ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2
CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00031/2018

Rollo de Sala Número 34/2.015

Juzgado de Instrucción Número Dos de Ciudad Real

Procedimiento Abreviado 26/2.015

En nombre del Rey, la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial integrada por los Ilmos/as. Sres/as. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A nº 31

==========

PRESIDENTE

Doña Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo.

MAGISTRADOS

Don Ignacio Escribano Cobo.

Don Fulgencio V. Velázquez de Castro Puerta.

==========

En Ciudad Real, a diez de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto en Juicio Oral y Público por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, el Procedimiento Abreviado 26/2.015 procedente del Juzgado de Instrucción Núm. 2 de Ciudad

Firmado por: FULGENCIO V. VELAZQUEZ DE CASTRO-PUERTA 12/12/2018 10:12 Minerva

Firmado por: CARMEN PILAR CATALAN MARTIN BERNARDO 12/12/2018 10:46 Minerva

Firmado por: IGNACIO ESCRIBANO COBO 12/12/2018 12:01 Minerva

Firmado por: MANUEL IGNACIO LOPEZ-LENDINEZ POZAS 12/12/2018 12:11 Minerva

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Real del que dimana el Rollo 34/2.015, seguido por un delito de administración desleal o continuado de apropiación indebida contra DRG. mayor de edad, con Documento Nacional de Identidad ., sin antecedentes penales, representado por la Procuradora Doña Eva María Santos Álvarez y defendido en juicio por el Letrado Don Juan Hervás Moreno; contra HMRR , mayor de edad, con Documento Nacional de Identidad ., sin antecedentes penales, representado por la Procuradora Doña Mar Mohíno Roldán y defendido en juicio por el Letrado Don Francisco Pablo García-Minguillán Posada; como responsables civiles subsidiarios **Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L., Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., Andanza Emplea S.L. e Inda Servicios Profesionales**, representadas por la Procuradora Doña Eva María Santos Álvarez y defendido en juicio por el Letrado Don Juan Hervás Moreno, y **Maregil 2002 S.L.** representada por la Procuradora Doña Eva María Santos Álvarez fue defendida en juicio por el Letrado Don Alberto Vera Izquierdo; ha sido también parte el Ministerio Fiscal, en la representación que por la Ley le está conferida, y ha ejercido la acusación particular, en nombre de Grupo Andamarc S.L., AMG. y MB. S.L., el Procurador Don Fernando Fernández Menor asistido en juicio por el Letrado Don Jesús Barroso Crespo; siendo Ponente el Ilmo. Magistrado don Fulgencio V. Velázquez de Castro Puerta, quién expresa el parecer de los Ilustrísimos señores componentes de esta Sección, que al margen se relacionan.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La presente causa tiene su origen en el procedimiento Abreviado 26/2.015 tramitado en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ciudad Real, incoado originariamente como Diligencias Previas 72/2.014 en virtud de querella criminal y en el que con fecha 20 de abril de 2015 se ordenó continuar el procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado contra los acusados como presuntos autores de un delito de administración desleal y otro continuado de apropiación indebida.

SEGUNDO.- Formulados los correspondientes escritos de acusación y declarada la apertura de juicio mediante auto de 23 de septiembre de 2015 se dio traslado a las

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

representaciones de las partes quienes presentaron sus respectivos escritos de defensa; elevados los autos a esta Audiencia, tras ser turnados a esta Sección, se designó Ponente, declarándose pertinentes las pruebas mediante auto de 8 de marzo de 2016, señalándose los días 25, 26 y 27 de octubre para el desarrollo de las sesiones del Juicio Oral, señalamiento que quedó sin efecto por imposibilidad de asistencia de uno de los letrados, convocándose de nuevo la celebración del juicio para febrero de 2017. Con fecha 3 de enero de 2017 se solicitó por la acusación particular se declarara la nulidad de actuaciones parcial con retroacción de las mismas al dictado del auto de apertura de juicio oral, verificados los traslados oportunos se acordó mediante auto de 1 de febrero de 2017 la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral, quedando sin efecto el señalamiento acordado y remitiéndose las actuaciones al Juzgado Instructor para subsanar el defecto apreciado. Corregido el defecto apreciado y conferidos los traslados oportunos a lar mercantiles en su día preteridas se volvieron a elevar los autos a esta Sección para la celebración del oportuno juicio con fecha 28 de diciembre de 2.017. Señalado el juicio para el mes de junio de 2018 se suspendió por imposibilidad física derivada de enfermedad de uno de los acusados, volviendo a señalarse de nuevo días de celebración, fijándose para ello por imposibilidad de asistencia de los letrados los días, 22, 24 y 26 de octubre del presente año. Con fecha 17 de octubre se interesó, otra vez, la suspensión del juicio por la defensa del acusado HMRR por enfermedad del mismo. Tras suspenderse el primer día del señalamiento y librarse oficio al Instituto de Medicina Legal a fin de que informarse acerca de la posibilidad de celebrar el juicio se acordó dar inicio a las sesiones del juicio el día 24 de octubre, desplazándose las siguientes sesiones a los días 14 y 21 de noviembre del presente año, celebrándose el mismo en forma oral y pública con la asistencia del ministerio fiscal, de la acusación particular, de los acusados y de las defensas, practicándose todas las pruebas propuestas, a excepción de aquellas a las que renunciaron expresamente como las testificales propuestas por la defensa o las periciales reseñadas en la vista dándose cumplimiento a todas las formalidades legales.

TERCERO.- El **Ministerio Fiscal** en sus conclusiones definitivas modificó parcialmente la conclusión primera y calificó los hechos como constitutivos de un delito de administración desleal, previsto y penado, en el artículo 295 del Código Penal vigente en el momento de los hechos (o sea previo a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), del que son autores responsables criminalmente los acusados I DRG y HM.RR concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

indebidas del art. 21.7 del CP respecto a ambos acusados, y de reparación del daño del artículo 21.5 del CP respecto a DRG interesando que se le impusiera a DRG la pena de cuatro meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y mitad de las costas procesales, y a HMRR la pena de un año y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y mitad de las costas procesales; en vía de responsabilidad civil interesó que dado que ha sido satisfecha la correspondiente a DRG. que HMRR indemnice a Grupo Andamarc, por la ventaja económica obtenida por Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., en 262.888, 08 euros; por la obtenida por Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. 306.077, 42 euros; por la mitad de la reclamada conjunta y solidariamente con DRG. la cantidad de 279.016 euros, respondiendo subsidiariamente las referidas mercantiles, así como responderá personalmente de las cantidades siguientes, 87.865 euros y 37.948,36 euros y 4.130 euros, cantidad esta de la que responderá subsidiariamente la mercantil Maregil 2002 S.L.

Por la acusación particular, en el mismo trámite, también se modificaron sus conclusiones, retirando la acusación formulada respecto al acusado DRG. , manteniéndola contra HMRR. , calificando los hechos como constitutivos de a) un delito continuado de estafa, previsto y penado en el artículo 248.1 y en las causas 4ª, 5º, 6º y 7º del artículo 250, y artículo 74 del Código Penal, b) alternativamente un delito continuado de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, prevista y penado en el artículo 252 (Código Penal anterior a la reforma lo 1/ 2015) en relación con las causas 4ª, 5ª, 6º y 7ª del artículo 250, en relación con el artículo 74 del CP, y también c) alternativamente, un delito continuado de administración desleal previsto en el artículo 295 del Código penal anterior a la reforma de la LO 1/2015, imponiéndose las siguientes penas, en el caso de ser condenado por los delitos a o b la pena de seis años de prisión y multa de doce meses a razón de cien euros al día y para el caso de ser penado por el delito c la pena de cuatro años de prisión y en materia de responsabilidad civil deberá ser condenado a indemnizar las siguientes cantidades 86.500 euros, 41.448 euros, con responsabilidad civil subsidiaria de Maregil 2002 S.L., 985.880 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L., 19.124 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de Andanza Emplea S.L. y 383.591 euros con

responsabilidad personal subsidiaria de Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L. y condena en costas

Por las defensas de todos los acusados, en sus conclusiones elevadas a definitivas, se solicitó la libre absolución y costas de oficio.

Por la defensa de las responsables civiles subsidiarias se solicitó que no se declarase la misma.

CUARTO. - Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones y formalidades legales establecidas para los de su clase.

II.-HECHOS PROBADOS

ÚNICO. - Probado y así se declara

"(1). El día 16 de junio de 2.010, los acusados DRG , mayor de edad y sin antecedentes penales, y] HMRR , también mayor de edad y sin antecedentes penales, en unión de un tercer socio AJR constituyeron la sociedad Grupo Andamarc 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 DRG y HMRR , 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/Obispo Rafael Torrija (frente al Hospital General 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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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 Antonio Izquierdo con un 0,03% del accionariado total, DRG con un 22,71% (recientemente ha transmitido la totalidad de sus participaciones a los querellantes), HMRR con idéntico porcentaje, Montajes Eléctricos Crescencio Pérez S.L. con el 4,54 %, la mercantil Manzanares Barchino, SL. con un 46, 97% y AMG. con un 3,03%.

El 9 de septiembre de 2.011, Grupo Andamarc S.L. firmó un préstamo con Globalcaja 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, Grupo Andamarc representada por HMRR 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 Emcoman, S.L., representada por AGCM., 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 Emcoman 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 Grupo Andamarc S.L. que Emcoman 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 Emcoman S.L., representada por AG.CM. i , y la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

mercantil Calidad y Gestión Mancha 2010, S.L., (sociedad constituida el 21 de julio de 2.010, de la que son accionistas al 50% DRG y HMRR z, quienes a su vez ostentan el cargo de administradores solidarios de la misma), y que actuó representada por HMRR :. 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. Emcoman S.L. percibió la cantidad pactada con Andamarc S.L. y Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. a su vez la convenida con Enconan 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 Andamarc S.L.. Además, Grupo Andamarc abonó a Applus Norcontrol 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, Emcoman S.L., representada por AGCM , y la mercantil Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., (sociedad constituida el 21 de octubre de 2.011, de la que DRG es su Administrador Único, y de la que es único accionista Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L.), y que actuó representada por HMRR 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. Mantergo adquirió dicho equipamiento a terceros, en concreto a Frio Rodel S.L. abonando un importe de 192.296, 37 euros más IVA. Los aparatos técnicos de lavandería fueron adquiridos por Andanza Emplea S.L. (sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados DRG s y HMRR ı y cuyo accionista único es Calidad y Gestión Mancha S.L. 2.010), de la empresa MP Diclesa y Vs Diesel S.L., por importe de 113.927, 46 euros. El sobrecoste no justificado para Grupo Andamarc S.L. y a favor de los acusados obtenido a través de Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L. y Andanza Emplea S.L. asciende a 525.776, 17 euros.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(5).También ese día, Emcoman S.L., representada por AGCM y la mercantil Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L., que actuó representada por HMRR 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 Andamarc 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. Calidad y Gestión Mancha S.L. adquirió dicho equipamiento a terceros, en concreto a Masterdecó Arquitectura y Diseño de Interiores, Materiales Informático Luis Patiño S.L., Yireh S.L., Muebles Hierro Talego S.L. y Energy Whaleytailtarturbine S.L., abonando un importe de 425.966, 88 euros más IVA. También adquirió Andanza Emplea S.L. (sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados DRG y HMRR y cuyo accionista único es Calidad y Gestión Mancha S.L. 2.010), de las empresas Grupo Dinfor S.L. materiales que se incluyen entres facturas por concepto de equipamiento genérico de la residencia; Fisio Group Mancha (sociedad constituida el 20 de abril de 2.012, de la que HMRR es el Administrador Único y pertenece en su totalidad a Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L.) una factura de Helios Electromedicina S.L. otros equipamientos; y Fundación Ardanza Fuensanta (Fundación en cuyo patronato están al 33, 335 los acusados y otro tercio pertenece a Andanza Emplea) una factura de Prodoc CLM S.L., cuyos importes totales ascienden a 16.643, 21 euros. El sobrecoste no justificado para Grupo Andamarc S.L. y a favor de los acusados obtenido a través de Calidad y Gestión Mancha S.L. asciende a 541.389, 91 euros.

(6). El día 25 de Octubre de 2011, Andamarc S.L., representada por HMRR firmó con la mercantil Calidad y Gestión Mancha 2010 S. L, representada en dicho acto por DRG 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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de obra, gestión y tramitación de licencias y autorizaciones, estudios geotécnicos, ensayos, tasación, licencia de obras, tasas, seguros y otros gastos generales. Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L., representada por HMRR con fecha 14 de diciembre de 2011, firmó con la constructora Emcoman 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, Andamarc S.L. abonó a Calidad y Gestión Mancha 2010 S. L. 1.605.035,10 más IVA, mientras que las cantidades pagadas por esta a Emcoman 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 Applus Norcontrol; en total 992.880, 25 euros. El sobrecoste no justificado para Grupo Andamarc S.L. y a favor de los acusados, obtenido a través de Calidad y Gestión Mancha 2010 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). HMRR percibió de Andamarc 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). Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. cobró de Andamarc 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.

Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. facturó, emitió y cobró tres facturas a Grupo Andamarc S.L. por un importe total de 110.000 euros, correspondientes dos de ellas a "Consultoria 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 Calidad y Gestión Mancha 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 Emcoman 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, Calidad y Gestión Mancha 2010 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.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(10). Maregil 2002 S.L., sociedad constituida el 7 de noviembre de 2002, de la que es Administrador Único HMRR quién es titular de todas sus participaciones, percibió dos facturas de Andamarc 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). DRG arquitecto de profesión, presentó al cobro y percibió de Andamarc S.L. con fecha 2 de febrero de 2011 una factura de 37.948, 36 euros (idéntico importe que la presentada por Maregil 2002 S.L.), por el concepto de gestiones técnicas y de planificación durante el año 2010 para la concesión demanial de la Residencia.

(12). Andanza Emplea, sociedad constituida el 7 de febrero de 2.012 de la que son administradores solidarios los dos acusados DRG y HMRR y cuyo accionista único es Calidad y Gestión Mancha S.L. 2.010, de la que son cotitulares aquellos por mitad, facturó con fecha 1 de julio de 2013 a Andamarc 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 Emcoman S.L. con la mercantil Mantergo Mantenimiento e Instalaciones en base al contrato, antes indicado.

(13). Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., (sociedad constituida el 21 de octubre de 2.011, de la que DRG es su Administrador Único, y de la que es único accionista Calidad y Gestión Mancha 2010 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 Andamarc 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 Calidad y Gestión Mancha 2010, pues, aunque era un contrato "de obra totalmente terminada y equipada a precio cerrado" el mismo no se ejecutó completamente

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

También cobró por la venta a Andamarc de una furgoneta "Peugeot Boxer 2.8 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 Tecnas Servicios Integrales de Formación y Desarrollo por 2.479,34 más IVA con fecha 3112/2012 y estar tasado a la fecha de la venta en 2.851 más IVA.

(14). Las cuentas anuales de Andamarc 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 CPR y AMG que los administradores, además de cobrar por los servicios profesionales y gestiones que dedicaban casi en exclusividad a Andamarc 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, CPR que entendió que recibía un trato diferenciado a Heliodoro Marcos y Daniel, al haber aceptado entrar en la mercantil a cambio de subcontratar con Emcomam 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 Montajes Eléctricos Crescencio Pérez S.L. (4.55%) a AMG lo que se materializó el 30 de julio de 2.013 a favor de la mercantil Manzanares Barchino 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 AJR

con fecha 4 de Octubre de 2.013 en la Junta General de Socios celebradas al efecto fueron cesados los acusados, DRG y HMRR en sus

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

cargos de administradores solidarios de Andamarc S.L., nombrándose en la misma Administrador Único de la misma a AMG

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El relato fáctico anteriormente reseñado se ha formado teniendo en cuenta, por una parte, la actividad probatoria desplegada en el juicio oral, valorada en conciencia, como señalan los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atendiendo a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, y por otra, adecuándola, por estricto y riguroso respecto al principio acusatorio, al hecho de que la acusación particular en el plenario retiró la acusación contra DRG circunscribiéndola por tanto a HMRR. y únicamente en cuanto a los hechos que relata en el expositivo c) de su escrito de acusación referidos al mismo personalmente o a través de sociedades en las que tuviese participación.

La base probatoria fundamental la constituyen indudablemente la prueba documental pública y privada, prueba que es amplía y que en ocasiones aparece duplicada e incluso triplicada en la causa o en los soportes aportados, la pericial judicial practicada por el Sr. DA completada por las declaraciones de los acusados y testificales practicadas en el plenario.

-En cuanto a la documental nos encontramos con la escritura pública de constitución de la sociedad Andamarc (f. 31 y siguientes de las actuaciones), el libro de actas de las Juntas Generales de la misma, dónde figuran todos los acuerdos adoptados en ella, tanto los de ampliación como aprobación de cuentas, etc... (f. 1.442 y siguientes), la escritura de constitución del préstamo hipotecario concertado (f. 1.517 y siguientes), la documentación aportada para la concesión demanial (f. 1106 y siguientes), el contrato celebrado a tal efecto y su posterior elevación a público (f. 1567 vto. y siguientes), el contrato de ejecución de edificación suscrito entre Andamarc y Emcoman el 25 de julio de 2.011 (f. 63 y siguientes y posteriormente reproducido en varias ocasiones), los contratos celebrados el día 26 de julio de 2.011 entre Emcoman y Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. de prestación de servicios (f.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

101 y también reproducidos) y suministro de equipamiento genérico de la residencia (f. 142 y siguientes), el suscrito el mismo día entre Emcomam S.L. y Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L. (f. 119 y siguientes), certificaciones y notas del Registro Mercantil de las sociedades Calidad y Gestión Mancha 2.010, Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., Maregil 2.002 S.L., Ardanza Emplea S.L. (f.49 y siguientes y además reflejados en el dictamen pericial judicial y en el elaborado por Deloitte y aportado a la causa), el contrato de 25 de octubre de gestión Project Management suscrito entre Andamarc y Calidad y Gestión Mancha el 25 de octubre de 2.011 y el posteriormente concertado entre esta última y Emcoman S.L. el 14 de diciembre de 2.011(f. 57 y siguientes), todo el conjunto de facturas de las distintas mercantiles y abonadas por Andamarc, cuya existencia, contenido y autenticidad ha sido admitida por acusados y testigos y que aparecen contablemente en los libros mercantiles de aquellas (Diario y Mayor), y declaradas legalmente ante la agencia tributaria mediante el modelo 347 de operaciones con terceras personas, así como las abonadas por aquellas por los distintos equipamientos como las emitidas por Applus Control Frío Rodel, MP Diclesa, VP Diesel S.L., Masterdecó Arquitectura y Diseño de Interiores, Materiales Informático Luis Patiño S.L., Yireh S.L., Muebles Hierro Talego S.L. y Energy Whaleytailtarturbine S.L. Grupo Dinfor, Helios Electro-medicina, y que constituyen el cuerpo documental básico y esencial que ha servido tanto para la configuración del sustrato fáctico como para la elaboración ulterior de la prueba pericial judicial.

-El segundo pilar es la prueba pericial judicial del Sr. DA ntegrada tanto su informe inicial como su posterior ampliación y que figuran en los anexos documentales de la causa, así como sus ratificaciones y explicaciones complementarias en sede de instrucción y en el juicio oral.

Decimos eso porque, aunque en la causa también obran otras dos periciales, una aportada con la querella y formulada por el Sr. V B , y otra elaborada a instancias de la defensa de DRG por el Sr. V , ambas pruebas finalmente no se practicaron en el plenario al haber renunciado las partes proponentes a su realización, de ahí su nula proyección y eficacia probatoria.

Igualmente, también consta el informe pericial del Sr. AF (folios 1.401 y siguientes), perito tasador de Tinsa y que ratificado y sometido a contradicción en el plenario. Sin embargo, su alcance y proyección es limitado al tener por objeto exclusivamente la

valoración de la obra ejecutada lo que hace que su contenido sea irrelevante en cuanto a los hechos en que se sustenta la acusación, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá acerca de las conclusiones que de dicho dictamen se derivan a los fines de acreditar o no la existencia de un perjuicio para Andamarc S.L..

En consecuencia, la única prueba pericial practicada de alcance y relevancia es la elaborada por el perito Sr. DA Teniendo en cuenta, de una parte, que se trata de un perito judicial insaculado cuya objetividad e imparcialidad es palmaria e incuestionable, y de otra, que su informe se fundamenta exclusivamente en soportes documentales como son las facturas (cuya existencia y contenido no es discutida sino que resulta asumida por las partes resultando además legalmente declaradas y contabilizadas a efectos tributarios), en la que se circunscribe a reflejar los cantidades cobradas y/o abonadas, así como los conceptos a que responden, teniendo un carácter meramente contable sin indicar nada acerca de si su importe es excesivo o no, o si efectivamente se prestó o no el servicio facturado o si está duplicado, limitándose a cotejar si responden al objeto social de la empresa o a extremos que ya estaban incluidos en otros contratos celebrados entre las partes como factores para determinar su irregularidad, la conclusión no puede ser otra que conferirle un valor acreditativo primordial en orden a la configuración de los hechos probados.

Pues sobre ese apoyo sus conclusiones han de ser matizadas o parcialmente corregidas en los extremos que a continuación reseñamos y por las consideraciones que a continuación exponemos, diferenciando entre sobrecostes y doble facturación o beneficios injustificados.

a) En lo que atañe a los primeros tenemos en primer lugar en cuanto al apartado 4 de los hechos probados, referido a la partida de equipamiento de cocina y lavandería, el informe pericial concluye que existe un sobrecoste de 639.703, 63 euros, al haberse abonado la cantidad de 832.000 euros y habiéndose acreditado que Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L. solo justificó por todas las facturas emitidas a su nombre por tal concepto la cantidad de 192.296, 37 euros. Sin embargo, plantea que hay otras facturas abonadas, que no computa, emitidas a Andanza Emplea S.L., cuyo sustrato personal lo forman los acusados y que responden a materiales de adquisición de equipamiento de cocina y lavandería a otras mercantiles como Diclesa S.L. y Vs Diesel S.L., cuyo contenido y exactitud ha ratificado en el caso de la primera el Sr. AE , que pueden añadirse a dichos gatos a los fines de determinar el montante exacto del sobreprecio abonado por Andamarc en virtud de la

subcontratación, siendo esa una de las modificaciones que introdujo el ministerio fiscal en su escrito de conclusiones en contraposición con lo que sostiene la acusación particular. Pues bien, esta Sala, comparte y asume la tesis del ministerio público, toda vez que acreditadas con las referidas facturas emitidas por MP Diclesa y Vs Diesel el abono por dicho concepto (aparatos técnicos de lavandería) de cantidades comprendidas en las partidas subcontratadas y siendo el sustrato personal de la mercantil Andanza Emplea S.L. idéntico al de Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L., no cuestionándose que dichos equipamientos no se instalasen en la Residencia, extremo que ratificó el Sr. [illegible] no existe razón para no tenerlas en cuenta a los fines de reducir el importe del desfase existente en dicha partida, que queda fijado en la cantidad de 525.776, 17 euros.

En segundo lugar, en lo que concierne apartado 5 y referido al suministro de equipamiento genérico de la Residencia sucede lo mismo. Aquí el perito cifra el desfase en la cantidad de 558.033, 12 euros, planteando la posibilidad de incluir dentro de los abonos realizados por Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. tres grupos de facturas; uno, integrado por treinta facturas por diferentes conceptos de publicidad y un importe total de 28.420, 70 euros; otro, formado por cuatro facturas emitidas por Pinturas y Revestimientos en general Rafael Zamora, por un montante de 11.678, 06 euros; y un último, que abarcan tres facturas emitidas por Grupo Dinfor, otra por Helios Electro-medicina S.L. y otra por Prodoc CLM S.L.. a Andanza Emplea S.L., Fisio Group S.L. y Fundación Andanza Fuensanta, por una suma total de 16.643, 21 euros. De ellos se rechazan y no se toman en consideración los dos primeros al referirse a conceptos que nada tienen que ver con la partida subcontratada con Emcomam S.L., es decir, equipamiento genérico de la Residencia, mientras que el último, entiende esta Sala que debe computarse a los fines de detraer de lo abonado por calidad y gestión Mancha 2010 S.L., la cantidad de 16.643, 21 euros. Los argumentos, en esencia, son similares a los antes reseñados respecto al apartado 4 con la única salvedad de que en este caso el ministerio fiscal no modificó su relato fáctico a los fines de reducir la cantidad cifrada como sobreprecio en los términos reseñados pese a que la razón de su descuento es idéntica. Se trata de abonos que comprenden conceptos o partidas, sin duda, incluidos en el equipamiento y que han realizado y abonado sociedades con idéntico sustrato fáctico que la subcontratada, de tal suerte que el importe satisfecho ha sido superior y el sobrecoste inferior.

Y, en tercer lugar, dado que ninguna singularidad ni divergencia presenta la cantidad cifrada por sobrecoste que aparece en el apartado 6, merece una mención especial lo reseñado en el apartado 3 referido al contrato de prestación de servicios por el que se subcontrataba la partida correspondiente al control de Técnico y de calidad del proyecto de ejecución y obra de la Residencia de Mayores. Ninguna duda cabe a este Tribunal, como fácilmente se constata por notoriedad y máximas de experiencia, que, en contratos y proyectos de este tipo, con la entidad y magnitud que presenta, suele existir una partida con tal objeto. Igualmente es lógico y razonable que esa labor o función la lleven a cabo o se subcontrate con terceras empresas distintas al constructor. También lo es que e incluso puede estar justificado que exista una diferencia entre el precio abonado al constructor y el pagado por este a la subcontrata, si bien no está justificado en base a la secuencia temporal de los contratos y al sustrato fáctico que presentan la empresa subcontratada Calidad y Gestión 2010 S.L. y la promotora Andamarc S.L.. Ahora bien, lo que no tiene explicación para esta Sala es no solo el importe cuantitativo que presenta la mencionada partida claramente desproporcionado y sobrevalorado si lo comparamos con la cantidad abonada por tal concepto en lo que constituye la segunda fase a Applus Norcontrol (7082 euros), sino que no se haya acreditado facturación alguna por la citada entidad mercantil de los servicios prestados ni a personal propio o colaborador ni a terceras personas para llevar a cabo tal cometido hasta el punto de que no existe ningún gasto acreditado por tal concepto ignorándose si el servicio realmente se prestó. A mayor abundamiento baste tener en cuenta que Andamarc satisfizo a Applus Norcontrol SLU cantidades por servicios de control de calidad y asistencia técnica en ejecución de la obra y residencia de mayores, es decir, por conceptos que habían sido subcontratados y por los que había abonado su importe, o que significativo resulta que no haya declarado ningún empleado o personal técnico y cualificado dependiente de Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. que reconozca haberlo realizado o que los testigos, Sr. MN (miembro de la dirección facultativa), o el Sr. GC (representante legal de Emcomam S.L.), declarasen respectivamente, que la única empresa que intervino en el control técnico fue Applus y una persona del Grupo Andamarc o que fue esta última. Por todo ello, consideramos que no es que exista un sobrecoste en la facturación del servicio sino que no se ha acreditado su efectiva realización de tal suerte que el importe de aquel se debe cifrar en la cantidad total facturada.

b) Respecto a la doble facturación o a la existencia de beneficios injustificados nos encontramos con las siguientes duplicidades.

Por un lado, la factura de 68.009 euros (apartado 9) emitida por Calidad y Gestión Mancha 2010 S.L. y cuyo concepto es asesorar y gestionar el equipamiento de la Residencia no tiene ningún sentido ni fundamento cuando dentro del contrato suscrito entre Emcomam S.L. y Andamarc S.L. se encontraba la ejecución del equipamiento genérico de la residencia, partida a su vez subcontrata con Calidad y Gestión Mancha como ya se ha indicado. De ello se colige, que no solo esta debía percibir y prestar los servicios en base a aquel contrato, en el que como hemos expuesto ha obtenido un importe beneficio debido al sobreprecio injustificado abonado por Andamarc S.L. sino que a su vez le ha cobrado y factura como un servicio un concepto que estaba incluido dentro de aquel.

Igual sucede con la factura contenida en el apartado 12 de 38.247 euros, al comprender conceptos que habían sido subcontratados por Mantergo Mantenimiento e Instalaciones.

Por último, aprecia el perito un sobrecoste o beneficio injustificado en la venta del vehículo Peugeot Boxer (apartado 13 final) al haber sido adquirido y enajenado por dos sociedades participadas por los acusados a Andamarc S.L. obteniendo en un breve espacio temporal un beneficio superior al doble de su precio.

-Las declaraciones de los acusados practicadas no han venido sino a reconocer en esencia lo que refleja la prueba documental practicada. Esto es, la doble condición de socios y administradores de los acusados tanto en Andamarc S.L. como en las demás sociedades; así como todo el proceso que culminó con la construcción de la Residencia en su primera fase y parcialmente en la segunda; la realidad de los contratos celebrados por aquellas y, en definitiva, de las facturas emitidas indicando que se encuentran justificadas en el hecho de que realizaron un trabajo que consistió en ejecutar y llevar a cabo el proyecto con un resultado óptimo para lo cual abandonaron su actividad y que se limitaron a cobrar por sus servicios, bien directamente caso de HMRR bien a través de la realización de sus servicios profesionales como Arquitecto, o bien mediante beneficios obtenidos a través de diversas sociedades de ellos conjunta o individualmente dada la imposibilidad estatutaria existente y las limitaciones al respecto impuestas por la entidad financiera Globalcaja; extremo que era conocido, al menos, por los socios importantes de Andamarc S.L., en concreto, por AMG como lo demuestran las diferentes comunicaciones vía correo electrónico que mantenían con este y que obran aportadas a la causa (folios 1625 y

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

siguientes y los aportados antes del inicio del plenario), negando que existiese el sobrecoste o las dobles facturaciones que señala el perito judicial.

Su versión es sustancialmente coincidente tanto con lo acreditado documentalmente, vía comunicaciones electrónicas, donde se demuestra un conocimiento de la labor y gestiones desplegadas por aquellos, o vía Juntas Generales Ordinarias, donde se aprueban las cuentas y la gestión de los administradores correspondientes a los años 2010 y 2011, como con lo manifestado por los testigos, en especial los demás socios de la mercantil, AI y AMG., en la medida en que todos aquellos asumen, directa o indirectamente, que facturasen y cobrasen cantidades por la labor desplegada, incluidas las gestiones llevadas a cabo para obtener la concesión demanial; así el primero declaró que HMRR había dejado su trabajo de fisioterapeuta para dedicarse al proyecto y que había conseguido el suelo y le había comentado que cobraba por ello en contraposición al hecho de que él también hizo gestiones en materia de financiación por las que no cobró; mientras que el segundo, tanto en su declaración en instrucción (f. 444 y siguientes y 1948 y siguientes) como en el plenario, lo admitió indicando textualmente que ellos llevaban a cabo las gestiones y que "le parecía excesivo lo que cobrara", signo inequívoco de conocimiento máxime cuando se aprobaban las cuentas con su voto favorable, al menos en los dos primeros ejercicios donde constaban facturas emitidas personalmente por aquel bajo conceptos como trabajos de gestión comercial y asesoramiento o administración y gestión u honorarios por servicios prestados. Además, ello resulta en gran medida lógico y razonable si el otro administrador, DRG quién también participaba en la gestión y dirección, percibía sus emolumentos indirectamente en base al acuerdo a que había llegado con su compañero el Sr. M. por la dirección facultativa y de ejecución de todo el proyecto de obra consistente en que aunque materialmente no trabajasen de forma equitativa los honorarios se distribuían por partes iguales, acuerdo que fue modificado para la segunda fase redistribuyendo la proporción ya no de forma equitativa.

Por el contrario, no podemos asumir la explicación que ambos ofrecen acerca de que el resto de socios eran plenamente conocedores de que actuaban a través de sociedades para contratar y llevar a cabo determinadas actividades en la ejecución del proyecto, en especial las subcontratadas con Emcomam S.L., obteniendo beneficios y lucrándose con ello.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

En efecto, ninguna constancia o prueba objetiva existe de ese dato. El mero hecho de que se celebrasen los contratos (no olvidemos firmados por los dos acusados en su condición respectiva de administradores de Andamarc S.L. y de Calidad y Gestión Mancha S.L. o de Mantergo), unido a la secuencia temporal (apenas un día después y por idéntico precio), ciertamente no presupone un conocimiento efectivo ni real de los demás socios pese a que aprobasen las cuentas o tuviesen a su disposición los contratos, máxime cuando se trataba de una condición impuesta expresamente por ellos, tal y como lo declaró el representante legal de Emcoman S.L., Sr. GC Expresiva y decisiva resulta en ese punto la declaración testifical de CPR , cuya participación en la sociedad tenía como sustento el hecho de ejecutar la instalación eléctrica, telecomunicación y climatización del edificio, labor para la que fue subcontratada su sociedad por Emcoman, y quién declara que ignoraba quienes eran los socios de Calidad y Gestión, que pensaba que los acusados actuaban por cuenta de Andamarc S.L. y explicó la sorpresa que le supuso ver el coste del equipamiento de la residencia en contraposición con el presupuesto que le había ofrecido Muebles Sadhogar, de tal suerte que tres partidas le echaron para atrás las de mobiliario de cocina, equipamiento y viviendas tuteladas, de tal suerte que cuando conoció que ellos estaban detrás de las citadas sociedades, hecho que le puso en conocimiento el Sr. MG , decidió venderle sus participaciones para cobrar lo adeudado y que aquel tuviese la mayoría de participaciones. En los mismos términos se manifestaron los otros socios, Sres. 十 y M

Ha sido en consecuencia, la actividad probatoria, en especial la documental indicada contrapuesta con las citadas declaraciones de los acusados y las testificales reseñadas las que han permitido, en base a su valoración conjunta y contrapuesta, llegar a la convicción fáctica que se refleja en los apartados (7)(8)(14)(15) y (16).

Finalmente conviene indicar que aunque está acreditado que los acusados a través de las sociedades referidas en los apartados (9) a (14) del sustrato fáctico han percibido las facturas por los importes y conceptos que en ellas se reseñan no ha podido demostrarse ni que esos servicios no se llevasen a cabo ni que esas actividades no se verificasen ni que el importe facturado fuese excesivo, labor que compete a la parte acusadora, en este caso la acusación particular, que se ha limitado ha constatada la existencia de los pagos facturados reputarlas injustificadas o por conceptos inexistentes al no haberse demostrado en que consistieron los

trabajos, lo que por otra parte contrasta con el hecho indubitado de que la obra finalmente se realizó, el coste de la misma apenas sufrió una deviación mínima y el valor tasación de aquella es superior a la cantidad invertida.

En definitiva y recapitulando, este Tribunal ha configurado el relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral, conforme a la valoración reseñada, respetando la identidad sustancial de los hechos imputados, introduciendo algunos otros de carácter accesorio, que incrementan la claridad de lo que se relata y permiten una mejor comprensión de lo que consideramos ha sucedido, a la par que indicando aquellos otros que habiéndose reflejado en la acusación no ha quedado acreditados que realmente aconteciesen tal y como los narran las acusaciones.

SEGUNDO.- Delimitado el sustrato fáctico relevante desde un punto de vista penal tanto a los sobrecostes sufridos por Andamarc S.L. como consecuencia de la contratación con Emcoman S.L. y posterior subcontratación con las distintas sociedades vinculadas con los acusados como a la doble facturación de determinados servicios hemos de señalar no son constitutivos del delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 248.1 y en las causas 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 250.1 del Código Penal y artículo 74.1 del citado texto punitivo por los que acusa en primer término la acusación particular.

Abona la anterior conclusión en primer lugar un obstáculo de índole estrictamente procesal. En efecto, circunscrito el ámbito objetivo del proceso a la determinación de hechos punibles que se realiza en el auto de acomodación procedimental, de 20 de febrero de 2.015 (f. 2.104 y siguientes), una vez formuladas las acusaciones tanto pública como particular se dictó el auto de apertura de juicio oral de 23 de septiembre de 2015 (f. 2153 y siguientes). En el mismo se indicó solo procedía el enjuiciamiento de los hechos como constitutivos de un presunto delito de administración desleal y/o apropiación indebida y contra las personas físicas mencionadas, esto es, las únicas a las que se refiere el auto de transformación procedimental. Quedaron, por tanto, fuera del procedimiento y extramuros del mismo tanto los hechos reseñados en el apartado D del escrito de la acusación particular, relativos a la falsificación de documentos mercantiles y estafa procesal, como el delito de estafa ya sea vinculado a los mismos ya lo sea a los demás, vedando la posibilidad de condenarle por dicho

tipo penal al tratarse de delitos no homogéneos (estafa y apropiación indebida), lo que conlleva que aunque el sustrato fáctico fuese el mismo no pueda condenársele por el otro sin quebrantar los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 C.E.; razón por la cual la acusación particular en el plenario, pese a no haber retirado formalmente dicha calificación jurídica, sí la marginó y apartó en su informe ,omitiendo cualquier referencia a la misma, limitándose a circunscribir el debate a si los hechos se incardinan en un delito continuado de apropiación indebida (art. 252 en relación con las causas 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 250.1 del Código Penal y artículo 74.1 del citado texto punitivo) o de administración desleal (art. 295 del CP, según redacción vigente el día de los hechos).

Pero es que a mayor abundamiento tampoco consta en autos acreditado, en base al acervo probatorio declarado probado, que concurra un engaño precedente o una simple puesta en escena u orquestación fáctica dirigida a obtener un desplazamiento patrimonial para autofinanciarse máxime cuando también habría que ponderar, para incardinar el carácter bastante del mismo, si concurre o no una cierta dejación de funciones o el efectivo cumplimiento de los deberes de autoprotección.

En resumen, por obstáculos insalvables de orden procesal, fácticos, sustantivos hemos de rechazar la calificación de los hechos como constitutivos del delito continuado de estafa por el que se acusó.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de administración desleal, previsto y penado en el artículo 295 del Código Penal vigente en el momento de cometerse los hechos y hoy día sustituido por el actual artículo 252 CP, cuya aplicación resultaría más desfavorable al incardinarse los hechos en el apartado quinto del artículo 250 (especial gravedad por superar los 50.000€) del Código Penal. Descartamos, en consecuencia, la calificación alternativa que con carácter prioritario formuló la acusación particular subsumiendo la conducta en el delito continuado de apropiación indebida artículo 250 del Código penal anterior a la reforma de 1/2015 en relación con las causas 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 250.1 y artículo 74.1 del Código Penal.

El delito de apropiación indebida del antiguo art. 252 CP sancionaba, al tiempo de ocurrir estos hechos, a los que, en perjuicio de otro, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido.

La apropiación indebida del antiguo art. 252 CP contenía dos modalidades, la apropiación en sentido estricto, o clásico, con la incorporación de la cosa mueble ajena que comete el poseedor legítimo que la incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberla, y la modalidad de distracción, o gestión desleal, que supone disponer del dinero o casa fungible recibida más allá de lo que autoriza el título de recepción, con vocación definitiva, causación de perjuicio y conciencia del exceso que se realiza.

Es esta segunda modalidad de la apropiación indebida por distracción de dinero, como tipo de infidelidad o gestión desleal en la administración o representación de sociedades mercantiles, la que mayores problemas interpretativos ha suscitado a la hora de propugnar pautas interpretativas encaminadas a diferenciar el ámbito de aplicación típica con respecto al campo propio de la administración desleal societaria regulada en el antiguo art. 295 del Código Penal, hoy derogado tras la mencionada reforma.

Por su parte el delito societario por administración fraudulenta requería como elementos: a) El sujeto activo ha de ser administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación (delito especial propio). b) Ha de actuar con abuso de las funciones propias de ese cargo de administrador o socio, en el ejercicio de esa administración o cargo social. c) Ha de hacerlo en beneficio propio o de tercero. d) La conducta punible consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren (STS 29-7-2005,16-12-2008, 18-11-2009). Aunque se trata de un delito societario, no se protege únicamente el patrimonio de la sociedad, la cual se consideraría incluida entre los titulares de los bienes, valores o capital administrado, sino también otros patrimonios relacionados, como resulta del tenor literal del precepto. Lo que exige la norma es que exista un perjuicio y que sea económicamente evaluable. El resultado es un perjuicio económicamente evaluable, entendiendo por perjuicio tanto la merma patrimonial cuanto la

ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. Económicamente evaluable significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

Ciertamente la calificación de los hechos plantea el espinoso tema, por otra parte común a numerosos supuestos, de la diferenciación entre ambos tipos penales. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos preceptos, ha dificultado su exégesis, existiendo numerosas resoluciones del TS que se han esforzado, no siempre desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza. La jurisprudencia del TS ha sido fluctuante. La STS 906/2016 de 30 de noviembre ya verifica en su FJ 4 un detallado análisis de la evolución histórica de la jurisprudencia en relación a la apropiación indebida y la administración desleal.

Recordemos que existen posiciones diferentes en las resoluciones del Tribunal Supremo que se han esforzado en ofrecer pautas interpretativas acerca de la relación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Una línea jurisprudencial explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de normas resuelto con arreglo al principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. El delito de administración desleal, como consecuencia de su menor penalidad (puesto que ofrece una alternativa de entre pena de prisión de hasta cuatro años de duración con una simple pena de multa), originó que, en un primer momento, la jurisprudencia se decantase por el principio de alternatividad, a favor naturalmente del delito de apropiación indebida, que era el sancionado con más rigor.

En otras ocasiones, para su distinción, se ha realizado un ejercicio de matemática moderna a base de círculos concéntricos en donde el conjunto mayor era la apropiación indebida y la administración desleal el menor, en realidad ello supone la aplicación del principio de especialidad.

También se ha valorado una distinción por su objeto. Así, la STS 91/2013, de 1 de febrero siguiendo la STS 462/2009, 12 de mayo, señalan que "también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de

administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

Con la STS 656/2013, de 22 de julio que cita a las STS 91/2013, de 1 de febrero y 517/2013, de 17 de junio el rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el animus rem sibi habendi y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP. Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración

desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador". En los mismos términos se pronuncia la STS 700/2016 de 9 de septiembre.

Otras veces se ha considerado que el alcance de la extralimitación de un administrador en la utilización de un poder ha servido a esta Sala para ubicar las conductas punibles en el ámbito específico del delito de apropiación indebida o en el tipo societario de administración fraudulenta; de tal modo que si el administrador actúa ilícitamente fuera del perímetro competencial de los poderes concedidos -exceso extensivo- estaríamos ante un posible delito de apropiación indebida, y cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador -exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295 (SSTS 462/2009, de 12-5; 623/2009, de 19 de mayo; 47/2010, de 2 de febrero; y 707/2012, de 20 de septiembre, entre otras).

Pero como dice la STS 656/2013, de 22 de julio estimamos que debe acogerse la concepción que se basa en la calidad del comportamiento del administrador, en el sentido de que en el art. 295 del CP las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP. Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador (TS 2ª 3-3-14).

En definitiva, podría sintetizarse la diferencia diciendo que en la apropiación indebida el sujeto, abusando de su situación posesoria, ejercita de hecho una facultad de disposición que jurídicamente no tiene. En la administración desleal el sujeto ejercita las facultades contractuales o dispositivas que como administrador de hecho o derecho jurídicamente tiene pero abusando de ellas para ejercitarlas en beneficio de intereses distintos del interés social al cual perjudica.

El administrador que dispone para sí o para tercero de lo que no puede disponer comete una indebida apropiación. El administrador que dispone de lo que puede disponer pero lo hace intencionadamente en términos desventajosos para la sociedad administrada y ventajosos para intereses -propios o ajenos pero no de la sociedad- distintos al único que debe orientar su acción administradora, que es el de la sociedad que administra, comete delito de administración desleal.

Esta cuestión no ha variado tras la reforma operada por LO 1/2015, pues como refiere la STS 163/2016, de 2 de marzo, según la cual "En realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295, hoy 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, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253".

Sentado lo anterior, lo cierto es que la conducta de los acusados encaja jurídicamente en el delito continuado de administración desleal y no en el de apropiación indebida, tipo penal que descartamos.

En efecto, los acusados actuaron, siempre y en todo momento, en su condición de administradores de la sociedad y dentro de las facultades que tenían reconocidas estatutariamente, entre las que se encontraban la celebraron de contratos o la disposición de bienes o la realización de pagos. Ahora bien, la materialización de algunos de ellos -en este caso los ya mencionados con significación penal como imponer en el contrato de ejecución de obra la realización de subcontrataciones a favor de sociedades de su titularidad o contratar directamente una nueva fase con la mercantil que administraban para seguidamente subcontratar a menor precio o el facturar directamente a aquella servicios o actividades que ya previamente habían sido abonados anteriormente o que se encontraban dentro de partidas subcontratadas- supusieron realmente, por la concatenación y el juego combinado de los mismos, un uso abusivo y transgresor de las mismas que les permitió obtener unos beneficios a través de sociedades de su titularidad, ventajas patrimoniales propias que operan en claro detrimento de la sociedad que administraban que se vio privada de obtener la ejecución de la obra a un menor coste económico, sufriendo por tanto una merma patrimonial innecesaria e injustificada. Con ese modo de proceder se quebrantó el deber de fidelidad que le era exigible conforme a las obligaciones básicas que les impone la normativa mercantil y que aparecen reflejadas estatutariamente, todo ello sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese ninguna razón comercial que lo justificase.

Corolario de lo expuesto es que, en definitiva, se trató, por tanto, de una simple disposición fraudulenta de los bienes 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, no de una apropiación indebida en la que se dispone de lo que no se puede para quedarse con ello.

De ahí que concurran los elementos del delito de administración desleal por el que acusó el ministerio fiscal y la acusación particular de forma alternativa.

No pueden aceptarse las tesis que ofrecen las defensas para solicitar un pronunciamiento absolutorio, pues pese a partir de enfoques diferenciados, en realidad se sustentan en argumentos comunes.

Por un lado, que el accionista mayoritario de la sociedad, Sr. [redacted], lo sabía y conocía todo, consintiéndolo expresamente como lo demuestran los correos electrónicos. Basta con remitirnos a lo expuesto en el primer fundamento respecto a la valoración de la prueba, insistiendo en que esa afirmación puede resultar relevante a efectos de cobros directos o indirectos por servicios y labor desplegada, pero no en cuanto al resto, los ya reseñados beneficios por sobrecostes y doble facturación. 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. Reina 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 TINSA, 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 a 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 DRG (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.

Finalmente, el hecho de que la defensa de HMRR invoque una presunta instrumentalización del proceso penal en aras a obtener la entrega de las participaciones sociales excluye la tipicidad de la conducta del mismo cuando está acreditado, como se ha analizado, que concurren los elementos que integran dicho ilícito penal.

Discrepamos de la calificación del ministerio fiscal y aceptamos la de la acusación particular en cuanto a que nos encontramos en presencia de un delito continuado de administración desleal.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación de la figura del delito continuado al delito societario del artículo 295 del CP en la redacción vigente hasta la reforma operada por la LO 1/2015. Así, por ejemplo, en la STS nº 471/2016, de 1 de junio. En este mismo sentido, dice la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2.009, "Todas las modalidades del art. 295 CP pueden ser aplicadas a supuestos de continuidad delictiva (art. 74 CP): distracción de dinero, disposición fraudulenta de los bienes sociales y obligaciones contraídas con abuso de las funciones del administrador. Es erróneo presuponer que el art. 295 CP requiere la comisión de más de una acción, pues nada en el texto legal o en su finalidad hace pausible tal interpretación. Por lo tanto, no parece más lógico que si la conducta es continuada e implica en su conjunto una administración desleal sea aplicable simplemente el art. 295 CP, puesto que de esa manera se llegaría a una atenuación injustificada de la pena".

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2.017 que "el artículo 295 no exige para cumplir las exigencias del tipo objetivo la realización de varios actos. Es posible, sin embargo, dado su tenor literal, (...dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones ...), apreciar una unidad típica de acción cuando, establecida una determinada finalidad, el autor la ejecuta a través de varias acciones unidas

por la obtención de aquel objetivo y ligadas por un vínculo temporal, aunque cada una de ellas fuera suficiente para determinar la consumación del delito. No será así si cada acción, resulta fácilmente identificable, responde a una finalidad o motivación diferente y se independiza de las otras en su ejecución, de forma que la primera acción se interrumpa, alcanzada y agotada su finalidad, y en un momento posterior se aprovecha la idéntica ocasión para realizar otra acción similar, aunque distinta, ejecutada, a su vez, en uno o varios actos".

Pues bien, en el presente caso, 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 fáctico 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 fáctico 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 posibilitó 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.

CUARTO – Son autores responsables criminalmente de dicho delito continuado de administración desleal, previsto y penado en el artículo 295 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, hoy derogado, los acusados DRG y HMRR al haber ejecutado directa y materialmente los hechos (artículo 28.1 del Código Penal).

QUINTO.- En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal concurren en el acusado DRG las atenuantes de dilaciones indebidas del artículo 21.6° del Código Penal y de reparación del daño del artículo 21.7 del citado texto punitivo, y respecto del encausado HMRR tan solo la de dilaciones indebidas prevista en el citado artículo 21.6 del citado texto punitivo.

En el análisis de las mismas hemos de partir de que como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 2.015, siguiendo con lo ya reseñado por dicha Sala en su Sentencia de 25 de enero de 2011, el Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo, desbordándose ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante solicitada por las partes acusadoras. Por ello, existiendo una única acusación contra DRG la formulada por el ministerio fiscal, al haber retirado la acusación particular la en su día formulada contra el mismo, y reconociendo el ministerio público que concurren las dos atenuantes indicadas, ambas en su condición de simples, no cabe sino apreciar su concurrencia. A mayor abundamiento obsérvese que consta en autos, según documentación obrante en la causa, como la perjudicada ha sido indemnizada por el acusado, renunciando a reclamar cantidad alguna por ello, al haberle transmitido sus participaciones en el Grupo Andamarc S.L. a la querellante, y de otra, la secuencia temporal de actos que contienen los antecedentes fácticos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de esta resolución y la que se refleja en la modificación introducida por el ministerio fiscal en el plenario.

En el acusado HMRR contra quién además del ministerio público también formula y mantiene su acusación Grupo Andamarc S.L. , MG y Manzanares Barchino S.L., también concurre la atenuante de dilaciones indebidas. Efectivamente, los requisitos para la estimación de esta atenuante, reflejados en la sentencia de 3 de marzo de 2.016, son: 1) la existencia de una dilación que sea indebida; 2) además no basta que tenga una cierta entidad sino que por exigencia legal debe ser extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. También se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, aunque ello integra una manifestación de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación, la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

Por su parte, la STS 360/2014, de 21 de abril, con cita de otras muchas, explica que la "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Así como que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

Extrapolando las anteriores consideraciones al caso de autos el procedimiento que da origen a las actuaciones se inicia por querella formulada el 5 de diciembre de 2013, tras un inicio dificultosos con sucesivas ampliaciones de querella y práctica de numerosas diligencias entre las que se encuentran testificales, documentales y periciales como la judicial, con sus ratificaciones y posteriores ampliaciones, se dicta auto de procedimiento abreviado con fecha 20 de abril de 2015 y de apertura de juicio oral con fecha 23 de septiembre, elevándose las actuaciones a la Sala y señalándose, después de declararse la pertinencia de las pruebas, la celebración del juicio para octubre de 2016. En esa fase inicial instructora, dada la complejidad de la causa tanto por el elevado número de diligencias, recursos articulados (al menos tres de ellos con carácter devolutivo), no se puede considerar que ha existido ninguna dilación achacable al órgano judicial; es más el plazo fue razonable en atención a la labor desplegada y las vicisitudes sufridas, Es partir del incidente de nulidad de actuaciones interesado por la acusación particular y acogido por esta Sala cuando se producen retrasos inadmisibles; así tras la devolución de las actuaciones al órgano instructor para subsanar un defecto procesal se tardó prácticamente un año en corregir el defecto; posteriormente se produjeron dos nuevas suspensiones del señalamiento del juicio, siendo tan solo una de ellas la de junio de 2018 atribuible al citado acusado. De lo expuesto resulta obvio, como bien lo ha entendido el ministerio público, que ni el plazo de duración globalmente considerado para su

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

enjuiciamiento es razonable (casi cinco años desde la interposición de la querella), ni algunas de las paralizaciones como las ya reseñadas (la fase intermedia que se ha prolongado casi dos años) merecen tal adjetivación, por ello, no siendo achacable al acusado nada más que una de las referidas suspensiones es evidente que concurren los presupuestos que justifican su aplicación en el presente caso pese a que la acusación particular no la asuma, si bien con el carácter de atenuante simple que no cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso no ha llegado a cinco años, pero que no justifica su consideración como muy cualificada toda vez que para ello se suele exigir como nos recuerda la STS 360/2014, de 21 de abril, un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (10 años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años). En idénticos términos se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018.

SEXTO.- En cuanto a la individualización concreta de la pena a imponer a cada uno de los acusados hemos de partir necesariamente de la vinculación de esta Sala a las penas interesadas por las acusaciones, pues tal y como la señaló la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, "*el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*"; criterio que ha sido seguido por todas las sentencias posteriores a esa fecha. En consecuencia, los límites máximos de las penas a imponer son; por un lado, a DRG cuatro meses de prisión al solo acusarle el ministerio fiscal, y por otro, a HMRR cuatro años de prisión al solicitar la acusación particular dicha pena por el delito continuado de administración desleal mientras que el ministerio fiscal interesa imposición de un año y seis meses de prisión.

Partiendo de que ambos han de ser condenados, tal y como se ha expuesto anteriormente en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, como autores de un

delito continuado de administración desleal del artículo 295 del Código Penal previo a la Reforma operada por la LO 1/ 2.015, la pena a imponer ha de serlo, de conformidad con el artículo 74.1 del Código penal, en su mitad superior, esto es, en una horquilla que oscila entre dos años y tres meses de prisión y cuatro años o entre el duplo o el triplo del beneficio obtenido.

Al concurrir en el acusado DRG dos circunstancias atenuantes (art. 21.6 y 21.7), por aplicación del artículo 66.1.2° del Código Penal, se ha de imponer la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en la ley, atendiendo al número y entidad de dichas circunstancias atenuantes. Por consiguiente, el límite inferior de la pena, aún entendiendo que procede rebajarla en dos grados, sería de prisión de seis meses y siete días o una cuarta parte del beneficio obtenido. Eligiéndose, en atención a la gravedad del hecho, la pena de prisión y no la de multa proporcional y siendo la pena interesada por el ministerio fiscal inferior a dicho límite se ha de respetar, tal y como se ha razonado anteriormente, la pretensión punitiva interesada por el ministerio público e imponer la pena solicitada por el mismo.

En lo que respecta a HMRR , al merecer los hechos la misma calificación jurídica, delito continuado de administración desleal, y tan solo concurrir una circunstancia atenuante, la pena a imponer ha de serlo en la mitad inferior de la que fija la ley para el delito (art. 66.1.1° del Código Penal), esto es, entre unos márgenes que van de veintisiete meses (dos años y tres meses de prisión) a treinta y ocho meses y quince días de prisión (tres años, dos meses y quince días de prisión) o entre el duplo y el duplo y medio del perjuicio causado. Dentro de dichos topes, 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 aún teniendo en cuenta renuncia efectuada por la acusación a la parte correspondiente al otro 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 la justifica la aplicación de una pena próxima al máximo legal posible, en este caso tres años de prisión.

A dichas penas le corresponden como accesoria la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículos 109 del Código Penal "La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios causados", señalando el artículo 116.1 del citado texto punitivo que "Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito, los jueces o tribunales señalan la cuota de que deba responder cada uno".

Atendiendo a dichas bases legales no cabe duda que ambos acusados son responsables civiles directos de los daños y perjuicios causados por ellos mismos o a través de sociedades de su titularidad, pero en proporción a la participación que cada uno de ellos ostenta en las mismas, siendo su responsabilidad solidaria, y aquellas responsables civiles subsidiarias por aplicación del artículo 120.4 del Código Penal.

Por ello, como los daños y perjuicios ocasionados y sufridos por Andamarc S.L. han sido generados exclusivamente, tal y como se ha expuesto en el primer fundamento de derecho, por las entidades mercantiles Calidad y Gestión Mancha S.L. 2010 (1.593.277, 80 euros), Andanza Emplea S.L. (38.247, 00 euros) y Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L.(528.386, 16 euros), sociedades de la que ambos acusados son titulares al cincuenta por ciento, ambos acusados eran responsables civiles solidarios de los daños causados por aquellas, siendo responsables civiles subsidiarias las referidas mercantiles por las cantidades referidas.

Ahora bien, como ha quedado acreditado en autos la acusación particular que representa a Grupo Andamarc S.L., única perjudicada por los daños y perjuicios, mediante escrito de 30 de mayo de 2.018, renunció al ejercicio de las acciones penales formuladas contra el acusado DRG , señalando igualmente que se daban por satisfechos en su integridad de la cuota de responsabilidad civil concerniente exclusivamente al Sr. Ribas y objeto del presente procedimiento, renunciando a reclamar contra éste cualquier cantidad por cualquier concepto y naturaleza derivados de las relaciones personales o societarias habidas, manteniendo las acciones penales y civiles contra el otro acusado HMRR

Dada la incuestionable naturaleza civil de los preceptos que regulan la responsabilidad civil derivada del delito, su sometimiento a los principios procesales propios de toda acción civil (oportunidad, dispositivo y aportación de parte), y el carácter renunciable de la misma,

no cabe duda que cabía dicha posibilidad legal (en igual sentido STS, Sala 2ª de 14-2-2013). Ahora bien, tal renuncia debe extenderse y se proyecta respecto al otro acusado, unido al anterior en relación de solidaridad, en aplicación del artículo 1.143, en relación con el artículo 1156 párrafo 3º del Código Civil (STS 9 de octubre de 2.010).

En consecuencia, el importe de la responsabilidad civil del Sr. HMRR : ha quedado reducido, al ser la proporción en que ambos participaban paritaria, a la mitad de las cantidades en las que se cifran los daños y perjuicios ocasionados por los hechos por los que han sido condenados ambos. Esto es, 796.638, 90 euros (Calidad y Gestión Mancha 2010 SL), 19.123, 50 (Andanza Emplea S.L.) y 264.193, 08 euros (Mantergo Mantenimiento e Instalaciones S.L.), respectivamente; si bien se debe matizar la referencia que al respecto contiene el escrito de acusación del ministerio fiscal, en base a lo dispuesto en el artículo 1146 del Código Civil que señala que "la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido pagada por cualquiera de ellos", precepto del que se deriva un supuesto excepcional, como consecuencia de la responsabilidad supletoria de los deudores por insolvencia de uno de ellos, en cuyo caso el deudor condonado deberá también suplir esa insolvencia en la parte que le corresponda (STS, Sala 1ª de 10 de julio de 1990), aunque, en el presente caso no tiene virtualidad efectiva ni trascendencia práctica al contener el escrito una renuncia en los términos antes expuestos, o sea tan amplia, que de facto le imposibilita, incluso en ese extremo inusual, el ejercicio de dicha facultad.

OCTAVO.- Conforme el artículo 123 del Código Penal, las costas han de ser impuestas a los acusados condenados, declarándose de oficio en los supuestos de absolución como establece el art. 240 de la LECrim. Como son dos los acusados, por un único delito, a cada uno de los condenados se le impone el pago de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular, al haber sido expresamente interesadas en tiempo y forma, y no ser las pretensiones manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal o a las recogidas en sentencia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

IV.-F A L L A M O S

Que debemos condenar y condenamos a DRG 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 HMRR 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 HMRR deberá indemnizar a Grupo Andamarc 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 DRG y la responsabilidad civil subsidiaria de Calidad y Gestión Mancha 2010 SL por la cantidad de setecientos noventa y seis mil seiscientos treinta y ocho euros con noventa céntimos (796.638, 90 céntimos), de Andanza Emplea S.L. en la cantidad de diecinueve mil ciento veintitrés euros con cincuenta céntimos (19.123, 50) y de Mantergo Mantenimiento e Instalaciones 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

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de **cinco días**, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, definitivamente juzgando en la instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Magistrado Ponente Don Fulgencio V. Velázquez de Castro Puerta, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.