

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064143

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 297/2019, de 5 de junio de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 113/2018

SUMARIO:

Delito societario o de administración desleal. Lesión de derechos sociales de participación e información.

Criterio sobre aplicación del art. 293 CP en la no facilitación de información entre administradores solidarios o mancomunados. El art. 293, castiga a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes.

Es necesaria una interpretación restrictiva de dicho artículo reservando el derecho penal para las formas más graves de obstaculización del ejercicio de aquel derecho. Las conductas abarcadas por el tipo no pueden ser definidas a partir de un automatismo en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal. En definitiva, en la interpretación no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor.

Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con el derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General y el derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta. En consecuencia, cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil. No es exigible que el comportamiento sea reiterado, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico, pero sí una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades. Por lo que se refiere al elemento normativo «sin causa legal», tampoco es exigible un análisis riguroso de la cobertura mercantil de los supuestos en que los Administradores se amparen expresamente en una causa legal reconocida sino que basta para excluir la responsabilidad en el ámbito penal que dicha causa resulte razonablemente aplicable, y no manifiestamente abusiva. Y en cuanto a los derechos de participación en la gestión o control de la actividad social, bajo este enunciado deben englobarse sin duda los derechos de asistencia y voto en las juntas generales.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 293.

PONENTE:

Don Vicente Magro Servet.

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO



Don VICENTE MAGRO SERVET
Doña SUSANA POLO GARCIA
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

RECURSO CASACION núm.: 113/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 297/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo Garcia
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 5 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del recurrente D. Benjamín , contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, que revocó el auto de 28 de abril de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 5 de León, declarando el sobreseimiento libre de las Diligencias Previas nº 6133/2010, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Carretón Pérez, y los recurridos acusados Carmelo representado por la Procuradora Sra. Sánchez González y Damaso representado por la Procuradora Sra. Casqueiro Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, en el rollo de apelación nº 1462/2016 , procedente del Juzgado de Instrucción nº 5 de León, con fecha 8 de mayo de 2017 dictó Auto que contiene los siguientes Antecedentes de Hecho:

"PRIMERO. En el procedimiento citado con fecha 25 de abril de 2016 se dictó auto por el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de León, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: " CONTINUÉSE LA TRAMITACIÓN DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS PREVIAS por los trámites del PROCEDIMIENTO ABREVIADO, por si los hechos imputados a Damaso Y Carmelo , fueren constitutivos de presunto delito SOCIETARIO, a cuyo efecto procédase a dar el traslado previsto en el artículo 780.1 de la LECrim . al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones particulares personadas, para que en el plazo común de diez días, solicite/n la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias". SEGUNDO. Contra el anterior auto se formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación por la representación de don Damaso y de don Carmelo , que fue desestimado por auto de fecha 12 de



septiembre de 2016, y admitido el recurso de apelación fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de don Benjamín . Elevadas las diligencias a esta Sección de la Audiencia Provincial, se registraron, se turnaron y quedaron para deliberación y fallo".

Segundo.

El citado Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Damaso y de don Carmelo , contra el auto de fecha 28 de abril de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de León en las Diligencias previas nº 6133/2010, y por el que se consideraban los hechos denunciados como un presunto delito societario o de administración desleal del artículo 295 del código penal en su anterior redacción, y por lo tanto REVOCAMOS dicha resolución, que dejamos sin efecto, y declaramos el SOBRESEIMIENTO LIBRE de las citadas diligencias previas, con declaración de OFICIO de las costas procesales devengadas en esta alzada. Notifíquesele esta resolución a las partes e infórmeles que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, salvo los extraordinarios en los casos legalmente previstos, y devuélvase testimonio de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento".

Tercero.

Notificado el Auto a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del recurrente D. Benjamín , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Benjamín , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 384 y 637 de la L.E.Crm, e indebida aplicación del artículo 24.1º de la Constitución Española , y la Jurisprudencia que los desarrolla.

SEGUNDO. Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal , en relación con la indebida aplicación de los artículos 250.1.5 º y 6º, e indebida aplicación del artículo 74 de dicho Código Penal , e indebida aplicación del artículo 24 de la Constitución Española , y la Jurisprudencia que los desarrolla; siendo que esta irregularidad ya fue denunciada por esta parte por medio de la solicitud de aclaración no atendida, formulada contra el Auto de la Audiencia Provincial de León de sobreseimiento y archivo de actuaciones de 8 de mayo de 2017 (Doc. nº. 1), según consta unido a estas actuaciones.

TERCERO. Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entenderse infringido el artículo 293 del Código Penal , y el artículo 24 de la Constitución Española y la Jurisprudencia que los desarrolla; siendo que esta irregularidad ya fue denunciada por esta parte por medio de la solicitud de aclaración no atendida, formulada contra el Auto de sobreseimiento impugnado, según consta unido a estas actuaciones.

CUARTO. Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 292 y 295 del Código Penal , en relación con la indebida aplicación del artículo 24 de la Constitución Española , y la Jurisprudencia que los desarrolla; siendo que esta irregularidad ya fue denunciada por esta parte por medio de la solicitud de aclaración no atendida, formulada contra el Auto de sobreseimiento impugnado, según consta unido a estas actuaciones.

QUINTO. Por infracción del art. 24.1 C.E . Se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 24 de la Constitución Española , en correlación con la indebida aplicación del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y la Jurisprudencia que los desarrolla; siendo que esta irregularidad que ya fue denunciada por esta parte por medio

de la solicitud de aclaración no atendida, formulada contra el Auto de sobreseimiento impugnado, según consta unido a estas actuaciones.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, dándose igualmente por instruidas las representaciones de las partes recurridas, impugnando igualmente el recurso y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 29 de mayo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Benjamín , contra el Auto de fecha 8 de mayo de 2017, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León que acordó el sobreseimiento libre de la causa, al estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Damaso y de don Carmelo , contra el auto de fecha 28 de abril de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de León en las Diligencias previas nº 6133/2010, y por el que se consideraban los hechos denunciados como un presunto delito societario o de administración desleal del artículo 295 del código penal en su anterior redacción, y por lo tanto se revocó en este auto dicha resolución declarando el SOBRESEIMIENTO LIBRE de las citadas diligencias previas, que es lo que se recurre por el denunciante.

Segundo.

1. Al amparo del art. 849 nº 1 LECrim , por indebida aplicación de los arts. 384 y 637 LECrim . Y también por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE . Se entiende por el recurrente que hay indicios racionales de criminalidad contra los denunciados, Damaso y Carmelo , en su calidad de administradores de la Sociedad Fincas Rústicas de la Sobarriba, SL, por la comisión de un delito de administración desleal y de un delito societario por negación a un socio del derecho a la información. Atribuye a los denunciados los hechos siguientes:

1. Haber dispuesto fraudulentamente en perjuicio de la sociedad y del socio denunciante de la cantidad de 552.456,20 Euros.

2. Haber hipotecado, por escritura de fecha 17 de junio de 2008, fincas de Sociedad Fincas Rústicas de la Sobarriba, SL, en garantía de un préstamo concedido por el BBVA a otra sociedad, Inmobiliaria Espacios León SL, de las que son administradores los denunciados, por importe de 335.000 euros, que fue ampliado en 205.000 euros por escritura de 21 de septiembre de 2010.

3. Haber hecho uso temporal ilícito de 59.600 euros de la sociedad, según recoge la conclusión del informe pericial emitido por el perito judicial (folios 389 a 402, y 850 a 858).

4. Negarse, previo requerimiento por cauce notarial, a entregar al denunciante los libros de contabilidad para efectuar una auditoría y negativa de los denunciados a entregar los libros contables para emitir los informes correspondientes, tanto al perito judicial (Higinio) designado en este procedimiento, como al administrador en el procedimiento concursal del Juzgado de lo Mercantil, según hacen constar los peritos en los respectivos informes (folios 389 a 402 y 850 a 858, y 684 a 716).

5. Compraventa a Sagrario de una finca que, según contrato privado de 15 de mayo de 2006, ascendió a 140.984,60 €, y, sin embargo, en Escritura Pública de 23 de febrero de 2007, figura el precio de 182.573 €, resultando perjudicada la sociedad en 41.588,40 €.

6. Venta de la parcela 46 del polígono 105 de Villanueva del Carnero a Carmelo , abonada mediante cheque por 71.100 euros, que no figura en la masa activa del concurso de acreedores voluntario, procedimiento abreviado 167/2011 seguido en el Juzgado de lo Mercantil de León, resultando también perjudicada la sociedad.



Pues bien, con respecto a estos extremos debe entenderse que el Tribunal de apelación que estima el recurso de apelación y acuerda el sobreseimiento libre señala con respecto a cada uno de los extremos contenidos en la denuncia y ahora son objeto del recurso que:

1. Disposición de la cantidad de 552.456,20 Euros.

Con respecto al primer punto apunta el Tribunal que "no hay en los autos indicios de que los imputados don Carmelo y don Damaso al socaire de ser administradores y socios de las entidades expresadas, FINCAS RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA S.L, y de INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L, hayan desviados fondos o dinero de la primera a la segunda, o bien en beneficio propio. De los informes periciales emitidos, tanto el llevado a cabo por el perito judicial don Higinio , como de la declaración judicial prestada por el administrador concursal don Nemesio , no se deprenden indicios de fraude alguno por parte de los denunciados, no habiendo examinado don Higinio la contabilidad de INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L. En este sentido los 552.356, 1 euros que según el perito citado en sus conclusiones, salieron de Fincas de la Sobarriba SL y pudieron ser defraudados por los denunciados, estos en su escrito de fecha 17 de julio de 2.014 -folio 471 y siguientes del Tomo I de las diligencias- expone con claridad el destino del expresado dinero y lo justifica con documentos que también acompaña, de tal modo que las alegaciones y justificantes aportados en mencionado escrito, en modo alguno han quedado desvirtuados por la parte denunciante y presunto perjudicado, don Benjamín .

2. Constitución de hipoteca de bienes en perjuicio del denunciante.

Se recoge al respecto por el Tribunal que "en relación con la imputación que también se hace por el auto apelado, de que los apelantes se sirvieron de Rústicas de la Sobarriba SL para que les afianzara la cantidad de 335.000 euros con destino a la entidad de la que únicamente eran ellos los administradores, INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L. y que tuvo lugar mediante la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de junio junio de 2008, ello es cierto, sin embargo ocurre que las fincas que pone RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, a modo de afianzamiento, fueron adquiridas en su día con dinero procedente de INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L., lo que igualmente se acredita documentalmente por los imputados en su escrito de personación de fecha 12 de mayo de 2011. Resultando igualmente que ambas entidades de las que formaban parte como administradores los dos imputados, don Carmelo y don Damaso , se auxiliaban económicamente entre ellas de forma recíproca, y así sucede que en fecha 27 de junio de 2007, RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, obtuvo un préstamo de 670.000 euros del Banco Pastor, mediante escritura pública de tal fecha, y en cuya escritura de préstamo figuran como fiadores los propios imputados y sus esposas, así como también INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L. Era una operativa o modo de actuar entre ambas sociedades que igualmente pone de manifiesto el administrador concursal, don Nemesio , en su declaración ante el Juzgado de Instrucción. Al hilo de lo anterior el citado administrador que ha elaborado el informe del concurso de acreedores, declarado en favor de la entidad RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, afirma que de la contabilidad que examinó y tuvo a la vista de la referida sociedad, no resultaba en modo alguno acreedora de INMOBILIARIA ESPACIOS LEÓN, S.L, ni que por lo tanto, ésta última le debiera nada a aquella, resultando por el contrario del examen de la contabilidad que RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL era deudora de sus socios, entre los que figuran los dos imputados, don Damaso y don Carmelo .

Debe ponerse de manifiesto igualmente que el denunciante don Benjamín fue administrador solidario de la entidad RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, junto a los otros dos socios, don Carmelo y don Damaso , hasta el día 29 de diciembre de 2008, y desde dicha fecha hasta el año 2010 fue administrador mancomunado, quiere decirse que ostentaba el cargo de administrador de la entidad mercantil RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, en las fechas en que se produjeron los presuntos desvíos de fondos, sin manifestar nada al respecto.

3. Requerimiento notarial.

Se recoge que "no consta que le fuese negado el acceso a la documentación necesaria de la sociedad por parte de los dos socios imputados, al denunciante, don Benjamín , también socio como ellos y con las mismas facultades". Pero en cualquier caso la entrega, o no, de contabilidad al perito judicial debe resolverse en el contexto y ámbito donde esa petición se produce.



4. Se hace un pronunciamiento general de la comisión de diversas irregularidades cometidas por los denunciados, pero sin concretar qué tipos de irregularidades, ya que las que se concretan han sido desestimadas por el Tribunal que dicta el auto de sobreseimiento, por lo que la ausencia de concreción e indicios respecto a qué irregularidades se dirige la imputación de la administración desleal hace inadmisibles la prosecución del proceso por ausencia de determinación de las irregularidades a que se refiere.

5. Con respecto a otros hechos contenidos en el recurso, como plantea la fiscalía, debe recogerse que se relatan otros hechos que no figuran en el Auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado con el que el recurrente se aquietó sin haber instado su inclusión, por lo que no han formado parte de los términos del debate, ni han sido objeto de la apelación.

En efecto, si se examina el auto de fecha 28 de Abril de 2016 de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado, y que es el que se recurre ante la Audiencia provincial, dictando ésta el sobreseimiento de la causa, se hacen constar los extremos relativos al requerimiento de información para practicar una auditoría, la disposición que se alega de 552.456,19 euros y la hipoteca de bienes de Fincas rústicas de la Sobarrriba SA, pero no se hacen constar el resto de extremos que se citan en el motivo y que ahora se tratan de extremos ex novo que no pueden traerse al debate casacional, por haberse consentido en cuanto a los extremos fijados en el auto de transformación en procedimiento abreviado, y no ampliando a otros que ahora se formulan.

Por ello, sujetándolo a estos extremos debe tenerse en cuenta que la motivación del Tribunal es suficiente en orden a entender que no concurren los indicios que se formulan, no siendo válidas las referencias generales a la "comisión de diversas irregularidades", cuando las que constan en el auto de fecha 28 de Abril de 2016 han sido explicados por el Tribunal al haber sido combatidos estos motivos en el recurso de apelación por los encausados y estimado por el Tribunal en tanto en cuanto:

1. De los informes periciales emitidos, tanto el llevado a cabo por el perito judicial don Higinio , como de la declaración judicial prestada por el administrador concursal don Nemesio , no se dependen indicios de fraude alguno por parte de los denunciados. De suyo, al folio 393 consta en el informe pericial del perito judicial que "no se ha podido comprobar la detracción de cantidad alguna a favor de ellos mismos". Y de las relaciones entre Fincas rusticas de la Sobarrriba Inmobiliaria Espacios León consta ya expuesto por el Tribunal.

2. Consta en el informe de la administración concursal al folio 694 y ss de las actuaciones que se citan las causas de la derivación al concurso de acreedores centrado en el altísimo nivel de endeudamiento provocado por la grave crisis del sector inmobiliario, pero en modo alguno se detecta en el informe cuestión alguna a la intervención de los en su momento encausados.

Debe tenerse en cuenta que los preceptos que se consideran infringidos por la vía del art. 849.1 LECRIM son el art. 384 y 637 LECRIM , pero en esencia se trata de alegaciones referidas a un delito societario, que el Tribunal de apelación no entiende que existan indicios de que tal delito se haya cometido, sin perjuicio de las acciones civiles que entre las partes puedan ejercitarse, pero que no tiene cabida en la vía penal. Además, el Tribunal entiende que un saldo contable negativo como el de la entidad RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, declarada en concurso voluntario de acreedores, no se identifica con la concurrencia de un perjuicio a efectos de lo previsto en el artículo 295 del CP , que pueda originar una responsabilidad penal del administrador, ya que en ese caso cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y eso no es posible.

El motivo se desestima.

Tercero.

2. Al amparo del art. 849 nº 1 LECrim , por indebida inaplicación del art. 252, en relación con los arts. 250.1.5ª y 6ª y 74 CP . Y también por infracción de los arts. 293 y 295 CP .

Se denuncia indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal , en relación con la indebida aplicación de los artículos 250.1.5º y 6º, e indebida aplicación del artículo 74 de dicho Código Penal , además de delitos societarios de los artículos 293 y 295 del C.P .

Se incide de nuevo en los mismos hechos que antes se han expuesto, planteando que los mismos constituyen delitos de apropiación indebida y administración desleal, y las penas que deben corresponder, así como la indemnización, apelando que se infringe el Acuerdo de esta Sala de 9 de Febrero de 2005.



Sin embargo, debemos remitirnos a lo antes expuesto en orden a entender que los indicios que la parte sostiene no son tales, y que la genérica remisión a irregularidades o la cuestión atinente al perjuicio en general no pueden dar lugar a la continuación de las diligencias. Nótese que el perjuicio conectado con el concurso de acreedores no puede derivarse a los encausados cuando en el informe de la administración concursal a los folios 694 y ss no se explica relación o vínculo de causalidad en el resultado final y la actuación de los encausados, circunscribiendo el "perjuicio" de la situación concursal a la crisis del sector.

Por ello, ante los extremos por los que se incoa el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no existen razones para su mantenimiento, ya que los extremos referidos en el auto citado han sido justificados por el Tribunal que acuerda el sobreseimiento en los tres aspectos ya citados.

Resulta, también, importante, a los efectos del art. 293 CP invocado por el recurrente que señala el Tribunal que "Debe ponerse de manifiesto igualmente que el denunciante don Benjamín fue administrador solidario de la entidad RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, junto a los otros dos socios, don Carmelo y don Damaso , hasta el día 29 de diciembre de 2008, y desde dicha fecha hasta el año 2010 fue administrador mancomunado, quiere decirse que ostentaba el cargo de administrador de la entidad mercantil RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, en las fechas en que se produjeron los presuntos desvíos de fondos, sin manifestar nada al respecto".

Por ello, no puede tener cabida el art. 293 CP ante esta circunstancia, ya que el artículo 293 citado sanciona a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, con la pena de multa de seis a doce meses.

Dicho tipo aparece analizado en la STS Sala 2ª, de 07-06-2017, nº 413/2017, rec. 2015/2016 , que indica:

" Esta Sala en su sentencia nº 1953/2002, de 26 de noviembre , reiterada en la 284/2015, de 12 de mayo , delimita el alcance de esta figura criminal muy cuestionada doctrinalmente: El tipo aplicado introducido en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la legislación mercantil, además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante. Se ha afirmado que falta un plus de antijuridicidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento de obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro. Precisamente por ello, decíamos en la STS. núm. 654/02, de 17 de abril , a propósito del artículo 291 C.P , que también constituye una criminalización de determinadas conductas societarias, y que ello equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 CC).

Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal.

Igualmente, en consonancia con la doctrina mayoritaria, hemos afirmado el derecho de información del socio, en obvia remisión a los arts. 112 y 212 LSA vigentes en el momento de autos, que es evidente su naturaleza de derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Ello supone que los accionistas pueden solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que, correlativamente los administradores están obligados a proporcionárselo (STS 330/2013, de 26 de marzo).

Se parte en la misma de una interpretación restrictiva del art. 293 CP , reiterada por nuestra jurisprudencia, como la sentencia 91/2013, de 1 de febrero : (...) está fuera de dudas que la amenaza de una pena, asociada al incumplimiento de ese deber definido por la legislación mercantil, sólo adquiere sentido cuando se reserva el derecho penal para las formas más graves de obstaculización del ejercicio de aquel derecho. Las conductas abarcadas por el tipo previsto en el art. 293 del CP no pueden ser definidas a partir de un automatismo



en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal. En definitiva, en la interpretación del tipo penal que sanciona el menoscabo del derecho de información que asiste a todo socio, no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor.

Esta necesidad de una interpretación restrictiva, ajustada a los principios que informan el derecho penal, ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Sala. Así nos hemos referido a la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal. Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impositivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo, en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil. La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo ("sin causa legal").

"En idéntico sentido la STS 650/2003, de 9 mayo indica que la restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo ("sin causa legal"). En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados.

Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta) (...).

En el ámbito de la conducta típica ha de considerarse que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilícito mercantil. Se requiere expresamente "negar", que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia, cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil.

No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones maliciosa y reiteradamente que figuraban en el proyecto), pero sí una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información.

(...) Por lo que se refiere al elemento normativo "sin causa legal", tampoco es exigible un análisis riguroso de la cobertura mercantil de los supuestos en que los Administradores se amparen expresamente en una causa legal reconocida sino que basta para excluir la responsabilidad en el ámbito penal que dicha causa resulte razonablemente aplicable, y no manifiestamente abusiva. Cuando los Administradores no desconocen el derecho ni impiden su ejercicio, y únicamente lo limitan amparándose en una causa expresamente reconocida en la ley, los supuestos en los que resulta jurídicamente dudoso el ámbito de concurrencia de la causa legal deben quedar al margen del ámbito penal. Y ello es así porque el comportamiento típico exige que se actúe sin causa legal, por lo que el tipo se limita a supuestos en los que los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, a aquellos en que alegan una causa legalmente inexistente o a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva (...).

Igualmente, la concreción de esa fundamentación material, ámbito del objeto, conducta típica y elemento normativo ("sin causa legal"), son descritas en la STS 1351/2009, de 22 de diciembre (FJ 3º), con referencia a la redacción mercantil de la época, coincidente con la de autos:



Conforme a la Doctrina más caracterizada, el tipo penal objeto de estudio tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición. Es cierto que no se refiere a todos, pero sí a los derechos mínimos del accionista, de acuerdo con el art. 48 de la LSA . Así, son derechos tutelados de naturaleza económico patrimonial el derecho a participar en los beneficios, a participar en la cuota de liquidación y de suscripción preferente; y son derechos políticos los de información y asistencia y voto en la juntas generales. Trata el legislador de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios. Ello se enmarca en el contenido de las Directivas comunitarias correspondientes (especialmente la Cuarta Directiva). La esencialidad del derecho de información queda fuera de toda duda, no sólo por su reconocimiento expreso en el art. 48.2.d) LSA , sino porque se erige en presupuesto ineludible, a través del ejercicio del voto en las juntas generales, del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad.....

Y en cuanto a los derechos de participación en la gestión o control de la actividad social, bajo este enunciado deben englobarse sin duda los derechos de asistencia y voto en las juntas generales, que en la doctrina han sido conceptuados como los fundamentales del accionista, ya que mediante ellos se interviene e influye en la adopción de los acuerdos sociales, se elige quienes dirigen y representan a la sociedad y, finalmente, se controla o puede controlar la situación de la explotación de la empresa de la que es titular la sociedad anónima.

El comportamiento típico consiste en negar o impedir a un socio, sin causa legal, el derecho de los ejercicios arriba mencionados. Con ello la superposición de acciones civiles y penales resulta inevitable. La obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios legitima la impugnación del acuerdo así viciado y, a la vez, formalmente cumple los requisitos típicos de la figura que nos ocupa. El legislador ha optado por suprimir la exigencia de un comportamiento "malicioso y reiterado", tal como hacían sus antecedentes inmediatos, sin añadir, no obstante, ningún otro atributo que permita diferenciar ambas actitudes.

La negativa o el impedimento, la actividad típica, tiene que ser dolosa. La exigencia típica de que no exista causa legal que justifique la negación o impedimento de los derechos, se alza como única barrera a la intervención penal".

No puede, pues, cometerse el delito del art. 293 CP cuando consta en el folio 690 y 91 de las actuaciones en el informe de la administración concursal la intervención de los encausados y el propio denunciante como administradores solidarios y/o mancomunados con diversos periodos de cambios.

Por otro lado, tampoco se infringe el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2005, ya que lo que remite este Acuerdo es que, como decimos en el auto de este Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 394/2018 de 15 Feb. 2018, Rec. 1891/2017 el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala celebrado el 9 de febrero de 2005 estableció la siguiente doctrina en orden a la recurribilidad en casación de los autos dictados por las Audiencias: "Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: 1ª. Se trate de un auto de sobreseimiento libre. 2ª. Haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables. 3ª. Se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación".

Como señala la sentencia de esta Sala 964/2016, de 20 de diciembre , "tras la modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, con entrada en vigor a partir del día 6 de diciembre de 2015, en el art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tal requisito (se refiere a que el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación) desaparece. Es decir, actualmente los requisitos del sobreseimiento libre recurrible en casación por infracción de ley, son los siguientes: haberse dictado un auto definitivo (es decir, no impugnado mediante recurso ordinario), dictado por una Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que suponga la finalización del proceso por falta de jurisdicción o por sobreseimiento libre (con análogos efectos a los de una sentencia absolutoria), y contra una persona encausada mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada".

A este respecto, es decir, sobre la recurribilidad en casación del auto que acuerda el sobreseimiento libre en el marco de un procedimiento abreviado, de manera reiterada se dijo por esta Sala (SSTS 473/2006 de 17 de abril ; 608/2006 de 11 de mayo ; 977/2007 de 22 de noviembre ; 129/2010 de 19 de febrero ó 63/2011 de 4 de febrero de 2011 , entre otras) que no basta con que se haya acometido una investigación judicial y tras ella acordado el sobreseimiento, sino que es imprescindible para que la resolución que acuerda éste pueda ser fiscalizada a través del recurso de casación, que haya existido una resolución previa equivalente a un



procesamiento o acto de inculpación, con la plasmación de los hechos indiciariamente delictivos, las normas en que se subsumirían esos hechos y los sujetos presuntos autores de los mismos. Y como tal se ha considerado el auto que se dicta al amparo del artículo 779.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordando seguir los trámites con arreglo al procedimiento abreviado, o como mucho el auto que acuerda determinadas medidas cautelares que contaron con una descripción de indicios contra personas determinadas, acompañada de una subsunción de la conducta en una norma penal y la intervención de un posible autor (las SSTS 1153/2005 de 5 de octubre, 608/2006 de 11 de abril y 872/2015, de 5 de febrero). En resumen, en el ámbito del procedimiento abreviado, esta Sala estimaba que esa resolución de imputación formal se llevaba a cabo en el auto de transformación.

Pero no puede admitirse que, como se alega por el recurrente "al acordar el sobreseimiento libre y archivo de actuaciones, a pesar de los racionales indicios de criminalidad existentes en actuaciones, se veda la posibilidad de que se puedan depurar las responsabilidades de todo tipo en que se ha incurrido por los denunciados", ya que tampoco pueden seguirse las actuaciones penales si se evidencia que no constituyen delito, como aquí se motiva en este caso por el Tribunal. No existe un derecho a la apertura de juicio oral permanente. Lo que el Acuerdo de 9 de Febrero de 2005 permite es el acceso a la casación, pero no un derecho a la apertura de juicio oral con el recurso interpuesto frente a un auto de sobreseimiento libre. No puede, por ello, plantearse el Acuerdo antes citado como un derecho al juicio oral para que se dilucide en este sobre la culpabilidad o la inocencia, porque el derecho al sobreseimiento del proceso también es un derecho del encausado cuando los indicios no son concluyentes y no hay evidencias de la comisión de un hecho delictivo, o lo actuado tiene otro orden jurisdiccional como campo de resolución del conflicto entre partes.

En este caso, la mención a extremos no contenidos en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no pueden traerse a la sede casacional por encima de lo practicado en fase de instrucción y respecto a hechos o elementos no tenidos en cuenta por el juez de instrucción para dictar el auto de transformación. Por otro lado, debe insistirse en que no cabe apelar a que se cometieron graves irregularidades por los encausados sin especificar cuáles fueron además de las que constan en el auto y que el Tribunal de apelación ha desestimado como indicios determinantes de la comisión de los delitos citados por el recurrente.

El motivo se desestima.

Cuarto.

3. Motivos 3º y 5º. Al amparo del art. 849 nº 1 LECrim, por infracción del art. 293 CP y el art. 24 CE. Y al amparo del art. 852 LECrim, por indebida aplicación del art. 24CE. En correlación con la indebida aplicación del art. 161 LECrim.

Con respecto a la alegación respecto al tipo penal del art. 293 CP en relación a no atender el requerimiento notarial para la entrega de la documentación contable, a fin de practicar una auditoría externa, nos remitimos a lo ya expuesto con detalle en el motivo nº 1 y doctrina jurisprudencial aplicable, sobre todo cuando consta la relación existente entre encausados y denunciante. Y así señala el Tribunal en su auto que el denunciante don Benjamín fue administrador solidario de la entidad RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, junto a los otros dos socios, don Carmelo y don Damaso, hasta el día 29 de diciembre de 2008, y desde dicha fecha hasta el año 2010 fue administrador mancomunado, quiere decirse que ostentaba el cargo de administrador de la entidad mercantil RÚSTICAS DE LA SOBARRIBA SL, en las fechas en que se produjeron los presuntos desvíos de fondos, sin manifestar nada al respecto.

Y así, el tipo penal castiga a los administradores que se negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social. Con ello, dadas las condiciones entre las partes, y el carácter restrictivo de este precepto que tiene su repercusión mercantil conlleva a la desestimación del motivo nº 3.

Con respecto al alegato de que se dictó Auto el 26 de mayo de 2017 por el que se declara no haber lugar a aclaración del auto de 7 de mayo de 2017 que nos ocupa, formulada por nuestro representado, todo ello sin haber emplazado esta Sala al Ministerio Fiscal a los efectos del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal decir que no supone vulneración alguna no acceder a una pretensión de aclaración de una resolución judicial cuando lo que se pretende es modificar el sentido del Auto reproduciendo las cuestiones y alegaciones realizadas al oponerse al recurso. Además, no existe indefensión alguna por la falta de traslado al Fiscal de esta petición, como confirma la propia fiscalía en su impugnación al recurso al señalar que la petición que no exige traslado al

Ministerio Fiscal, según el art. 161 LECrim . Tampoco se trataba del expediente de complementación de sentencia por omisión de alguna pretensión regulado en el párrafo quinto de dicho precepto.

No existe indefensión alguna cuando se trata de desestimar una petición de aclaración que lo que conllevaba era una rectificación de lo ya resuelto, porque no es ese el fin del auto de aclaración, y porque no existe un derecho a la apertura del juicio oral como insistía la parte recurrente, ya que si no existen los indicios suficientes para ello, es procedente el auto que se dictó.

Se desestiman los dos motivos.

Quinto.

4. Motivo 4º. Al amparo del art. 849 nº 1 LECrim , por infracción de los arts. 292 y 295 CP y el art. 24 CE .

Se insiste de nuevo en la comisión de delitos tipificados en los arts. 292 y 295 CP , pero sobre ello ya se ha tratado en el motivo nº 1 y explicitado las razones por las que no se entiende que concurren los indicios suficientes, no siendo bastante el alegato expuesto al no haberse considerado por el Tribunal los indicios como suficientes y no constar elementos que con el grado de "suficiencia" avalen el mantenimiento del auto de transformación que fue revocado.

El motivo se desestima.

Sexto.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN , interpuesto por la representación del recurrente Benjamín , contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, de fecha 8 de mayo de 2017 , que revocó el auto de 28 de abril de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 5 de León , que declaró el sobreseimiento libre de las Diligencias Previas nº 6133/2010. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso, con pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro
Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia
Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.