia, con reproducción de lo en su día afirmado por las SSTS 754/2018 y 757/2018 de 12 de marzo y 2 de abril de 2019, respectivamente, "...cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dinerada antes del juicio, no con la pretensión de reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados, sino dando seguimiento a un previo auto de prestación de fianza, garantizándose así que pueda hacerse pago al perjudicado en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el

consignante discrepa y que no admite, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECrim., que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECrim., así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que este se hubiera despachado" (STS 187/2020, de 20 de mayo).

El motivo se desestima.

TERCERO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del derecho sustantivo.

1. En relación al *error en la apreciación de la prueba* del artículo 849.2 LECrim, entiende que se equivoca la sentencia al decir que la pericial propuesta por la defensa del Sr. no se practicó en el juicio porque fue renunciada; niega que fuera así, sino que el perito no compareció al juicio; no obstante, señala, obra su ratificación en instrucción, por lo que puede ser tomada en cuenta como prueba documental, por no haber sido impugnada por ninguna de las partes; prueba que, asevera, acredita que los acusados prestaron y llevaron a cabo todos los servicios que eran necesarios, para los que fueron contratados, y fueron facturados a un precio razonable e inferior a otras propuestas de mercado, con el consiguiente ahorro de costes en beneficio de la sociedad, supuesta perjudicada, lo que excluye el delito de administración desleal; además, en las comunicaciones electrónicas que obran en la causa aparece el logotipo de la sociedad, y de la sociedad, lo que acredita que el Sr. era conocedor de toda la operativa que rodea los hechos enjuiciados.

1.1. Precisa la acusación particular que como se puede apreciar de la grabación de la última sesión del juicio, en el archivo "2018-12-17", después de la declaración del perito Don, y concretamente en el minuto 39 de esa grabación (hora 12.35.32), el letrado de, renunció a la práctica de la pericial. Los otros dos abogados, incluido el de Don, omiten pronunciarse al respecto, guardando silencio, y nada oponen en contra. Por último, manifiestan dar por reproducidas las pruebas documentales.

Y era la defensa del Sr. quien renunció, pues el informe al que alude el recurrente es el emitido por el Sr., miembro de la firma S.L., la cual fue aportada al proceso por el otro acusado, Don y no por Don, de modo que, indica esta parte acusadora, el dominio sobre dicho material probatorio, ya sea considerado como pericia o como mero soporte documental, no pertenece al material probatorio sobre el que dispuso su defensa, sino al mencionado Sr., el cual pudo prescindir de la misma en el acto de juicio y desistir de su reproducción en las sesiones del juicio.

Ante la incomparecencia del perito, ninguna de las defensas solicitó la práctica de dicha prueba, ni formuló protesta alguna, por ello, destaca, carece de sentido que el recurrente hacer recaer en el tribunal una supuesta falta de diligencia en la no consideración del informe incorporado a las actuaciones como una verdadera pericia, a causa de la no ratificación por el perito suscribiente.

12. En todo caso, hemos de recordar concorde reiterada jurisprudencia que el art. 849.2 LECr., error de hecho, sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas; como explicita en su último inciso exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por

todas, STS 21/2016, de 16 de marzo); y al margen de que el dictamen documentado, no integra precisamente naturaleza documental a estos efectos casacionales, en autos, la Audiencia ha dispuesto de otras pruebas sobre los mismos elementos tácticos, de signo contrario, con especial relevancia el del informe pericial emitido por el perito que fue designado por el propio instructor, donde se pone de relevancia la existencia de los sobrecostes que sufrió la sociedad perjudicada por la práctica ideada por los acusados y la duplicidad de las facturas.

2. En relación con la *infracción de ley* del art. 849.1 LECr, se denuncia aplicación indebida del artículo 295 CP, puesto que ni se ha ocasionado un perjuicio ni se ha actuado en beneficio propio, logrando los partícipes llevar a cabo el proyecto, que hoy día es un boyante negocio (como muestra el interés de la querellante por hacerse con el control de la sociedad), ahorrando costes a los inversores, dando fin a una idea planificada desde el principio por ellos mismos; afirmaciones sustentadas en ingente prueba documental, testifical y pericial. Ambos acusados cobraron por sus servicios única y exclusivamente, por el trabajo realizado en favor del proyecto; y el hecho de facturar a través de las sociedades de las que eran socios y administradores, firmando personalmente los contratos, era consecuencia de que la financiera prestamista [REDACTED] no autorizaba el pago directo a los acusados, pero sí a sus sociedades, lo que descarta la aplicación del artículo 295 CP, al no constar el perjuicio con el grado de certeza que requiere una condena penal, ni haber prueba de la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, encontrándonos ante una cuestión civil a resolver ante la jurisdicción de ese orden; en todo caso, no estaríamos ante un delito continuado, sino ante una unidad típica de acción.

21. Conforme a una reiterada y constante jurisprudencia, este motivo "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin

añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr"

En definitiva, no permite este motivo partir de una versión de los hechos discordante e incongruente con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

22 En autos, el motivo se construye y desarrolla al margen de los hechos que se declaran probados, resultado del pormenorizado análisis de la prueba que efectúa el FJ 1º de la sentencia, valorada con un criterio lógico, racional y coherente.

La Audiencia, en síntesis, en el relato probado, narra el mecanismo y operaciones por las cuales, la sociedad querellante resultó perjudicada en sobrecostes y doble facturación debido a que los acusados actuando en su condición de administradores de la sociedad y dentro de las facultades que tenían reconocidas estatutariamente, celebraron contratos, dispusieron de bienes y realización diversos pagos; si bien, por la concatenación y el juego combinado de los mismos, obtuvieron unos beneficios a través de sociedades de su titularidad, ventajas patrimoniales propias, en correlativo detrimento de la sociedad que administraban que se vio privada de obtener la ejecución de las obras a un menor coste económico.

Consecuentemente, se trató de una simple disposición fraudulenta del acervo social en beneficio propio y con abuso de sus funciones, de un mero quebranto del deber de lealtad que le impone la legislación mercantil realizando funciones no admitidas o incompatibles con el desempeño de su cargo que generaron un perjuicio a la mercantil que administraban, por lo que obviamente concurren los elementos del delito de administración desleal.

La sentencia razonó adecuadamente la existencia del perjuicio:

Una cosa es cobrar por el trabajo y la labor desplegada, hecho que es atípico desde el punto de vista penal pese a que el cargo estatutariamente sea gratuito, máxime cuando se trata de una circunstancia conocida y en gran medida consentido y autorizado por los socios (por mucho que se tilden de excesivos los honorarios percibidos), y otra diferente obtener beneficios o lucrarse negociando con su propia sociedad o facturando por duplicado, enriqueciéndose a costa del resto de socios, cuando nada lo justifica, sobre todo cuando se está percibiendo unos emolumentos cuyo objeto y finalidad es precisamente retribuirlos. No existía una autorización para realizar los actos delictivos que se han cometido, ya que resulta obvio, como se ha explicado de forma detallada, que la gestión de negocios en la sociedad no admitía realizar esas actuaciones que han causado un perjuicio directo a aquella a la par que permiten obtener ventajas injustificadas en beneficio personal de los acusados sin que tenga sentido ni justificación para ello la afirmación del acusado Sr. de que ellos tuvieron beneficios a través de sus sociedades que si no los habrían tenido otros cuando los mismos solo tienen su origen en el comportamiento abusivo y desleal en beneficio propio y paralelo y simultáneo perjuicio social.

Por otro lado, el hecho de que invoquen que hicieron una buena labor o gestión en su cometido, ahorrando más de cien mil euros en cuanto al coste total presupuestado para la ejecución y sin que se desviaran significativamente del mismo o que el valor total de la Obra sea mayor que el coste abonado, según tasación de [REDACTED], no puede legitimar su conducta.

El perjuicio existe y el delito se produce desde que con su conducta se disminuye el patrimonio social en beneficio propio como ha quedado meridianamente acreditado. Una cosa es que su gestión en otros ámbitos, ejecución, duración del proyecto, gestión comercial, etc. pueda haber sido buena e incluso óptima y otra distinta es que ello no les habilita para generar un perjuicio económicamente evaluable al resto de accionistas en beneficio propio. A tal efecto, obsérvese que no solo se les ha retribuido por la labor desarrollada en contraposición lo previsto estatutariamente ya sea directamente ya compensando o incluyendo su retribución indirectamente sino que utilizando a los meros efectos dialécticos el propio informe pericial aportado por la defensa del Sr. (cuyo valor probatorio es nulo al no ser ratificado en el juicio oral), nos encontraríamos con que, ni siquiera aceptando que hubiesen desplegado las funciones que les atribuye el

mismo (lo que no está acreditado), el coste de sus servicios o retribuciones de todo tipo justifica desde el punto de vista económico las cantidades percibidas existiendo un desfase que oscila entre un máximo de 889.376 euros y un mínimo de 113. 569, 44 euros

3. En cuanto a la *continuidad delictiva*, la Audiencia marca un nítido distingo entre varias conductas materialmente escindidas:

(...) entendemos que no existe una unidad típica de acción que da lugar a un solo delito, sino que nos encontramos ante un delito continuado. Efectivamente, si atendemos al sustrato táctico observamos que fácilmente se pueden diferenciar dos grupos de acciones diferenciados, los que hemos venido denominando sobrecostes y doble facturación.

Dentro de los primeros a su vez se pueden distinguir dos acciones que, aunque muy similares en cuanto a sus consecuencias, son diferentes en su desarrollo y temporalmente independientes entre sí existiendo entre ambos un periodo de tres meses. Así, en el primer grupo nos encontraríamos con todos los beneficios obtenidos a través de la subcontratación de las diferentes partidas que aparecen en el contrato de ejecución de obra (apartados 3, 4 y 5 de los hechos probados), aquí no se trata sino de distintos actos de ejecución de una misma acción, por tanto, integran una unidad de acción. En el segundo, se integran los derivados del contrato de gestión, ejecución y realización de la segunda fase llamada de las viviendas tuteladas (apartado 6 de los hechos probados). Entre ambos, existe una clara diferenciación no sólo por estar separados temporalmente sino porque no se puede apreciar que obedecen a un mismo designio inicial, tratar de financiar su aportación a las distintas ampliaciones de la sociedad a través de beneficios obtenidos en la ejecución de la obra, entre otras razones porque existe un obstáculo insalvable de carácter táctico cual es la ausencia de previsión del desarrollo y ejecución de la segunda fase al tiempo de ejecutarse la primera acción. Fue el desarrollo de la misma, la previsión en base a ella, la que permitió la realización de aprovechando lo acontecido con la primera poder realizar otra distinta a aquella, pero similar en sus consecuencias, tal y como indica la jurisprudencia citada, lo que hace que no se pueda hablar de unidad de acción entre ambas, aún a sabiendas de que separación temporal no es un obstáculo insalvable.

Pero es que a mayor abundamiento nos encontramos con otras acciones claramente diferenciadas como son las disposiciones o pagos obtenidos mediante la doble facturación de servicios de asesoramiento y gestión de equipamiento de la residencia de 30 de agosto de 2.012 o la de venta de inmovilizado de lavandería de 1 de julio de 2.013, que no solo están espaciadas temporalmente sino que carecen de cualquier vinculación con las anteriores, son fácilmente identificables e independientes de aquellas lo que provoca que no se pueda considerar que responden de forma natural a una unidad de acción.

En definitiva, actuaciones claramente escindidas: a) de *sobrecostes realizados a través de las subcontratas* por un lado, a su vez subdivididas entre a.1) las referidas al el contrato de ejecución de obra -apartados 3, 4 y 5- por una parte y a.2) las referidas al contrato de gestión, ejecución y realización de la segunda fase, denominada de las viviendas tuteladas -apartado 6-; y b) la *doble facturación*, en el caso del asesoramiento y gestión de equipamiento de la residencia de 30 de agosto de 2012 o la de venta de inmovilizado de lavandería de 1 de julio de 2013, temporalmente espaciadas de las anteriores y sin vinculación con las mismas.

No cabe ante esta escisión temporal y disparidad operativa y pluralidad de situaciones, hablar de unidad natural de acción, categoría dogmática con la que se alude ciertamente a una reiteración iterativa del mismo tipo penal; pero que precisa de una unidad espacio-temporal entre los actos individuales y la simple intensificación cuantitativa del injusto típico, además de la persistencia de una misma situación motivacional (vd. SSTs 935/2006 y 775/2012).

El motivo se desestima.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECr, en caso de desestimación del recurso de casación, las costas procesales se impondrán a la parte recurrente.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación número, interpuesto por la representación procesal de D. contra la sentencia núm. 31, de fecha 10 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el Rollo PA 34/2015, seguida por delito de administración desleal; y ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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.

