

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064478

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 606/2019, de 10 de diciembre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1816/2018

SUMARIO:

Insolvencias punibles. Alzamiento de bienes. Datos falsos relativos al estado contable. El delito de alzamiento de bienes se configura como un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1.911 del CC y, de otro, el interés colectivo por el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Es un delito de mera actividad, que consiste en la actuación del deudor sobre sus propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente frente a todos o frente a parte de los acreedores

El delito exige de intención general de desatención de los créditos y la conducta de atender con determinados activos a deudas reales, favoreciendo así a unos acreedores frente a otros, queda fuera del ámbito de punición del alzamiento de bienes del artículo 257.1.1 del Código Penal, sin perjuicio de que pueda integrar el delito 260 del Código Penal. Por ello no hay alzamiento de bienes cuando los bienes que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado [fueron empleados] en el pago de otras deudas realmente existentes ya que esa figura delictiva no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado.

La aportación de datos falsos relativos al estado contable, para lograr indebidamente la declaración del concurso conforma el delito descrito en el artículo. 261 del Código Penal; cuya acción típica exige que los datos aportados comporten una manifestación desviada sobre la verdadera base fáctica que se describe, resultando así diferente de aquellos supuestos en los que la distorsión recae sobre un juicio normativo o de valor, en los que se constata una mera incorrección (no necesariamente errónea, sino también intencional), de conclusiones parciales o finales.

El delito del art. 261 exige de la concurrencia de cuatro requisitos: a) La existencia de un procedimiento de concurso; b) la presentación de datos falsos relativos al estado contable, siempre que estos cuenten con la aptitud objetiva de condicionar la declaración del concurso y lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido(es necesario que el imperfecto estado contable dimane de datos de actividad económica que resulten irreales y no de una técnica contable imperfecta) ; c) la existencia de un dolo directo o eventual que abarque el conocimiento de la falsedad (" a sabiendas", dice el Código) y d) el elemento subjetivo y tendencial de lograr indebidamente con ello la declaración de concurso y el perjuicio de la atención íntegra o puntual de los créditos

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 257.1, 260 y 261.

Código de Comercio, art. 878.

PONENTE:*Don Pablo Llarena Conde.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don PABLO LLARENA CONDE

Don SUSANA POLO GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 606/2019

Fecha de sentencia: 10/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1816/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1816/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 606/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 10 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1816/2018 interpuesto por 1) Candido y Ángel , representados por el procurador D. Fernando Díaz-Zorita Cantó bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Rodríguez-Mourullo Otero y D. Alberto Rodríguez-Mourullo Otero, 2) Dimas, representado por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez bajo la dirección letrada de D. Juan Fernández Garde, y 3) Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.



(TRANSFESA), representada por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de D.^a Adriana de Buerba Pando, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, en el Procedimiento Abreviado n.º 114/2014, en el que se condenó a Candido y Ángel como coautores, y a Dimas como cooperador necesario, de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 del Código Penal, y declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil Transportes Ferroviarios Especiales S.A. (TRANSFESA), conjunta y solidariamente con otras tres mercantiles no recurrentes. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 3 de los de Madrid incoó Procedimiento Abreviado 7313/2002 por presuntos delitos de alzamiento de bienes, falseamiento contable en procedimiento concursal y estafa contra, entre otros, los recurrentes Candido, Ángel y Dimas, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta. Incoado el Procedimiento Abreviado 114/2014, con fecha 20 de marzo de 2018 dictó sentencia n.º 167/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Distinguiremos aquí entre el relato de hechos probados propiamente dicho, al que denominaremos "relato fáctico", y la valoración de las pruebas que sustentan ese "relato fáctico", a la que denominaremos "motivación del relato fáctico".

I. RELATO FÁCTICO

Se declaran expresamente probados los hechos que se recogen en los apartados que se indican a continuación.

APARTADO A

CONTEXTO GENERAL DEL CASO

A.1. Accionariado de NAVICÓN, S.A. desde principios de los años 90

La mercantil "NAVICÓN, S.A." (en adelante, NAVICÓN), empresa naviera cuyo objeto social principal era el transporte marítimo de mercancías, tenía como principales accionistas, desde principios de los años 90, a las mercantiles "TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A." (en adelante, TRANSFESA) y "TRASMEDITERRÁNEA, S.A." (en adelante, TRASMEDITERRÁNEA), siendo titulares, respectivamente, de un 45% y de un 50% del capital social de NAVICÓN.

El 5% restante del capital social de NAVICÓN era de la titularidad de una mercantil denominada "ALFA OMEGA, S.A." (en adelante, ALFA OMEGA), que tenía sindicadas las acciones representativas de ese capital con la mercantil TRANSFESA, de tal manera que las acciones de ambas sociedades se agrupaban para votar conjuntamente y en el mismo sentido en las correspondientes Juntas de accionistas de NAVICÓN.

ALFA OMEGA era una mercantil cuyo único socio era D. Hugo, a la sazón director general de NAVICÓN.

Tal composición del accionariado daba lugar a que, en virtud de acuerdo entre las dos accionistas principales, durante la década de los 90 el consejo de administración de NAVICÓN estuviese formado por seis miembros, designando cada una de ellas a tres consejeros y acordándose que existiese alternancia en la presidencia, aunque esta última vino siendo ostentada durante todos esos años, con la aquiescencia de TRASMEDITERRÁNEA, por el acusado D. Candido (en adelante, D. Candido o, simplemente, D. Candido), que era también presidente del consejo de administración de TRANSFESA y consejero-delegado de esta última.

A.2. Fundación de TRANSFESA y evolución de su accionariado

La mercantil TRANSFESA se fundó en el año 1.943 por el padre y por los tíos de los hoy acusados D. Candido y D. Ángel, teniendo estos últimos ocho hermanos más, de los que actualmente viven siete, así como varios primos.

TRANSFESA ha venido desarrollando su actividad mercantil, de forma ininterrumpida, desde que fue creada y hasta la actualidad, siendo la principal actividad de su objeto social el transporte por carretera y por ferrocarril.

Desde que TRANSFESA inició su actividad, D. Candido y D. Ángel y sus otros ocho -luego siete- hermanos (nos referiremos a todos ellos, exclusivamente en el presente apartado A.2., como "los hermanos Candido Ángel") y sus primos, en su conjunto, vinieron manteniendo una relevante y estable participación en el



accionariado de la compañía, que sólo se vio alterada con la entrada, entre los años 70 y 80, del Banco Exterior en dicho accionariado, con una participación del 10% del capital social, y con la entrada también en dicho accionariado, a partir de inicios de los años 90, de RENFE y de SNCF (FERROCARRILES FRANCESES), con un 20% aproximado del capital social cada una de ellas, saliendo en ese momento del accionariado el Banco Exterior.

Tras la entrada de estas dos nuevas accionistas (RENFE y SNCF), el porcentaje aproximado del capital social de TRANSFESA que inicialmente continuaron manteniendo "los hermanos Candido Ángel", de forma directa o indirecta a través de otras sociedades, era de aproximadamente el 30% o algo más, manteniendo sus primos otro porcentaje aproximado del 30%.

En los años siguientes, "los hermanos Candido Ángel" fueron adquiriendo, directamente o indirectamente a través de otras sociedades, parte del porcentaje del capital social del que sus primos eran titulares, hasta conseguir hacerse con el 51% o el 52% del capital social de TRANSFESA, que procedieron a vender en el año 2.009 a los FERROCARRILES ALEMANES, quedándose "los hermanos Candido Ángel", a partir de ese momento, con una pequeña e irrelevante participación en el capital social de TRANSFESA.

Ese periodo de tiempo durante el que "los hermanos Candido Ángel" estuvieron realizando operaciones de adquisición de acciones de las que sus primos eran titulares se extendió, por tanto, desde principios de la década de los 90 hasta el año 2.009, llegando a acuerdos con sus primos a tales efectos, de tal manera que estos últimos derivaron su actividad a otros sectores empresariales y "los hermanos Candido Ángel" fueron dejando tales sectores y centralizándose en el sector de actividad que era propio de TRANSFESA.

"Los hermanos Candido Ángel", entre los años 1.999 y 2.002, eran titulares de un porcentaje del capital social de TRANSFESA de entre un 30% y 40%.

A.3. Accionariado de TRASMEDITERRÁNEA desde principios de los años 90

La mercantil TRASMEDITERRÁNEA era, durante el periodo de tiempo que va desde el inicio de la década de los 90 hasta el año 2.003, una empresa pública, siendo la Dirección General de Patrimonio titular del 95% de su capital social.

A.4. Entrada de TRASMEDITARRÁNEA en el accionariado de NAVICÓN, relaciones comerciales entre ellas y deuda generada en favor de TRASMEDITERRÁNEA como consecuencia de esas relaciones

La entrada de TRASMEDITERRÁNEA en el accionariado de NAVICÓN se produjo en el año 1.993 con la finalidad de fomentar el mercado del transporte marítimo de contenedores entre la Península y las Islas Canarias, que era un mercado en el que TRASMEDITERRÁNEA contaba con experiencia y poseía una red comercial que podía ser aprovechada por NAVICÓN. Y, de conformidad con ello, además de su relación como socia, TRASMEDITERRÁNEA entabló una relación comercial con NAVICÓN, prestando a esta última servicios retribuidos como agente y consignataria en los puertos de Valencia y Santa Cruz de Tenerife durante un periodo de tiempo de aproximadamente seis años, comprendidos entre los años 1.993 y 1.999.

Tales relaciones comerciales acabaron generando una deuda de NAVICÓN hacia TRASMEDITERRÁNEA que, a fecha 31 de diciembre de 1.998, alcanzaba la cantidad total de 329.005.387 pesetas, siendo reconocida esa deuda en laudo arbitral de fecha 19 de noviembre de 1.999. Tal deuda siguió incrementándose a partir del 1 de enero de 1.999, dando lugar a la iniciación de un segundo procedimiento arbitral para su reclamación, ascendiendo el total de lo adeudado por NAVICÓN a TRASMEDITERRÁNEA, a finales del año 1.999, a la cantidad de 441.924.408 pesetas.

A.5. Situación de conflicto entre las principales accionistas de NAVICÓN

A partir del año 1.997 la relación entre TRASMEDITERRÁNEA y TRANSFESA comenzó a ser conflictiva, dando lugar a la existencia de frecuentes desencuentros en el seno de NAVICÓN, tanto en las Juntas de accionistas como en las reuniones del consejo de administración, lo que tuvo su efecto también en la relación comercial que venían manteniendo TRASMEDITERRÁNEA y NAVICÓN, materializándose tales conflictos en una serie de procedimientos judiciales entre las partes enfrentadas, entre ellos varios procedimientos iniciados por TRASMEDITERRÁNEA en impugnación de acuerdos adoptados en Juntas Generales y en consejos de administración de NAVICÓN y una querrela interpuesta por TRASMEDITERRÁNEA contra el presidente, el secretario y el director general de NAVICÓN, así como los dos procedimientos arbitrales referidos en el precedente apartado A.4., en los que se discutía la deuda mantenida por esta última mercantil con aquélla.

Tal conflicto acabó dando lugar a que llegase a plantearse que alguna de las dos accionistas principales adquiriese las acciones de NAVICÓN de las que era titular la contraria, a fin de que una de ellas abandonase la sociedad y cesase así la situación de conflicto en el seno de la citada mercantil.

A.6. Otras vinculaciones societarias del acusado D. Ángel

El acusado D. Ángel, con la titulación universitaria de químico, era, al menos durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 1.999 y 2.004, ambos inclusive, consejero-delegado de una empresa denominada



"HIMAFEL, S.A." (en adelante, HIMAFEL), que era una sociedad familiar, al estar controlada por D. Ángel y algunos de sus hermanos (entre los que no se encontraba D. Candido), que ostentaban conjuntamente la titularidad de la mayoría de su capital social.

HIMAFEL era la sociedad matriz de un grupo de empresas, muchas de las cuales no tenían personal, y se dedicaba a la tenencia de acciones y a dar servicio contable, administrativo, fiscal y de gestión general a todas las sociedades que pertenecían a su grupo.

Durante el mismo periodo de tiempo antes referido, D. Ángel, en unión de algunos de sus hermanos, controlaba la mayoría del capital social de la mercantil "ADMÍN, S.A." (en adelante, ADMÍN), tratándose de otra sociedad fundamentalmente familiar, cuyo administrador único era D. Ángel y que formaba parte del grupo HIMAFEL.

Después del 28 de junio y antes del 22 de diciembre de 2.000, ADMÍN adquirió el 96% del capital social de una mercantil denominada "TAMPRE, S.A." (en adelante, TAMPRE), acudiendo D. Ángel, en representación de la accionista ADMÍN, a la junta general de TAMPRE del día 22 de diciembre de 2.000, en la que se designó administradora única de esta última sociedad a la acusada D.^a Purificación, que, en esas fechas, era empleada de la mercantil HIMAFEL, S.A., en la que prestaba servicios desde el año 1.992 con subordinación a las instrucciones de D. Ángel, siendo TAMPRE una sociedad que se dedicaba a la mera tenencia de acciones.

Posteriormente, después del 22 de diciembre de 2.000 y antes del 30 de marzo de 2.001, ADMÍN vendió a una mercantil denominada "INDASA DE INVERSIONES, S.L." (en adelante, INDASA) parte de las acciones de TAMPRE, de tal manera que a esta última fecha las titulares del capital social de TAMPRE eran ADMÍN con un 60,77% e INDASA con un 39,23%.

Los socios de INDASA eran cinco o seis, entre ellos HIMAFEL, que tenía un 20% del capital social, y una empresa denominada "WW. MARPETROL, S.A." (en adelante, MARPETROL), que tenía un 15% o un 20% del capital social, siendo los socios de INDASA, en general, personas con las que los socios de ADMÍN mantenían relaciones de negocio.

A.7. Circunstancias de la mercantil HARBOUR, S.A. durante el periodo de tiempo comprendido entre el mes de mayo del año 1.999 y el mes de mayo de 2.002

La mercantil "HARBOUR, S.A." (en adelante, HARBOUR) se constituyó en el año 1.979, consistiendo su objeto social, fundamentalmente, en el tráfico marítimo, en general, mediante gabarras y remolcadores, así como el transporte portuario de mercancías y personas.

A fecha 30 de mayo de 1.999, el capital social de la mercantil HARBOUR era de 70.000.000 de pesetas y la composición de su accionariado era la siguiente: MARPETROL con el 95% del capital social; y "NAVIERA MAROT, S.A." (en adelante, NAVIERA MAROT) con el 5% del capital social.

También a fecha de 30 de mayo de 1.999, el acusado D. Dimas era el presidente del consejo de administración de MARPETROL y su consejero- delegado; y el acusado D. David era consejero y apoderado de NAVIERA MAROT.

A esa misma fecha de 30 de mayo de 1.999, los acusados y hermanos D. Dimas y D. David eran miembros del consejo de administración de HARBOUR.

La situación que se acaba de describir como existente a fecha 30 de mayo de 1.999, se mantuvo sin variación alguna hasta el día 4 de octubre de 2.001, en el que la mercantil "MAR BUILDING, S.L." (en adelante, MAR BUILDING) compró a MARPETROL acciones de HARBOUR que representaban un 11% del capital social de esta última, manteniendo MARPETROL un 84% del referido capital social y NAVIERA MAROT el 5% restante. Esta composición del accionariado de HARBOUR se mantuvo hasta el día 14 de enero de 2.002.

En acta del consejo de administración de HARBOUR de fecha 16 de noviembre de 2.001 se hizo constar que se nombraba al acusado D. David presidente del consejo de administración de HARBOUR, por un periodo de cinco años, continuando como miembro del consejo su hermano, D. Dimas. Este último fue cesado como consejero en junta universal de accionistas de 6 de mayo de 2.002.

Al menos desde el 1 de enero de 2.000 y hasta el mes de mayo de 2.002 la mercantil HARBOUR no desarrollaba actividad económica de clase alguna.

APARTADO B

ACUERDOS Y DECISIONES DE 10 DE DICIEMBRE de 1.999

B.1. Compromisos simultáneos de compra y de venta de acciones de NAVICÓN suscritos entre TRANSFESA y TRASMEDITERRÁNEA el 10 de diciembre de 1.999

El día 10 de diciembre de 1.999 se suscribió un documento denominado "minuta de compromiso de venta de acciones", entre TRANSFESA, representada para ese acto por el acusado D. Candido, en su calidad de presidente del consejo de administración y consejero-delegado de dicha mercantil, y TRASMEDITERRÁNEA,



representada para ese acto por el acusado D. Gustavo y otro, ambos en calidad de apoderados en virtud de sendas escrituras públicas de 6 de junio de 1.999.

En ese documento TRASMEDITERRÁNEA realizaba una oferta de venta de las acciones de NAVICÓN de las que era titular y que representaban el 50% del capital social de NAVICÓN, concediendo así a TRANSFESA una opción de compra de esas acciones, que esta última podría ejercitar frente a TRASMEDITERRÁNEA entre los días 20 de noviembre de 2.000 y 20 de mayo de 2.001, comprometiéndose TRASMEDITERRÁNEA, en caso de que TRANSFESA ejercitase esa opción de compra, a transmitirle las referidas acciones a cambio de un precio mínimo de 400.000.000 de pesetas.

Con este documento TRANSFESA buscaba tener la posibilidad de privar a TRASMEDITERRÁNEA de su condición de titular del 50% del capital social de NAVICÓN, por medio del ejercicio, dentro del plazo pactado, de la opción de compra concedida, para el caso de que los conflictos o enfrentamientos entre ambas compañías que habían venido produciéndose, que dificultaban la gestión de NAVICÓN y a los que se pretendía poner fin a partir de ese día 10 de diciembre de 1.999, siguieran produciéndose en un futuro próximo.

Ese mismo día 10 de diciembre de 1.999 se suscribió entre las mismas partes un documento denominado "minuta de compromiso de compra de acciones", en cuya virtud TRANSFESA realizaba una oferta de compra de esas mismas acciones de NAVICÓN, concediendo así a TRASMEDITERRÁNEA una opción de venta de tales acciones, que esta última podría ejercitar frente a TRANSFESA entre los días 20 de noviembre de 2.000 y 20 de mayo de 2.001, comprometiéndose esta última, en caso de que TRASMEDITERRÁNEA ejercitase esa opción de venta, a abonar por tales acciones un precio mínimo de 400.000.000 de pesetas.

Con este segundo acuerdo se buscaba dar también a TRASMEDITERRÁNEA la posibilidad de decidir desvincularse de su condición de socia de NAVICÓN, por medio del ejercicio, dentro del plazo pactado, de esa opción de venta de las acciones de las que era titular, equilibrando así la situación derivada de la concesión a TRANSFESA de una opción de compra sobre esas mismas acciones.

B.2. Acuerdo transaccional de reconocimiento de deuda suscrito entre TRASMEDITERRÁNEA y NAVICÓN el 10 de diciembre de 1.999 y abono de dicha deuda por parte de esta última

El día 10 de diciembre de 1.999 se suscribió un acuerdo transaccional entre TRASMEDITERRÁNEA, representada para ese acto por el acusado D. Gustavo y otro, ambos en calidad de apoderados en virtud de sendas escrituras públicas de 6 de junio de 1.999, y NAVICÓN, representada para ese acto por D. Hugo, en su condición de director general de esta última mercantil, teniendo tal acuerdo transaccional la finalidad de saldar definitivamente todas las controversias existentes entre ambas sociedades.

En ese documento, NAVICÓN reconoció adeudar a TRASMEDITERRÁNEA la cantidad de 441.924.408 pesetas, que era la deuda que se había generado como consecuencia de las relaciones comerciales que ambas venían manteniendo desde el año 1.993 y a las que hemos hecho referencia en el precedente apartado A.4., procediendo a abonarle tal cantidad por medio de la entrega, en ese mismo acto, de un cheque bancario por el aludido importe, que se hizo efectivo ese mismo día 10 de diciembre de 1.999, y declarando expresamente TRASMEDITERRÁNEA hallarse saldada en su totalidad y finiquitada la citada deuda.

Por su parte, TRASMEDITERRÁNEA se comprometía en el referido documento a desistir de varios procedimientos judiciales y del segundo procedimiento arbitral que había iniciado contra NAVICÓN en reclamación de parte de esa deuda, al que hemos hecho referencia en el apartado A.4., así como de una querrela que había interpuesto contra el presidente, el secretario y el director general de esta última compañía.

B.3. Consejo de administración de NAVICÓN celebrado a las 12:00 del día 10 de diciembre de 1.999

Se celebró un consejo de administración de NAVICÓN a las 12:00 horas del día 10 de diciembre de 1.999, al que asistieron los acusados D. Candido y D. Romeo, en sus respectivas calidades de presidente y secretario del consejo, así como un tercero en su condición de miembro de dicho órgano, y, finalmente, D. Hugo, en su condición de director general de la sociedad.

En esa reunión del consejo, D. Candido, tras la presentación al resto de consejeros del balance, cuenta de resultados y cuadro de tesorería de la sociedad a fecha 30 de septiembre de 1.999, puso de manifiesto que en esos momentos la compañía atravesaba dificultades económicas que hacían peligrar de forma importante su estabilidad económica y financiera, aludiendo además a la guerra comercial que se había desatado en los últimos tiempos en el sector del transporte marítimo de mercancías a Canarias e indicando que el análisis de todas esas circunstancias ponía de manifiesto que la tesorería de la sociedad era claramente insuficiente para afrontar una necesaria recuperación económica y de negocio en NAVICÓN, considerando necesaria, por ello, la adopción de medidas al respecto.

De conformidad con ello, se acordó en ese consejo que se procediese a externalizar la flota por medio de una operación de "leaseback", es decir, a vender los barcos denominados "Navicón" y "Navipor", de los que



NAVICÓN era propietaria, a una entidad financiera, con simultáneo arrendamiento con opción de compra de los mismos en favor de NAVICÓN al final del referido arrendamiento, garantizando TRANSFESA dicha operación por medio de un aval, o, en el caso de que esa operación de "leaseback" no pudiera realizarse, que se procediese a solicitar un préstamo por el importe que permitiera resolver los problemas de tesorería de la compañía o, en su defecto, por la cantidad máxima que pudiera obtenerse, autorizándose, a tal efecto, que pudiera constituirse hipoteca sobre los buques denominados "Navicón" y "Navipor", facultando al director general para que pudiera suscribir los oportunos contratos de préstamo y escrituras de constitución de hipoteca.

Igualmente, se acordó en ese consejo que para el caso de que tales operaciones requiriesen algún otro tipo de garantía añadida o complementaria, debería ser prestada por TRANSFESA en los términos que resultasen necesarios para el buen fin de dichas operaciones, asumiendo D. Candido el afianzamiento de las mismas en representación de TRANSFESA, acordándose, igualmente, que esta última podría exigir de NAVICÓN las contragarantías que fuesen adecuadas a la responsabilidad de TRANSFESA en el cumplimiento de las obligaciones que asumiese NAVICÓN en base a las operaciones que en ese consejo se aprobaban.

B.4. Junta general extraordinaria y universal de accionistas de NAVICÓN celebrada a las 13:20 horas del día 10 de diciembre de 1.999

Se celebró una junta general extraordinaria y universal de accionistas de NAVICÓN a las 13:30 horas del día 10 de diciembre de 1.999, en la que se acordó el cese de los antiguos consejeros de la sociedad y que el consejo de administración estuviese formado, a partir de entonces, por sólo cuatro miembros.

De conformidad con ello, en esa misma junta, fueron designados consejeros de NAVICÓN, a propuesta de TRANSFESA, los acusados D. Candido y D. Romeo, que pasaron a ocupar, respectivamente, los cargos de presidente y secretario del consejo de administración, y, a propuesta de TRANSMEDITERRÁNEA, los acusados D. Gustavo, a la sazón vicepresidente de esta última compañía, y D. Victorino.

D. Candido ostenta la titulación universitaria de economista y, a la fecha de los hechos, tenía una larga trayectoria profesional en el mundo empresarial, en virtud de su condición de consejero y accionista de TRANSFESA, así como por su condición de presidente del consejo de administración de NAVICÓN.

D. Romeo es abogado de profesión y fue consejero de NAVICÓN desde el año 1.988 hasta el año 2.001, de forma ininterrumpida, habiendo sido contratado en su día por NAVICÓN por ser experto en derecho marítimo y en el sector naval.

D. Gustavo ostenta la titulación universitaria de economista y había desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional, con anterioridad a los hechos que aquí se enjuician, cargos directivos en empresas privadas multinacionales, teniendo experiencia en gestión y en compra, venta y adquisición de empresas.

D. Victorino era, a la fecha de los hechos que se enjuician, Abogado del Estado en excedencia.

B.5. Consejo de administración de NAVICÓN celebrado a las 14:45 horas del día 10 de diciembre de 1.999

Se celebró un consejo de administración de NAVICÓN a las 14:45 horas del día 10 de diciembre de 1.999, al que asistieron como nuevos consejeros, que acababan de ser designados en la junta del mismo día referida en el precedente apartado B.4., los acusados D. Candido, que actuó como presidente, D. Romeo, que actuó como secretario, D. Gustavo y D. Victorino.

En esa reunión del consejo, los consejeros, por unanimidad, ratificaron y asumieron como propios y adecuados los acuerdos que habían sido adoptados en la reunión del consejo de administración que se había celebrado a las 12:00 horas de ese mismo día, al que se ha hecho referencia en el precedente apartado B.3.

B.6. Finalidades de esos acuerdos y decisiones de 10 de diciembre de 1.999

Todas las actuaciones referidas en los precedentes apartados B.1. al B.5., ambos inclusive, que tuvieron lugar el día 10 de diciembre de 1.999, fueron negociadas y acordadas como una unidad o un solo bloque y fueron realizadas con la intención de poner fin al periodo de conflictos iniciado en el año 1.997 entre las accionistas principales de NAVICÓN y entre esta última y TRANSMEDITERRÁNEA, a fin de pacificar la gestión de la compañía y que pudiera superar el problema de tesorería que se había manifestado, pretendiendo con ello que pudiera desarrollar con normalidad su objeto social.

APARTADO C

SITUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DE NAVICÓN DURANTE EL PERIODO 1.999-2.001

C.1. Póliza de crédito con el banco COMMERZBANK de 31 de marzo de 1.999

A principios del año 1.999 comenzaron a evidenciarse ciertas tensiones de tesorería en la mercantil NAVICÓN, en la medida en que del resultado de su actividad no se generaba la suficiente liquidez como para ir haciendo frente a los gastos propios de la explotación del negocio, lo que dio lugar a que, en fecha 31 de marzo



de 1.999, se suscribiese una póliza de crédito entre NAVICÓN, representada para tal acto por su director general, D. Hugo, y el banco COMMERZBANK, por importe de 550.000.000 de pesetas, con vencimiento inicial el 31 de marzo de 2.000 y con posible prórroga durante dos años sucesivos más, siendo tal póliza de crédito avalada por TRANSFESA, actuando esta última representada por D. Candido.

En la póliza se pactó como supuesto de vencimiento anticipado la simple solicitud de suspensión de pagos formulada por el acreditado.

C.2. Póliza de préstamo con el banco HSBC de 24 de febrero de 2.000

En base a lo acordado en los dos consejos de administración de NAVICÓN celebrados el día 10 de diciembre de 1.999 (referidos en los precedentes apartados B.3. y B.5.), en los que se constató la clara insuficiencia de la tesorería de la compañía para afrontar la recuperación económica y de negocio, se procedió, en fecha 24 de febrero de 2.000, a suscribir una póliza de préstamo entre NAVICÓN, representada para tal acto por su director general, D. Hugo, y el banco HSBC, por importe de 600.000.000 de pesetas, pactándose un plazo de vencimiento de cinco años, con amortizaciones parciales de 120.000.000 de pesetas cada una, que tendrían lugar los días 24 de febrero y 25 de agosto de 2.003, 24 de febrero y 24 de agosto de 2.004 y 24 de febrero de 2.005.

Esta póliza de préstamo también fue avalada por TRANSFESA, que actuó, a tal efecto, representada por D. Candido.

En dicha póliza se pactó como supuesto de vencimiento anticipado la simple solicitud de suspensión de pagos formulada por el prestatario.

También en base a lo acordado en esos dos consejos de administración de NAVICÓN del día 10 de diciembre de 1.999 y con la misma finalidad de afrontar la insuficiencia de tesorería, NAVICÓN solicitó, en fecha 13 de enero de 2.000, la prórroga de la póliza de crédito con COMMERZBANK, siendo efectivamente prorrogada hasta el día 30 de marzo de 2.001, nuevamente con el aval de TRANSFESA.

C.3. Principales activos de NAVICÓN

Los activos de NAVICÓN de mayor valor económico de mercado eran, con mucha diferencia respecto de los restantes activos, los dos buques de los que era titular dominical, denominados, respectivamente, "Navicón" y "Navipor".

C.4. Consejo de administración de NAVICÓN de 21 de marzo de 2.000. Cuentas anuales e informe de auditoría del ejercicio 1.999

El día 21 de marzo de 2.000, los acusados D. Candido, D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo procedieron, en su condición de miembros del consejo de administración de NAVICÓN, a suscribir las cuentas anuales de la compañía correspondientes al ejercicio económico 1.999, en las que se reflejaban pérdidas de dicho ejercicio por importe de 339.559.000 pesetas, aunque la compañía aún tenía fondos propios positivos por importe de 766.335.000 pesetas.

El día 30 de marzo de 2.000 se emitió informe de auditoría de las citadas cuentas por "PricewaterhouseCoopers" (PwC), suscrito por el socio-auditor de cuentas D. Calixto, en el que se indicaba que la sociedad había incurrido en pérdidas significativas durante el ejercicio 1.999, que habían supuesto que parte del inmovilizado material estuviera financiado con recursos ajenos, añadiendo que la sociedad dependía del apoyo de sus accionistas y de entidades financieras para continuar sus operaciones.

También se indicaba en el citado informe de auditoría que, a fecha 31 de diciembre de 1.999, la sociedad se encontraba en fase de preparación de un estado de antigüedad de saldos de clientes y deudores, por lo que no podía determinarse la razonabilidad de la provisión de insolvencias a dicha fecha y su efecto sobre los resultados del ejercicio en ella finalizado.

A la vista de las tensiones de tesorería que ya se habían detectado a principios de ese año 1.999, de las elevadas pérdidas que derivaban de la cuenta de resultados de la compañía y de la indeterminación de los saldos de la cuenta de clientes y deudores, los cuatro miembros de consejo de administración de NAVICÓN (señores Candido Ángel, Gustavo, Romeo y Victorino) decidieron, el día 21 de marzo de 2.000 y a propuesta del director general, D. Hugo, el despido del director financiero de la compañía, D. Evelio, así como la contratación de un asesor externo, D. Felipe, a fin de que indagase sobre los problemas financieros existentes en la compañía, especialmente en lo que se refería al saldo de clientes, y emitiese el correspondiente informe.

Paralelamente, el consejo de administración de NAVICÓN (compuesto por los mismos cuatro miembros antes referidos), tras el despido del señor Evelio, encomendó, en ese mes de marzo de 2.000, a D. Pelayo (que había entrado a trabajar en la empresa a principios de enero de 2.000 como director de control de gestión) que se ocupase, de forma provisional, de asumir las funciones de dirección financiera que hasta ese momento había venido desempeñando el señor Evelio.



C.5. Escritura pública de hipoteca naval constituida por NAVICÓN en favor de TRANSFESA el 7 de abril de 2.000

En fecha 7 de abril de 2.000, NAVICÓN, representada para dicho acto por su director general, D. Hugo, otorgó escritura de hipoteca naval sobre los buques "Navicón" y "Navipor" en favor de TRANSFESA, representada en dicho acto por el acusado D. Candido, en contragarantía del riesgo asumido por TRANSFESA por su condición de avalista solidaria en las pólizas de crédito y de préstamo suscritas por NAVICÓN, respectivamente, con COMMERZBANK y con HSBC, a las que se ha hecho referencia en los precedentes apartados C.1. y C.2., garantizándose con esa hipoteca naval de los dos buques la devolución por NAVICÓN de cualesquiera cantidades que TRANSFESA se viese obligada a pagar como consecuencia de su posición de avalista solidaria en las referidas pólizas de crédito y préstamo, hasta un máximo de 1.300.000.000 de pesetas, equivalentes a 7.813.157,36 euros, más intereses moratorios de dos años a razón del 6% anual y la cantidad de 50.000.000 de pesetas, equivalente a 300.506,05 euros, para gastos y costas, distribuyéndose tal responsabilidad hipotecaria al 50% entre los dos buques.

C.6. Consejo de administración de NAVICÓN de 4 de julio de 2.000. Informe sobre detección de graves anomalías en la contabilidad de la sociedad

El señor Felipe acudió, por invitación del presidente, a una reunión del consejo de administración de NAVICÓN celebrada en fecha 4 de julio de 2.000, a fin de exponer el resultado de la investigación que había venido desarrollando hasta ese momento en relación con la situación financiera de la sociedad.

En dicha reunión del consejo, a la que asistieron D. Candido, D. Gustavo, D. Victorino, D. Romeo, D. Hugo y D. Pelayo, el señor Felipe informó a los presentes de que había constatado la existencia de anomalías muy graves en la contabilidad de la sociedad, tales como no contabilizar cobros de clientes y gastos y mantener en el saldo de clientes del balance cobros ya hechos y otras operaciones similares, entendiendo que tales anomalías habían falseado los resultados y la imagen patrimonial de NAVICÓN a lo largo de los últimos ejercicios económicos, aunque indicando el señor Felipe que necesitaba realizar nuevos análisis y chequear la situación con terceras empresas relacionadas con la sociedad a fin poder cuantificar las consecuencias de todo ello.

Tras esas explicaciones del señor Felipe, los miembros del consejo de administración, entendiendo que el director general, señor Hugo, había incurrido en una gravísima falta de diligencia y de cumplimiento de sus deberes y ocultación de todo ello al consejo, acordó su cese y despido inmediato y el nombramiento, como nuevo director general, de D. Pelayo.

Igualmente, los miembros del consejo solicitaron del señor Felipe que concluyera su trabajo de investigación, a fin de que realizase la cuantificación de lo que, en su momento, procediera rectificar en las cuentas de la compañía.

Lo informado por el señor Felipe en el consejo de administración del día 4 de julio de 2.000 tenía su base o fundamento en un informe por él elaborado entre los meses de abril y mayo de 2.000, denominado "Diagnóstico preliminar de Navicón, S.A.", en el que se analizaban determinados aspectos de la situación económica, operativa, comercial y financiera de NAVICÓN y se indicaba, tras resaltar los defectos de contabilización apreciados, que podía afirmarse que la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica si, como era preceptivo, se procedía a regularizar las cuentas de "Deudores" y "Clientes" del "Activo", por entender que tales cuentas habían estado ocultando costes o menores ingresos y, por tanto, pérdidas.

A raíz de lo informado por el señor Felipe en la reunión del consejo de administración de NAVICÓN del día 4 de julio de 2.000, en la que hizo entrega además de un informe escrito de síntesis de lo que ya venía expuesto en su informe denominado "Diagnóstico preliminar de Navicón, S.A.", todos los miembros del consejo tuvieron pleno conocimiento, en la referida fecha, de la situación económica de NAVICÓN expuesta por el señor Felipe.

C.7. Despido del director general y salida de la mercantil ALFA OMEGA del accionariado de NAVICÓN

Tras el despido del director general, D. Hugo, que tuvo lugar el día 5 de julio de 2.000, la mercantil "Alfa Omega, S.A.", de la que era socio único, procedió a vender su porcentaje del capital social de NAVICÓN (el 5%) a TRANSFESA y a la propia NAVICÓN, de tal manera que el capital social de esta última quedó estructurado de la siguiente forma: TRASMEDITERRÁNEA el 50%; TRANSFESA el 45,58%; y NAVICÓN en autocartera el 4,42%.

C.8. Ejercicio por TRASMEDITERRÁNEA de la opción de venta de sus acciones de NAVICÓN que TRANSFESA se había comprometido a adquirir en el documento que ambas suscribieron el 10 de diciembre de 1.999

La compañía TRASMEDITERRÁNEA comunicó a TRANSFESA, en fecha 29 de diciembre de 2.000, que ejercitaba la opción de venta de las acciones de NAVICÓN que le había sido concedida en el compromiso de compra de acciones suscrito el día 10 de diciembre de 1.999 al que se ha hecho referencia en el precedente



apartado B.1. ("minuta de compromiso de compra de acciones"), aceptando así TRASMEDITERRÁNEA la oferta de compra de las acciones de NAVICÓN que le fue realizada por TRANSFESA en el citado documento.

Tal comunicación fue realizada por carta de fecha 28 de diciembre de 2.000, suscrita por D. Gustavo, en calidad de presidente de TRASMEDITERRÁNEA, y fue notificada a TRANSFESA, en la persona de D. Candido, por medio de requerimiento notarial de 29 de diciembre de 2.000 instado por D. Victorino en representación de TRASMEDITERRÁNEA, siendo contestado dicho requerimiento por TRANSFESA, en fecha 2 de enero de 2.001, en el sentido de que se negaba a aceptar el ejercicio de la opción de venta por TRASMEDITERRÁNEA, por entender que en la suscripción del compromiso de compra de 10 de diciembre de 1.999 se había sufrido error esencial y que las acciones de NAVICÓN no tenían ya el valor que permitiría justificar su compra por TRANSFESA por el precio mínimo señalado en ese documento (400.000.000 pts.).

Tal oposición de TRANSFESA a aceptar el ejercicio de la opción de venta por TRASMEDITERRÁNEA dio lugar a que esta última, entendiéndose vigente el referido compromiso de compra, procediese, en fecha 3 de marzo de 2.001, al depósito judicial de las acciones de NAVICÓN de las que era titular, poniéndolas así a disposición de TRANSFESA con la finalidad de dar cumplimiento a su obligación de entrega de tales acciones.

Por otra parte, TRASMEDITERRÁNEA también presentó demanda contra TRANSFESA a fin de que fuera condenada al cumplimiento de lo pactado en el compromiso de compra de acciones de 10 de diciembre de 1.999, dando lugar al juicio ordinario nº 776/01 del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en el que se dictó sentencia de 25 de noviembre de 2.002, por la que se condenaba a TRANSFESA a abonar a TRASMEDITERRÁNEA la cantidad de 2.404.048,42 euros (400.000.000 pts.), en concepto de pago del precio de las acciones de NAVICÓN vendidas a la demandada, por entender que la actora había ejercitado en tiempo y forma la opción de venta, más la cantidad de 300.506,05 euros (50.000.000 pts.), en concepto de indemnización pactada en el contrato.

Tal sentencia fue confirmada por la sentencia dictada por la Sección 14 bis de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2.004 (Sentencia nº 234; rollo de apelación nº 182/04); y el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de junio de 2.009 (Sentencia nº 446/2009) declaró no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por TRANSFESA contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

C.9. Consejo de administración de NAVICÓN de 5 de marzo de 2.001. Constatación de la existencia de fondos propios negativos

El día 5 de marzo de 2.001 se produjo una reunión del consejo de administración de NAVICÓN, con la asistencia de todos sus miembros (D. Candido, D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo), asistiendo también a esa reunión D. Emiliano, en su condición de secretario del consejo de administración de TRANSFESA, y D. Ezequias, en su condición de asesor de TRASMEDITERRÁNEA.

En el citado consejo de administración de NAVICÓN del día 5 de marzo de 2.001 se indicó por D. Candido, en un anexo I que se adjuntó al acta de dicho consejo, la existencia de fondos propios negativos de la sociedad por importe no inferior a 345 millones de pesetas y la existencia de intentos fallidos para la venta del cien por cien de la compañía, añadiéndose que la existencia de esos fondos propios negativos había sido constatada "por las numerosas personas de los Grupos Boluda y Odiel que han estado negociando con nosotros la compra de la empresa" (sic), añadiendo que, ante ello, el consejo de administración de NAVICÓN estaba obligado "a adoptar una de estas dos soluciones: o recomponemos el capital, o disolvemos la sociedad, decisión para la cual se nos está agotando el plazo." (sic).

En base a ello, acabó proponiendo D. Candido la convocatoria de una junta de accionistas para ese mismo mes de marzo, a fin de realizar lo que se conoce como "operación acordeón", que consistiría, en el caso concreto de NAVICÓN y según la referida propuesta, en una reducción del capital social a cero y simultáneo aumento hasta 700 millones de pesetas, con prima de 115 millones de pesetas, a fin de compensar los fondos propios negativos y hacer operativa a la sociedad, siendo apoyada tal propuesta por D. Romeo.

Por los representantes de TRASMEDITERRÁNEA en ese consejo de administración de NAVICÓN del día 5 de marzo de 2.001, D. Gustavo y D. Victorino, se manifestó, en un anexo II que se adjuntó al acta de dicho consejo, que pese al carácter provisional de la información contable que se les había proporcionado con carácter previo a la reunión, quedaba patente la situación de desequilibrio patrimonial en que se encontraba NAVICÓN y que tal situación la colocaba en causa de disolución, añadiendo que si TRASMEDITERRÁNEA continuaba como accionista de NAVICÓN era por la negativa de TRANSFESA a dar cumplimiento a lo pactado en el compromiso de compra de acciones suscrito el 10 de diciembre de 1.999, pese al ejercicio de la opción realizado por TRASMEDITERRÁNEA el día 28 de diciembre de 2.000, añadiendo que la junta general de accionistas debería convocarse a los efectos del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y que el orden del día debería



contemplar, de forma genérica, la adopción de medidas para el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad y no circunscribirse, exclusivamente, a la "operación acordeón" propuesta por D. Candido.

A fin de salvar el bloqueo entre esas dos posiciones y estando todos los consejeros de acuerdo en la necesidad de convocar junta general de accionistas, adoptaron en esa reunión del consejo de administración del día 5 de marzo de 2.001, por unanimidad, la decisión de convocar la junta general de accionistas para el día 30 de marzo de 2.001, con el siguiente orden del día:

"Reducción del Capital a cero y simultáneo aumento hasta 700 millones de pesetas, con prima de 115 millones de pesetas, con facultad al Consejo para aumento incompleto y la modificación necesaria de los Estatutos en la medida imprescindible para recoger la consecuencia de la operación reducción/ampliación. Alternativamente la adopción de medidas para el restablecimiento del equilibrio patrimonial a los efectos del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ." (sic).

C.10. Consejo de administración de NAVICÓN de 19 de marzo de 2.001. Cuentas anuales e informe de auditoría del ejercicio 2.000

El día 19 de marzo de 2.001 se celebró una reunión del consejo de administración de NAVICÓN con la asistencia de los consejeros D. Candido, D. Gustavo y D. Victorino, no estando presente D. Romeo, que otorgó su representación para ese consejo a D. Candido, asistiendo también a esa reunión D. Emiliano, en su condición de secretario del consejo de administración de TRANSFESA, y D. Onesimo, en su condición de asesor de TRASMEDITERRÁNEA.

En esa reunión del consejo del día 19 de marzo de 2.001, a la que también se incorporaron los auditores de la sociedad, que facilitaron las aclaraciones que les fueron solicitadas y se retiraron acto seguido, los consejeros presentes, tras examinar las cuentas anuales del ejercicio 2.000, acordaron por unanimidad formularlas y, previa su firma por todos los consejeros, someterlas, junto con el informe de gestión, a verificación de los auditores de cuentas y a aprobación de la junta general de accionistas.

También en esa reunión del consejo, los consejeros D. Gustavo y D. Victorino, que habían sido designados a propuesta de TRASMEDITERRÁNEA, pretendieron presentar su renuncia o dimisión como consejeros de NAVICÓN, por entender que ya no tenía sentido su permanencia en el consejo, teniendo en cuenta que TRASMEDITERRÁNEA ya había emprendido actuaciones tendentes a exigir a TRANSFESA el cumplimiento del compromiso de compra de acciones que ambas suscribieron el 10 de diciembre de 1.999.

A tal renuncia o dimisión se opuso el sector de consejeros que habían sido designados a propuesta de TRANSFESA, manifestando que si los señores Gustavo y Victorino dimitían o renunciaban, ellos harían lo mismo y quedaría la sociedad sin administración, por lo que, finalmente, nadie dimitió en ese consejo, acordándose, por unanimidad, introducir un nuevo punto del orden del día para la junta general de accionistas del día 30 de marzo de 2.001, referido a la renovación del consejo de administración de NAVICÓN.

Ese mismo día 19 de marzo de 2.001, los miembros del consejo de administración de NAVICÓN, D. Candido, D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo, procedieron, en tal condición, a suscribir las cuentas anuales de la compañía correspondientes al ejercicio 2.000, en las que se reflejaban pérdidas de dicho ejercicio por importe de 1.160.725.000 pesetas y unos fondos propios negativos de la compañía por importe de 394.390.000 pesetas.

El día 20 de marzo de 2.001 se emitió informe de auditoría de las citadas cuentas por "PricewaterhouseCoopers", suscrito por el socio-auditor de cuentas D. Calixto, en el que, además de señalar que el balance de situación de la empresa presentaba fondos propios negativos y que ese era uno de los supuestos previstos en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas como causa de disolución social, a no ser que el capital social se aumentase o se redujese en la medida suficiente, también se indicaba que el fondo de maniobra era negativo por importe de 450 millones de pesetas y que la sociedad no estaba atendiendo pagos a proveedores y otros acreedores en los plazos exigibles.

También se indicaba en el citado informe de auditoría que, con objeto de restablecer el equilibrio patrimonial, el consejo de administración había convocado una Junta General Extraordinaria de accionistas para el día 30 de marzo de 2.001, en cuyo orden del día se incluía una propuesta de reducción del capital a cero y la simultánea ampliación a 700 millones de pesetas con prima de emisión, añadiéndose en el informe que, previsiblemente, en esa Junta se decidiría sobre la continuidad de la sociedad.

Finalmente, concluía el auditor que tales circunstancias eran indicativas de una incertidumbre sobre la capacidad de la sociedad para continuar su actividad y que, debido a la importancia de esa incertidumbre, no podía expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2.000.

C.11. Conocimiento por los miembros de consejo de administración de NAVICÓN de la grave situación económico-financiera de la compañía



Los acusados D. Candido, D. Romeo, D. Gustavo y D. Victorino, en su condición de miembros del consejo de administración de NAVICÓN, eran plenamente conscientes, al menos desde principios del mes de marzo del año 2.001, de que la crítica situación económico-financiera de NAVICÓN, que ha quedado reflejada en el precedente apartado C.10., imponía legalmente a los administradores de la compañía que promoviesen la disolución de la sociedad, salvo que se procediese a aumentar el capital social en la medida necesaria para salir de esa situación, siendo también plenamente conscientes de que, si no se producía ese aumento de capital, NAVICÓN resultaba económica y financieramente inviable y estaba abocada a una declaración de quiebra, al carecer de la capacidad necesaria para generar beneficios en el futuro en la cuantía suficiente para acabar revertiendo la situación, teniendo en cuenta la desfavorable o adversa coyuntura del mercado en el que NAVICÓN operaba.

Igualmente, los cuatro citados acusados eran plenamente conscientes de la práctica imposibilidad de que pudiera acordarse la ampliación del capital social de NAVICÓN a través de una "operación acordeón", teniendo en cuenta que TRASMEDITERRÁNEA se oponía a ello, en la medida en que esta última ya había ejercitado la opción de venta de sus acciones de NAVICÓN que le había sido concedida por TRANSFESA y que, por tanto, había evidenciado ya una clara voluntad de desvincularse de la compañía; y, además, porque tal "operación acordeón" llevaría consigo la amortización o desaparición de las antiguas acciones de NAVICÓN de las que TRASMEDITERRÁNEA era titular y, en consecuencia, que quedase privada de toda eficacia la venta a TRANSFESA de tales acciones, por precio de 400.000.000 de pesetas, cuyo pago era reclamado a esta última por aquella tras el ejercicio de esa opción.

APARTADO D

ACTUACIONES POSTERIORES REALIZADAS POR LOS ACUSADOS A LA VISTA DE LA SITUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA DE NAVICÓN

D.1. Actuaciones realizadas por los acusados D. Candido, D. Ángel y D. Dimas

En base al pleno conocimiento que tenía de la negativa situación económico-financiera de NAVICÓN y ante la práctica imposibilidad de acudir a una ampliación de capital en la cuantía necesaria para solucionar el problema, teniendo en cuenta la anunciada oposición de TRASMEDITERRÁNEA a aceptar la "operación acordeón", D. Candido, en el mes de marzo de 2.001, entró en conversaciones con su hermano, D. Ángel, al que expuso dicha situación, y entre los dos idearon un plan para intentar evitar, por la vía de presentar una solicitud de suspensión de pagos, la declaración en quiebra de NAVICÓN y el efecto retroactivo de esa declaración, que previsiblemente llevaría consigo la nulidad de la hipoteca naval sobre los buques "Navicón" y "Navipor", que fue constituida por NAVICÓN en favor de TRANSFESA en escritura pública de 7 de abril de 2.000, a la que hemos hecho referencia en el precedente apartado C.5., con el consiguiente perjuicio para TRANSFESA, -en la que los dos acusados citados tenían intereses económicos comunes-, en la medida en que esa nulidad daría lugar a que TRANSFESA no pudiera resarcirse con el dinero obtenido con la venta de los buques en el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, al menos parcialmente, de las cantidades que ya sabía que tendría que abonar a los bancos COMMERZBANK y HSBC, por su condición de avalista de las pólizas de crédito y préstamo suscritas en su día por NAVICÓN con las referidas entidades financieras, ante la imposibilidad de que esta última pudiera atender esos pagos dada su crítica situación económico-financiera.

Los dos acusados citados eran plenamente conscientes de que con la tramitación de un expediente de suspensión de pagos no se conseguiría la viabilidad económico-financiera de NAVICÓN si dicha tramitación no iba acompañada de una inyección de capital en cuantía suficiente, siendo también plenamente conscientes de que los principales activos de NAVICÓN eran los dos buques citados y que, como consecuencia de la ejecución del plan por ellos diseñado, los restantes acreedores de NAVICÓN saldrían perjudicados económicamente, al no poder cobrar sus créditos, total o parcialmente, con cargo al dinero que pudiera obtenerse con la venta de los buques en un procedimiento de quiebra.

El referido plan tuvo, en el desarrollo de su ejecución, los hitos que se van a indicar y exponer en los siguientes apartados D.1.1., D.1.2., D.1.3., D.1.4., D.1.4.a, D.1.4.b, D.1.4.c, D.1.4.d, D.1.4.e y D.1.4.f.

D.1.1. Junta general extraordinaria y universal de NAVICÓN de 30 de marzo de 2.001

A las 20:00 horas del día 30 de marzo de 2.001 se celebró Junta general extraordinaria y universal de NAVICÓN, a la que concurrieron sus dos únicas socias, es decir, las mercantiles TRANSFESA y TRASMEDITERRÁNEA, representadas, respectivamente, por D. Candido y D. Gustavo, ambos miembros del consejo de administración de NAVICÓN, estando también presentes en esa Junta los otros dos miembros de ese consejo, D. Victorino y D. Romeo, así como D. Ángel.

En dicha junta del día 30 de marzo de 2.001, a propuesta de D. Candido, se adoptaron los siguientes acuerdos:



a) Cese de los miembros del consejo de administración de NAVICÓN, D. Candido, D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo, y designación de un administrador único, recayendo el nombramiento en la mercantil TAMPRE, S.A. (en adelante, TAMPRE), que era una empresa controlada por D. Ángel y cuya administradora única era D.^a Purificación, que trabajaba con subordinación laboral a aquél, habiéndose acordado en junta general extraordinaria y universal de TAMPRE, celebrada el mismo día 30 de marzo de 2.001, la designación de Ángel como representante permanente de TAMPRE en la mercantil NAVICÓN, con facultades para la administración de esta última sociedad.

Las finalidades esenciales, en el plan ideado por D. Candido y D. Ángel, de la sustitución del consejo de administración de NAVICÓN por un administrador único, cuyo cargo iba a ser ejercido además por D. Ángel, eran, de un lado, eliminar los obstáculos que TRASMEDITERRÁNEA venía oponiendo en el consejo de administración de NAVICÓN a la presentación de una solicitud de suspensión de pagos, y, de otro lado, que, una vez presentada esa solicitud, D. Emiliano pudiese ejercer un control directo sobre la tramitación de ese expediente concursal.

D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo desconocían el plan que habían ideado los señores Candido Ángel y las verdaderas finalidades que estos últimos perseguían con esa sustitución del consejo de administración por un administrador único.

b) Ampliación del capital social de NAVICÓN en 75.000.000 de pesetas, siendo íntegramente suscrita y desembolsada por la mercantil TAMPRE, de tal manera que con esa ampliación NAVICÓN pasó de tener un capital social de 700.000.000 de pesetas a tener un capital social de 775.000.000 de pesetas, que quedó distribuido de la siguiente forma: TRASMEDITERRÁNEA el 45,16%; TRANSFESA el 41,17%; TAMPRE el 9,68%; y NAVICÓN el 3,99% en autocartera.

Con esta ampliación de capital, en el plan diseñado por D. Candido y D. Ángel, TRANSFESA y TAMPRE, de forma conjunta, se aseguraban la mayoría de capital en las juntas de accionistas de NAVICÓN para la adopción de futuros acuerdos y, especialmente, para la ratificación en junta de la solicitud de suspensión de pagos de NAVICÓN que los señores Candido Ángel habían planeado que fuese presentada al día siguiente.

El ingreso bancario de esa cantidad correspondiente a la ampliación de capital fue realizado por TAMPRE el día 29 de marzo de 2.001, es decir, un día antes al de celebración de la referida junta. Y la persona concreta que realizó ese ingreso fue D.^a Purificación, en cumplimiento de lo que le fue indicado al efecto por D. Ángel y como consecuencia de su subordinación laboral a este último, desconociendo la señora Purificación la verdadera finalidad que los señores Candido Ángel buscaban con la realización de dicho ingreso.

D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo también desconocían la verdadera finalidad que los señores Candido Ángel perseguían con esa ampliación de capital.

c) Se facultó al nuevo administrador único nombrado para que adoptase las medidas que, a su juicio, fuese necesario adoptar en atención a la situación patrimonial de NAVICÓN; y, a expresa solicitud de D. Ángel, la junta le facultó especialmente para que pudiera solicitar la declaración de suspensión de pagos de NAVICÓN si le pareciese a él conveniente, siéndole concedida tal facultad por la junta, mientras se inscribía el nombramiento y sin perjuicio de su ratificación posterior por la junta general.

D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo desconocían que los señores Candido Ángel tenían ya decidido presentar una solicitud de suspensión de pagos de NAVICÓN al día siguiente de la celebración de la junta, habiéndoles sido ocultada por los señores Candido Ángel la existencia de tal intención.

D.1.2. Solicitud de suspensión de pagos de NAVICÓN realizada el 31 de marzo de 2.001

En ejecución del plan al que hemos hecho referencia en el precedente apartado D.1. del presente "relato fáctico", D. Ángel, con la intención de adelantarse a una posible solicitud de declaración en quiebra de NAVICÓN, que cualquier acreedor pudiera formular, con el consiguiente efecto retroactivo que, casi con total seguridad, afectaría a la hipoteca constituida sobre los buques, procedió a presentar a las 14:44 horas del día 31 de marzo de 2.001, es decir, a la mañana siguiente de la junta que había sido celebrada, una solicitud de declaración en estado de suspensión de pagos de NAVICÓN, que dio lugar al procedimiento de suspensión de pagos n° 301/01 del Juzgado de Primera Instancia n° 34 de Madrid.

Posteriormente, en junta general extraordinaria de accionistas de NAVICÓN celebrada el 21 de mayo de 2.001, a la que sólo acudieron TRANSFESA y TAMPRE, se acordó, por unanimidad de las dos socias presentes, ratificar la solicitud de suspensión de pagos de la sociedad y la designación de D. Ángel como representante estable de la misma.

La solicitud de suspensión de pagos fue presentada pese a que D. Candido y D. Ángel eran plenamente conscientes de que lo que procedía era una declaración de quiebra, por ser inviable que la compañía, en atención a sus circunstancias económico-financieras, pudiera continuar una actividad comercial con perspectivas de beneficios futuros y estar abocada, por tanto, a cesar en su actividad empresarial y a entrar en fase de liquidación



de sus activos y reparto entre sus acreedores del producto de esa liquidación. No obstante y pese a ese conocimiento, los señores Candido Ángel decidieron presentar esa solicitud de suspensión de pagos precisamente para imposibilitar legalmente que pudiera ser atendida judicialmente la solicitud de declaración en quiebra de NAVICÓN que cualquier acreedor pudiera formular.

Con tal designio y a fin de evitar que la fraudulenta promoción del expediente de suspensión de pagos pudiera ser detectada por el Juzgado de Primera Instancia y que ello pudiera dar lugar a una resolución judicial de inadmisión a trámite y archivo de dicho expediente, D. Candido y D. Ángel ocultaron ante el Juzgado la situación de déficit patrimonial que NAVICÓN presentaba a la fecha de la solicitud y que se había traducido, en las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2.000 de las que los citados acusados tenían pleno conocimiento, en unas pérdidas de 1.160.725.000 pesetas y en unos fondos propios negativos de 394.390.000 pesetas. Dicha ocultación fue realizada, en ejecución de lo previamente acordado por los señores Candido Ángel, por la vía de aportar junto con la solicitud de suspensión de pagos un estado de situación provisional de NAVICÓN cerrado a 31 de marzo de 2.001, en el que se indicaba la existencia de un superávit patrimonial de 7.309.000 pesetas.

A fin de hacer verosímil ante el Juzgado dicho superávit, los dos acusados citados decidieron la inclusión en el activo de ese estado de situación provisional cerrado a 31 de marzo de 2.001 de una partida denominada "Administraciones Públicas" por importe de 852.911.000 pesetas, de las que 807.844.000 pesetas correspondían a un crédito fiscal contra la Hacienda Pública derivado de bases imponibles negativas del impuesto de sociedades (en adelante, partida "crédito fiscal"), pese a conocer que la inclusión de dicho crédito fiscal en el activo del citado estado de situación provisional carecía de toda justificación o fundamento, por ser plenamente conscientes de la imposibilidad de que NAVICÓN, como consecuencia de su crítica situación económico-financiera, pudiera llegar a generar beneficios en el desarrollo de su actividad comercial con los que proceder a la aplicación o compensación de dicho crédito fiscal.

Los dos acusados citados también decidieron incluir en el activo de ese estado de situación cerrado a fecha 31 de marzo de 2.001 una partida denominada "clientes por ventas y prestación de servicios" (en adelante, partida "clientes") por importe de 681.268.000 pesetas, pese a que sabían que gran parte de los créditos incluidos en esa partida eran incobrables, por haberse mantenido a lo largo del tiempo una inadecuada gestión contable de los saldos de la cuenta de "clientes" y por incluirse en esa partida créditos antiguos.

Además, los dos hermanos Candido Ángel decidieron presentar también junto a la solicitud de suspensión de pagos una denominada "propuesta inicial de convenio a los acreedores de NAVICÓN", en la que se proponía el pago de las deudas a partir del mes 35 desde la aprobación del convenio con los acreedores, pese a que eran conscientes del déficit patrimonial que la compañía presentaba y que, en consecuencia, el convenio que se aprobase con los acreedores tendría que contemplar quitas de los créditos. No obstante, decidieron realizar esa propuesta de una espera inferior a tres años a fin de evitar que el Juez pudiera inadmitir a trámite su solicitud de suspensión de pagos si su propuesta de convenio no se ajustaba a lo que disponía el artículo 872 del Código de Comercio.

En respuesta a tal solicitud, por el Juzgado se dictó providencia de 20 de abril de 2.001 por la que se tuvo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, se acordó la designación de interventores y se concedió un plazo de treinta días para que se presentase el balance definitivo con la asistencia de estos últimos.

Posteriormente, en respuesta a lo indicado en la citada providencia, la solicitante presentó, en fecha 21 de julio de 2.001 y en ejecución del acuerdo a que D. Candido y D. Ángel habían llegado a tal efecto, un nuevo estado de situación cerrado a fecha 20 de abril de 2.001, en el que nuevamente se indicaba la existencia de un superávit patrimonial, esta vez por importe de 49.484.000 pesetas, pese a que los dos acusados sabían que la sociedad había sufrido importantes pérdidas y había finalizado con fondos propios negativos en el ejercicio económico 2.000.

A fin de presentar ante el Juzgado dicho superávit, los dos acusados citados decidieron la inclusión en el activo de ese estado de situación cerrado a 20 de abril de 2.001 de una partida correspondiente a "fondo de comercio" por importe de 250.000.000 de pesetas y mantuvieron en el activo la partida de "Administraciones Públicas" incrementada a un importe de 862.734.000 pesetas, de las 807.844.000 pesetas seguían correspondiendo al crédito fiscal antes referido, pese a ser plenamente conscientes de la improcedencia de la inclusión y mantenimiento de tales partidas, ante la imposibilidad de que NAVICÓN pudiera generar beneficios en el desarrollo de su actividad comercial, como consecuencia de su crítica situación económico-financiera, manteniendo también en el activo la partida de "clientes por ventas y prestación de servicios", pero reduciéndola a la cuantía de 589.882.000 pesetas, pese a que sabían que gran parte de esta última partida seguía siendo incobrable pese a dicha reducción.



Tal panorama económico-financiero que los dos acusados citados decidieron presentar ante el Juzgado con la finalidad de ocultar el déficit patrimonial de NAVICÓN y viabilizar el expediente de suspensión de pagos, fue corregido por los interventores en su informe de 20 de diciembre de 2.001, en el que, tras reducir a valor cero las partidas correspondientes al "crédito fiscal" y al "fondo de comercio" y tras reducir a la cantidad de 263.679.837 pesetas la partida de "clientes", informaron de la existencia de un déficit patrimonial en NAVICÓN de 1.631.021.581 pesetas, pese a lo cual los dos acusados citados ya habían conseguido lo que se proponían, es decir, la incoación y tramitación del expediente de suspensión de pagos, que ya no podía verse interrumpida legalmente por el mero hecho de que los interventores hubiesen evidenciado la existencia de ese déficit patrimonial.

Tras la presentación del informe de los interventores, se dictó auto de 2 de abril de 2.002 por el que se declaraba a NAVICÓN en estado legal de suspensión de pagos y en situación de insolvencia definitiva, concediéndole el plazo de quince días, legalmente previsto, para que la suspensa o persona en su nombre consignase o afianzase la suma de 9.802.637,13 euros (1.631.021.581 pts.), a que ascendía la diferencia entre el pasivo y el activo, a fin de que la declaración de insolvencia definitiva pasase a ser insolvencia provisional, sin que ni la suspensa ni nadie en su nombre consignase o afianzase dicha suma, por lo que por el Juzgado se dictó auto de 21 de mayo de 2.002 en el que se mantuvo la calificación de insolvencia definitiva y se señaló el día 26 de junio de 2.002 para la celebración de la Junta de acreedores, en cumplimiento de lo que preveía e imponía la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1.922, por entonces vigente.

D.1.3. Abono por TRANSFESA, en su condición de avalista, de las cantidades adeudadas por NAVICÓN como consecuencia de las pólizas de COMMERZBANK y HSBC e iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria sobre los buques

Cuando se produjo, en fecha 31 de marzo de 2.001, la presentación de la solicitud de suspensión de pagos, D. Ángel y D. Candido eran plenamente conscientes de que el día anterior (30 de marzo de 2.001) se había producido el vencimiento de la prórroga de la póliza de crédito de 31 de marzo de 1.999 que había sido suscrita con COMMERZBANK (ver apartado C.1. del presente "relato fáctico") y de que NAVICÓN no había hecho frente al pago del importe de ese crédito (550.000.000 de pesetas) y de los correspondientes intereses, al igual que sabían que NAVICÓN tampoco había atendido el pago del último periodo de liquidación de intereses de la póliza de préstamo que por un principal de 600.000.000 de pesetas había sido suscrita el día 24 de febrero de 2.000 con HSBC (ver apartado C.2. del presente "relato fáctico"), siendo conscientes también de que todo ello daría lugar a la inmediata reclamación por parte de las referidas entidades bancarias de las obligaciones que, como avalista solidaria, TRANSFESA había asumido en tales pólizas.

Tampoco ignoraban los dos acusados citados que, en cualquier caso, la mera presentación de la solicitud de suspensión de pagos daría lugar al vencimiento anticipado de tales pólizas de crédito y préstamo, al haberse incluido en ellas sendas cláusulas que así lo determinaban.

De conformidad con lo que los dos acusados citados ya habían previsto, por medio de carta de 10 de abril de 2.001 remitida por COMMERZBANK a TRANSFESA y dirigida a la atención de D. Candido, se comunicaba a esta última mercantil que, al vencimiento de la póliza de crédito de 31 de marzo de 1.999, producido el día 30 de marzo de 2.001, NAVICÓN no había hecho frente al pago del importe del principal (550.000.000 pts.) e intereses de la póliza de crédito, por lo que se reclamaba de TRANSFESA, en su condición de avalista, el abono de tales cantidades, que ascendían a un total de 566.866.667 pesetas, siendo abonada esta última cantidad por TRANSFESA a COMMERZBANK el mismo día 10 de abril de 2.001, por indicación de D. Candido.

Igualmente, por medio de carta de 2 de abril de 2.001 remitida por HSBC a TRANSFESA, se comunicaba a esta última mercantil que NAVICÓN no había abonado el último periodo de disposición de intereses de la póliza de préstamo y que, en base a ello y en aplicación de lo pactado, la referida entidad financiera había procedido a declarar vencido anticipadamente el préstamo con efectos desde el 29 de marzo de 2.001, por lo que reclamaba de TRANSFESA, en su condición de avalista, el pago de las cantidades pendientes por principal (600.000.000 pts.) e intereses, liquidándose la deuda pendiente, a fecha 11 de abril de 2.001, en la cantidad total de 546.038.525 pesetas, siendo abonada esta última cantidad por TRANSFESA a HSBC el mismo día 11 de abril de 2.001, por indicación de D. Candido.

Tales pagos fueron realizados por TRANSFESA no sólo por verse obligada a ello si quería evitar posibles acciones judiciales de los bancos acreedores sobre sus propios bienes y el consiguiente desprestigio en el mundo financiero con los negativos efectos que de ello podían derivarse, sino también por formar parte tales pagos del plan ideado por los señores Candido Ángel, en la medida en que con ellos se conseguía, de un lado, que TRANSFESA pasase a convertirse en la mayor acreedora de NAVICÓN, con la consiguiente influencia y mayor control que ello le atribuía en el seno del procedimiento de suspensión de pagos, especialmente en orden a la



consecución de las mayorías necesarias para la aprobación de un futuro convenio con los acreedores y a la posibilidad de ser designada interventora, y, de otro lado, se conseguía también que TRANSFESA pudiese iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre los buques, lo que resultaba indispensable para la venta de estos últimos en su exclusivo beneficio y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN.

Continuando con la ejecución del plan del trazado por D. Candido y D. Ángel, el día 25 de octubre de 2.001 TRANSFESA presentó demanda de ejecución hipotecaria frente a NAVICÓN, en relación con la hipoteca naval constituida sobre los buques "Navicón" y "Navipor", en reclamación de las cantidades que había abonado, en su condición de avalista, a COMMERZBANK y HSBC, que se cifraba en la referida demanda en la cantidad total de 1.112.905.192 pesetas, en concepto de principal, más los correspondientes intereses, dando lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria nº 366/2001 del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid (en adelante, el procedimiento de ejecución hipotecaria), habiéndose incoado dicho procedimiento por medio de auto de 2 de noviembre de 2.001.

D.1.4. Desarrollo posterior de los procedimientos de suspensión de pagos y de ejecución hipotecaria

Los acusados D. Candido y D. Ángel continuaron realizando, a lo largo del procedimiento de ejecución hipotecaria y del expediente de suspensión de pagos, conductas tendentes a que se mantuviera abierto este último, evitando su cierre anticipado y la posibilidad de que algún acreedor pudiera promover la declaración de quiebra de NAVICÓN, con la probable retroacción y reintegración de los buques a la masa activa de la quiebra y la consiguiente frustración del procedimiento de ejecución hipotecaria, que había sido iniciado con la finalidad de que TRANSFESA recibiese, en su exclusivo beneficio y en perjuicio de los restantes acreedores, el dinero que pudiera obtenerse con la venta de los buques.

Dado que para mantener abierto el expediente de suspensión de pagos por todos sus trámites resultaba necesario seguir aparentando una intención seria de ofrecer viabilidad a NAVICÓN, D. Candido y D. Ángel, pese a que eran plenamente conscientes de que la sociedad no tenía otro futuro económico que su liquidación, decidieron concertadamente y ejecutaron, durante el desarrollo posterior de los procedimientos de suspensión de pagos y de ejecución hipotecaria, los actos que se van a indicar en los sucesivos apartados que denominaremos como D.1.4.a., D.1.4.b., D.1.4.c., D.1.4.d., D.1.4.e. y D.1.4.f.

D.1.4.a. Pactos con la mercantil HARBOUR y su reflejo en el procedimiento de ejecución hipotecaria de los buques

Los acusados D. Candido y D. Ángel pactaron con el también acusado D. Dimas que la empresa HARBOUR, de la que este último era consejero y apoderado, aceptase asumir, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, la titularidad dominical formal o aparente sobre los buques "Navicón" y "Navipor", con inmediato arrendamiento "a casco desnudo" de los mismos a NAVICÓN.

Tal pacto tenía dos objetivos: a) evitar que la adjudicación de los buques a TRANSFESA en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el visible mantenimiento de la titularidad dominical de los mismos por parte de esta última suscitase recelos en los acreedores de NAVICÓN, teniendo en cuenta que TRANSFESA no era una empresa que tuviese entre su objeto social la realización de actividades propias del comercio marítimo y que era, además, una de las principales socias de NAVICÓN, lo que podría traer consigo problemas u obstáculos en orden a la tramitación y pervivencia del expediente de suspensión de pagos, que a D. Candido y D. Ángel les interesaba mantener abierto hasta su normal terminación, por las razones ya expuestas; y b) permitir que NAVICÓN siguiese utilizando los buques en el desarrollo de su actividad comercial, a fin de seguir aparentando que existía un intento de viabilizar la compañía, también de cara a los acreedores y a la continuación de la tramitación del expediente de suspensión de pagos, así como evitar que una paralización de la actividad de los buques pudiera generar una merma de su valor en el mercado, con vistas a su futura venta a terceros.

De todo ello era plenamente consciente D. Dimas, que tenía pleno conocimiento de la existencia del procedimiento de suspensión de pagos de NAVICÓN y de la utilización de dicho procedimiento por los hermanos Candido Ángel como escudo protector frente a una declaración de quiebra, así como de la intención de estos últimos de proceder a la liquidación de NAVICÓN, ante su inviabilidad económico-financiera, y de que los buques fueran vendidos en exclusivo beneficio de TRANSFESA y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN, habiendo decidido D. Dimas colaborar a los citados fines perseguidos por los señores Candido Ángel, por medio de la realización de los actos que se van a indicar a continuación.

En ejecución de lo acordado por los tres acusados citados, TRANSFESA solicitó, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, que se celebrase la comparecencia prevista en el artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de llegar a un convenio para la realización de los buques hipotecados, acordándose



la celebración de tal comparecencia por medio de providencia de 17 de enero de 2.002, en la que se señalaba para dicha celebración el día 11 de febrero de 2.002.

En la citada comparecencia de 11 de febrero de 2.002, TRANSFESA, en su calidad de acreedora hipotecaria ejecutante, propuso, de forma principal, que se adjudicasen los buques a la mercantil HARBOUR, de conformidad con lo que D. Candido, en representación de TRANSFESA, D. Ángel, en representación de NAVICÓN, y D. Dimas, en representación de HARBOUR, habían pactado en un documento de la misma fecha suscrito por los tres acusados citados, en el que incluían, textualmente, las siguientes cláusulas:

"1. la inmediata transmisión del dominio sobre los buques de autos, Navicón y Navipor, a Harbour SA, con todos sus aparejos, pertrechos y maquinaria, siendo título inscribible en el correspondiente Registro el testimonio judicial del correspondiente auto,

2. Harbour SA no asume ni la explotación comercial que actualmente se desarrolla con dichos buques por parte de Navicón SA, ni su tripulación,

3. la inmediata extinción del crédito hipotecario de Transfesa frente a Navicón SA anteriormente identificado hasta la cantidad de 1.091.000.000 pesetas/ 6.557.042,06 euros, que será imputada en la forma legal procedente,

4. la subsistencia de dicho crédito en cuanto al exceso respecto de dicha cantidad, tanto por el principal, como por los sucesivos intereses que se sigan devengando en los términos legales y contractuales que correspondan, así como de las costas pendientes de tasación en el juicio indicado, con el carácter de crédito personal o no hipotecario.

5. la inmediata extinción y cancelación de la hipoteca ejecutada en el juicio referido, y la inmediata extinción y cancelación de todas las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, con expedición de mandamiento judicial a los efectos de que se practiquen dichas cancelaciones en los correspondientes Registros."

En la parte expositiva de este documento cuyas cláusulas se acaban de transcribir, tras señalarse que HARBOUR no asumía a través de ese convenio ni la explotación comercial de los buques que se venía desarrollando por NAVICÓN ni su tripulación, se incluía también un párrafo del siguiente tenor literal:

"De hecho, es intención de las partes que Harbour SA inicie seguidamente conversaciones y negociaciones con Navicón SA para la cesión o arrendamiento de los buques a esta última, en casco desnudo, en los plazos y con las demás condiciones económicas razonables, en términos de mercado, que entre ambas partes acuerden de buena fe."

En esa misma comparecencia del día 11 de febrero de 2.002 propuso TRANSFESA, de forma subsidiaria y para el caso de que no se aceptase la adjudicación de los buques en favor de HARBOUR, que fuesen adjudicados a la propia TRANSFESA, de conformidad con lo que D. Candido, en representación de TRANSFESA, y D. Ángel, en representación de NAVICÓN, habían pactado en un documento de la misma fecha suscrito por los dos acusados citados, en el que incluían, textualmente, las siguientes cláusulas:

"1. la inmediata transmisión del dominio sobre los buques de autos, Navicón y Navipor, a Transfesa, con todos sus aparejos, pertrechos y maquinaria, siendo título inscribible en el correspondiente Registro el testimonio judicial del correspondiente auto,

2. Transfesa no asume ni la explotación comercial que actualmente se desarrolla con dichos buques por parte de Navicón SA, ni su tripulación,

3. la inmediata extinción del crédito hipotecario de Transfesa frente a Navicón SA anteriormente identificado hasta la cantidad de 1.091.000.000 pesetas/ 6.557.042,06 euros, que será imputada en la forma legal procedente,

4. la subsistencia de dicho crédito en cuanto al exceso respecto de dicha cantidad, tanto por el principal, como por los sucesivos intereses que se sigan devengando en los términos legales y contractuales que correspondan, así como de las costas pendientes de tasación en el juicio indicado, con el carácter de crédito personal o no hipotecario.

5. la inmediata extinción y cancelación de la hipoteca ejecutada, y la inmediata extinción y cancelación de todas las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, con expedición de mandamiento judicial a los efectos de que se practiquen dichas cancelaciones en los correspondientes Registros."

En la parte expositiva de este documento cuyas cláusulas se acaban de transcribir, tras señalarse que TRANSFESA no asumía a través de ese convenio ni la explotación comercial de los buques que se venía desarrollando por NAVICÓN ni su tripulación, se incluía también un párrafo del siguiente tenor literal:



"De hecho, es intención de las partes que Transfesa inicie seguidamente conversaciones y negociaciones con Navicón SA para la cesión o arrendamiento de los buques a esta última, en casco desnudo, en los plazos y con las demás condiciones económicas razonables, en términos de mercado, que entre ambas partes acuerden de buena fe."

A la citada comparecencia de 11 de febrero de 2.002 acudieron no sólo las respectivas representaciones procesales de la acreedora hipotecaria ejecutante, TRANSFESA, y de la deudora hipotecante ejecutada, NAVICÓN, sino también otras personas entre las que se encontraban D. Ángel y D. Dimas , poniéndose expresamente de manifiesto en dicha comparecencia la existencia del procedimiento de suspensión de pagos de NAVICÓN y afirmándose por quien era letrada de TRANSFESA en dicho procedimiento hipotecario que esta última mercantil había venido proporcionando financiación a NAVICÓN a lo largo del citado expediente concursal, a fin de que la sociedad pudiera seguir pagando a sus trabajadores y a sus acreedores, en la medida de lo posible, y pudiera salir adelante a través de determinados planes de viabilidad, cuyos contenidos no especificó. Y añadió la citada letrada que era en ese marco en el que debía ser interpretada la propuesta de prioritaria adjudicación de los buques a HARBOUR y subsidiaria adjudicación a TRANSFESA que esta última mercantil proponía.

Afirmó también la referida letrada de TRANSFESA, en la citada comparecencia de 11 de febrero de 2.002, que una de las ventajas del acuerdo de realización de los buques que se proponía era que se iba a obtener más dinero, porque los buques se iban a vender en funcionamiento y en explotación con posterior arrendamiento en casco desnudo a la propia NAVICÓN. Y añadió que eso facilitaba que pudiera aparecer un tercero dispuesto a pagar más por los buques que si se vendieran parados, afirmando que disminuye mucho el valor de un buque parado.

Manifestó también la letrada de TRANSFESA, en la citada comparecencia de 11 de febrero de 2.002, que era preferible que los buques fueran adquiridos por un tercero (HARBOUR) y no por la acreedora ejecutante (TRANSFESA), porque HARBOUR era una empresa que entre sus socios contaba con empresarios del sector marítimo y, en cambio, TRANSFESA era una empresa cuyo objeto era el transporte ferroviario y no el marítimo; y que le parecía más lógico que se quedara con el dominio de los buques un tercero que conociese algo del mercado marítimo y que por eso lo habían buscado, en lugar de que se quedase con ellos TRANSFESA, ya que esta última era completamente ajena a ese mercado. Pero añadió la referida letrada que si se consideraba preferible por el Juzgado, subsidiariamente, se proponía que TRANSFESA se quedase con la propiedad en los mismos términos.

Por el letrado que actuó en defensa de NAVICÓN en la referida comparecencia se manifestó que estaba de acuerdo con el planteamiento que había hecho TRANSFESA, añadiendo que esta última era quien estaba ocupándose de la subsistencia financiera de NAVICÓN durante el procedimiento de suspensión de pagos y que era TRANSFESA quien, de acuerdo con la administración de NAVICÓN, estaba realizando planes de futuro para tratar de reducir los costes de la sociedad y conseguir que pudiera ser una empresa viable, añadiendo que esos planes consistían en reducir los costes de explotación de NAVICÓN, por ser necesaria esa reducción para su subsistencia, y que, posteriormente, quizá entrasen otros accionistas distintos en la sociedad más implicados en el negocio marítimo para que NAVICÓN pudiera salvarse en beneficio de sus trabajadores, de sus acreedores y de la propia empresa.

Igualmente, manifestó el letrado de NAVICÓN en esa misma comparecencia que estaba de acuerdo con el convenio de realización de los buques propuesto por TRANSFESA y que también prefería la adjudicación a HARBOUR porque en el accionariado de esta última existía una importante empresa naviera que tenía una gran experiencia en el negocio marítimo y podía seguir mucho mejor que TRANSFESA las incidencias y el futuro de la explotación de los buques, al no tener esta última conocimientos sobre el negocio marítimo.

Finalmente, en esa misma comparecencia de 11 de febrero de 2.002, D. Ángel manifestó estar de acuerdo y asumir las alegaciones que acababa de efectuar el letrado de NAVICÓN en relación con el convenio de realización propuesto por TRANSFESA; y D. Dimas, en nombre de HARBOUR, dijo que estaba completamente de acuerdo con lo que habían alegado la letrada de TRANSFESA y el letrado de NAVICÓN, añadiendo que HARBOUR era una empresa naviera dedicada a la explotación de buques de todo tipo.

En la misma comparecencia intervino también la mercantil GESEACO, SRL, que ostentaba un crédito contra NAVICÓN por el que se había acordado un embargo sobre uno de los buques hipotecados que fue objeto de anotación registral con posterioridad a la inscripción de la hipoteca naval, oponiéndose dicha mercantil al convenio de realización propuesto por TRANSFESA.

Ante la oposición de GESEACO, SRL a la aprobación del convenio de realización de los buques propuesto por TRANSFESA, manifestada en la comparecencia referida, por el Juzgado se dictó auto de 26 de



febrero de 2.002, por el que se denegaba la aprobación de dicho convenio, al entender que el artículo 640.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil impedía tal aprobación ante la oposición manifestada por un acreedor con derecho anotado registralmente con posterioridad a la inscripción de la hipoteca que se estaba ejecutando en el procedimiento.

A la vista de esa falta de aprobación del convenio de realización, TRANSFESA presentó un escrito de 4 de marzo de 2.002, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, por el que solicitaba que se convocase subasta judicial para la realización de los buques hipotecados, dictándose por el Juzgado providencia de 7 de marzo de 2.002 por la que se señalaba para la celebración de la subasta el día 8 de mayo de 2.002.

El día 7 de mayo de 2.002, D. Dimas, en representación de HARBOUR, y D. Candido, en representación de TRANSFESA, suscribieron una escritura pública en la que, con vistas a la subasta de los buques que se iba a celebrar al día siguiente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, reflejaron lo que denominaron un "compromiso" entre ambas sociedades, en cuya parte expositiva, se realizaban, entre otras y textualmente, las siguientes afirmaciones:

<<Dentro de esta doble finalidad de garantizar Transfesa el recobro de lo pagado por Navicón, y de intentar facilitar fórmulas de saneamiento y futuro para Navicón, Transfesa ha entrado en contacto con Harbour S.A., sociedad en cuyo accionariado hay personas con experiencia en el mundo del transporte marítimo, le ha explicado sus pretensiones, y le planteó la posibilidad de que Harbour colabore a los planes de Transfesa, siendo Harbour la posible sociedad tercera que reciba la propiedad de los buques de Navicón, hoy hipotecados en favor de Transfesa, y la que gestione esa propiedad con los conocimientos especializados de los que carece Transfesa, pero destinando los buques a los fines que Transfesa le ha indicado para el saneamiento de Navicón, en las condiciones que concretamente se señalan en este contrato.>>.

En esa misma escritura de 7 de mayo de 2.002 se incluyeron, textualmente, las siguientes cláusulas:

<<PRIMERO.- Harbour S.A. se compromete a asumir la titularidad de los buques Navicón y Naviport de la sociedad Navicón SA que le sean adjudicados a Transfesa en la subasta judicial hipotecaria citada en el Exponendo, bien sea por ejercicio de la "calidad de ceder" de Transfesa, o bien sea mediante transmisión inmediata posterior de Transfesa, y bien sean ambos o uno solo de ellos. La adquisición por parte de Harbour SA se producirá de modo que Harbour SA no tenga que efectuar ningún gasto ni desembolso por ello.

Segundo.

El precio de adquisición para Harbour será el mismo por el que lo haga Transfesa en la subasta judicial. Precio que será pagado por Harbour SA a Transfesa única y exclusivamente por el procedimiento que se explicita en esta escritura y hasta el límite que este procedimiento permita.

Tercero.

Recibida la propiedad de los buques por parte de Harbour SA, esta sociedad otorgará a Transfesa un derecho de hipoteca sobre los mismos, en garantía del cumplimiento por parte de Harbour SA de las obligaciones de pago y restantes que asume en virtud de este contrato, y ello sin perjuicio de las cesiones de derechos futuros que, complementariamente, se efectuarán de acuerdo con lo hoy pactado.

Cuarto.

Harbour se compromete, inmediatamente que tenga la titularidad, a ceder el uso de los buques, con la modalidad y condiciones de contratación que le indique Transfesa, a la persona que Transfesa le designe, con facultades para que esa persona a su vez los sub-ceda a tercero, si así se lo indica Transfesa.

Quinto.

La adquisición de los buques por Harbour SA, como queda explicado, no se hace para que Harbour SA explote los buques, sino para que Navicón pueda continuar realizando su actual actividad comercial, de modo que tanto los clientes, como el personal, quedan en Navicón. Y la transmisión de titularidad de buques que en este contrato se contempla, es única y exclusivamente la transmisión de una facultad dominical, pero no de elemento alguno básico del negocio de Navicón SA, ni de la posesión física de los buques. Razón por la cual, ambas partes



están convencidas de que no hay lugar a la aplicación de la doctrina de subrogación del adquirente del buque en las relaciones laborales de Navicón, doctrina y ley que se establece en beneficio de los trabajadores, para cuando, una transmisión de activos implica la cesión del negocio que soporta las relaciones laborales. Sin embargo Transfesa garantiza en este acto a Harbour SA que, si por derivación, los socios (o Administradores) de Harbour S.A. hubieran de hacer frente a los costes ocasionados por reclamaciones laborales, indemnizaciones, o recolocaciones que se exigieran a Harbour SA por el personal actual de Navicón SA como consecuencia de la transmisión pactada, serán asumidos por Transfesa, siempre que la correspondiente defensa se haya hecho de acuerdo con Transfesa.

Si por cualquier otra circunstancia, hoy imprevista, los socios (o Administradores) de Harbour SA tuvieran que soportar personalmente alguna responsabilidad consecuencia del contrato que hoy se firma, también Transfesa garantiza la indemnidad a los socios (o Administradores) de Harbour, a condición de que su defensa se haya realizado de acuerdo con Transfesa.

Sexto.

Harbour SA llevará una cuenta de explotación singular relativa a los buques que adquiere a los que se refiere este contrato, en cuya cuenta, aparte de los gastos necesarios para la gestión de la titularidad de los buques, se incluya un beneficio para Harbour SA cifrándose convencionalmente ambos conceptos en el 2 por ciento de las rentas cobradas por cesión de los buques. Y todos los beneficios netos (después de la deducción para los gastos y utilidades antes señaladas) que Harbour SA obtenga por la explotación de los buques, serán destinados a ir pagando el precio de adquisición de los mismos, más los gastos que haya soportado Transfesa. Las utilidades o beneficios restantes, bien de explotación o de enajenación de los buques, serán para Harbour SA.

Séptimo.

En el momento en que Harbour SA firme los contratos de cesión de uso de los buques, efectuará en favor de Transfesa una cesión, en documento público, de los derechos futuros que tenga en relación con dichos contratos, para pago del precio y gastos de compra de los buques, cobrando directamente Transfesa el importe de las rentas de los buques y remitiendo a Harbour SA la cifra relativa equivalente al 2 por ciento de las rentas cobradas por cesión de los buques, en concepto de gastos y beneficios de Harbour, S.A., de modo que lo que definitivamente se vaya aplicando Transfesa en su favor, sean las rentas netas (netas de gastos necesarios más de utilidades pactadas) de cesión de los buques.

Transfesa también se considerará pagada de sus créditos contra Harbour SA, y Harbour SA tiene el derecho correlativo, si Harbour SA pone a disposición de Transfesa -o de tercera persona que Transfesa le indique- la propiedad de los buques.

Octavo.

Si las circunstancias variaran de modo que no se pudiera aplicar este contrato en sus propios términos, las partes lo sustituirían o adaptarían, de modo que la nueva relación o la relación modificada, llegara a alcanzar sus mismos fines declarados. Dichos fines declarados servirán además de elemento interpretativo de las dudas que pudieran suscitarse.>>>

El día 8 de mayo de 2.002 se celebró la subasta de los buques en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sin que acudiese a dicho acto ningún licitador, por lo que TRANSFESA solicitó, en escrito de la misma fecha y en ejercicio de la facultad que la ley le atribuía, la adjudicación de los dos buques por el 50% de sus respectivos valores de tasación, reservándose expresamente la facultad de ceder dichos buques a tercero. Y el Juzgado dictó auto de 22 de mayo de 2.002, por el que se acordaba la adjudicación de los dos buques a la ejecutante, TRANSFESA, por el 50% de sus respectivos valores de tasación, es decir, por la suma de dos millones doscientos cincuenta y tres mil setecientos noventa y cinco euros con treinta y nueve céntimos (2.253.795,39 €) cada uno de ellos, concediendo a la parte ejecutante un plazo de veinte días para ceder el remate.

En fecha 5 de junio de 2.002 comparecieron ante el Juzgado D. Candido, en representación de TRANSFESA, y D. Dimas, en representación de HARBOUR, procediendo TRANSFESA, en dicha comparecencia, a ceder el remate de los buques a HARBOUR, indicándose en el acta levantada al efecto, en relación al precio de



la cesión de remate, textualmente, lo siguiente: "..., manifestando ambos que el precio de la cesión de remate asciende a la cantidad de 2.253.795,39 Euros, por cada uno de los buques, que ha sido recibida por el cedente, aceptando el cesionario dicho remate y subrogándose en todas las obligaciones y derechos que la adjudicación contrae."

No obstante, no era cierto que el precio del remate hubiese sido recibido por TRANSFESA, pese a que así se hizo constar en la indicada comparecencia.

En fecha 1 de julio de 2.002, HARBOUR arrendó los buques "en casco desnudo" a NAVICON, lo que permitía que esta última pudiera seguir utilizándolos en su actividad comercial.

Para asegurar la posición de TRANSFESA en relación a su posibilidad de cobro con el dinero que pudiera obtenerse con la venta de los buques, en fecha 1 de octubre de 2.002 se otorgó escritura pública en cuya virtud HARBOUR, representada en ese acto por D. Dimas, reconoció que adeudaba a TRANSFESA, representada para ese acto por D. Candido, la cantidad de 6.706.020 euros, en virtud de los acuerdos a los que llegaron en la escritura pública de 7 de mayo de 2.012 (antes referida); y, en garantía de dicha deuda, HARBOUR constituyó hipoteca sobre los buques "Navicon" y "Navipor" en favor de TRANSFESA.

En la parte expositiva de esa misma escritura de 1 de octubre de 2.002 se realizaron, entre otras, las siguientes manifestaciones:

"De modo que procede formalizar las garantías pactadas. Y asimismo, de acuerdo con la finalidad pactada para la operación, según figura en el exponiendo de la escritura de 7 de mayo de 2002 antes citada, dado que por las circunstancias de la subasta judicial, Transfesa ha podido asumir la adjudicación de los buques por un importe sensiblemente más bajo que su valor de tasación, resultaría improcedente que Harbour SA tuviera un beneficio atípico y no contemplado en la operación, al mismo tiempo que Transfesa tuviera una pérdida final en la garantía de su crédito hipotecario contra Navicón SA, razón por la cual ambas partes, cumpliendo lo previsto en su acuerdo anterior, en esta escritura efectúan una novación parcial de la anterior de 7 de Mayo de 2.002, en cuanto a determinar que las eventuales mayores utilidades que pudieran derivarse de la explotación y/o realización de los buques, habrían de destinarse a cubrir el crédito hipotecario de Transfesa contra Navicón."

En esa misma escritura de hipoteca de 1 de octubre de 2.002 se incluyeron, entre otros, los siguientes pactos:

<<Harbour SA reconoce adeudar a Transfesa la cifra de 6.706.020 euros, más sus intereses anuales al 5% a partir de hoy, si bien Harbour SA y Transfesa reiteran que la deuda de Harbour SA sólo se pagará mediante las rentas (y en su caso valores de realización) que se generen directa o indirectamente en favor de Harbour S.A. por cesión de los buques Navicón y Navipor, descontando la retrocesión que Transfesa hará en favor de Harbour, que se cifran convencional y conjuntamente en el 2% de dichas rentas; y la deuda de Harbour SA aquí reconocida, se extinguirá cuando haya desaparecido la capacidad de obtener rentas o beneficios de realización derivadas directa o indirectamente de dichos buques, cualquiera que fuere la cantidad pendiente de abono entonces; también se extinguirá la deuda de Harbour SA si Harbour SA transmite a Transfesa o a tercero que Transfesa le indique, la propiedad de los buques citados.

Harbour SA llevará una cuenta de explotación singular relativa a los buques que adquiere a los que se refiere este contrato, en cuya cuenta se computará una cuantía para gastos y comisiones en favor de Harbour SA equivalente convencional y conjuntamente al 2% de las rentas cobradas por cesión de los buques. Y todos los beneficios netos (menos la retrocesión del 2% antes mencionado) que Harbour SA obtenga por la explotación de los buques, serán destinados a ir pagando la deuda que asume Harbour S.A. como consecuencia de la adquisición de los mismos, más los gastos que haya soportado Transfesa, y después de ello, si siguieran existiendo rentas netas (o valores de realización los buques), a compensar el quebranto sufrido por Transfesa por su anterior apoyo a Navicón SA, que queda determinado en esta escritura, de modo que entre aplicación al precio, más gastos, más eventualmente las compensaciones indicadas, se pudiera alcanzar hasta una cifra de 6.706.020 euros, más sus intereses desde hoy al 5%. Si se llegara a alcanzar esa cifra de abonos a Transfesa, las utilidades o beneficios restantes, bien de explotación o de enajenación de los buques, serían para Harbour SA.

[.....]

Harbour S.A., cede en este momento a Transportes Ferroviarios Especiales S.A. (Transfesa), que en este momento adquiere su titularidad, todos los derechos que tiene cara al futuro como consecuencia del contrato de arriendo a casco desnudo que, con fecha 1 de Julio de 2002 ha formalizado con NAVICON SA, que queda incorporado a este instrumento, comprendiendo asimismo, no sólo las rentas que hayan de ser pagadas por Navicón SA, sino también cualesquiera rentas que pudiera obtener Navicón SA por la cesión a un tercero del uso



de los buques Navicón y Navipor, y, en su momento, las utilidades que Harbour SA pueda obtener por realización de los buques.

La cesión de derechos futuros aquí establecida, lo será hasta que Harbour SA, mediante ella, haya abonado a Transfesa la totalidad de la deuda que ha reconocido en esta escritura.

Harbour SA notificará notarialmente a Navicón SA en el plazo de 48 horas siguientes a esta escritura, haberse efectuado esta cesión, a fin de que todos los abonos de rentas arrendaticias sean hechos directamente por Navicón S.A. a Transfesa en sus cuentas. Y para que, asimismo, en caso de sub-cesión del uso de los buques, sin perjuicio de lo que procede por el deber contractual de contar con Harbour SA a efectos de renegociación de precios y condiciones, pacte con el tercero que el abono de las rentas sea efectuado directamente en las cuentas de Transfesa. [...].

Transfesa, una vez recibidas las rentas de explotación de los buques, entregará a Harbour SA el importe del 2% de las rentas de cesión de los buques, en concepto conjunto y convenido de gastos y comisión, aplicándose el resto para pago de su crédito contra Harbour SA. Hasta llegar a percibir el total importe de la deuda reconocida en esta escritura, momento en el que renunciará al derecho de recibir más cantidades.>>.

D.1.4.b. Variaciones en el accionariado de HARBOUR

En ejecución del plan diseñado por D. Candido y D. Ángel y con la finalidad de que este último se asegurase el control de HARBOUR y, por tanto, el control sobre la titularidad dominical de los buques y sobre el producto de su venta, en beneficio de TRANSFESA, y con la plena aceptación de D. Dimas, que había decidido colaborar en dicho plan, tuvieron lugar en el accionariado de la mercantil HARBOUR, en fecha 14 de enero de 2.002, las siguientes variaciones: a) NAVIERA MAROT compró a MARPETROL 24.500 acciones, equivalentes al 35% del capital social; b) HIMAFEL compró a MARPETROL 14.000 acciones, equivalentes al 20% del capital social; c) TAMPRE compró a MAR BUILDING 7.700 acciones, equivalentes a un 11% del capital social; y d) TAMPRE compró a MARPETROL 20.300 acciones, equivalentes a un 29% del capital social.

Como consecuencia de esas compraventas de acciones, el accionariado de HARBOUR pasó a tener, a partir del 14 de enero de 2.002, la siguiente composición de accionistas y porcentajes de capital social: TAMPRE el 40%; HIMAFEL el 20%; y NAVIERA MAROT el 40%, consiguiendo así D. Ángel, de forma indirecta a través de TAMPRE y de HIMAFEL, el control sobre la mercantil HARBOUR, a la que, conforme al plan diseñado, se pensaba transferir la titularidad dominical formal de los buques.

Asimismo y en ejecución del mismo plan, el 5 de agosto de 2.003 TAMPRE compró a NAVIERA MAROT su 40% del capital social de HARBOUR, de tal manera que, a partir de esta última fecha, TAMPRE pasó a ser titular del 80% del capital social de HARBOUR, siendo el 20% restante de la titularidad de HIMAFEL. Y en junta universal de accionistas de HARBOUR de 15 de septiembre de 2.003 se acordó sustituir el consejo de administración, del que era presidente D. David, por un administrador único, siendo designado como tal D. Ángel.

De ello se sigue que HARBOUR pasó a estar controlada por completo, a partir del día 5 de agosto de 2.003, por D. Ángel, a la vista de las vinculaciones societarias que este último tenía tanto con TAMPRE como con HIMAFEL, que hemos dejado descritas en el apartado A.6. del presente "relato fáctico".

D.1.4.c. Pactos con la mercantil CONTENEMAR, S.A.

En fecha 1 de julio de 2.002, HARBOUR arrendó los buques "en casco desnudo" a NAVICÓN, lo que permitía que esta última pudiera seguir utilizándolos en su actividad comercial. Y, en fecha 17 julio de 2.002, NAVICÓN, representada por D. Ángel, suscribió con la mercantil CONTENEMAR, S.A. (en adelante, CONTENEMAR), representada por D. Virgilio, un denominado "acuerdo operativo", en cuya virtud NAVICÓN cedía en arrendamiento (fletamento en régimen "time-charter") a CONTENEMAR los buques "Navicón" y "Navipor", a cambio de una renta diaria, y CONTENEMAR cedía a NAVICÓN, también a cambio de precio, determinados "slots" o espacios en sus buques para el transporte de contenedores, fijándose el periodo de duración de este contrato hasta el día 31 de diciembre de 2.003 y siendo prorrogable automáticamente por periodos anuales si no se producía denuncia por cualquiera de las partes con tres meses de antelación.

De esta manera, CONTENEMAR procedió a integrar los buques "Navicón" y "Navipor" en la actividad que ya venía desarrollando con su propia flota de barcos, generando con ello un ahorro de costes operativos para NAVICÓN, utilizando esta última, para el transporte de sus propios contenedores, los "slots" o huecos que CONTENEMAR le cedía en sus propios barcos (en los de CONTENEMAR) y en los dos barcos que esta última le había alquilado (buques "Navicón" y "Navipor").

Si bien este acuerdo operativo entre CONTENEMAR y NAVICÓN permitía que NAVICÓN redujese costes en su actividad comercial, no servía, en cambio, para que NAVICÓN pudiese generar beneficios en dicha actividad ni para superar su crítica situación económico-financiera, lo que era perfectamente conocido por los hermanos Candido Ángel, resultando que los saldos entre NAVICÓN y CONTENEMAR que se derivaron del cumplimiento de



ese acuerdo operativo siempre resultaron deficitarios para NAVICÓN, en la medida que las cantidades devengadas a favor de CONTENEMAR, en ejecución o desarrollo del citado acuerdo operativo, siempre eran superiores a aquellas que se devengaban a favor de NAVICÓN.

Pese a ese conocimiento por parte de los hermanos Candido Ángel de que dicho "acuerdo operativo" con CONTENEMAR no permitiría que NAVICÓN alcanzase viabilidad económico-financiera, promovieron su celebración y mantuvieron su vigencia porque posibilitaba que los barcos siguieran navegando, evitando así que quedasen parados con la consiguiente disminución de su valor en venta, al tiempo que se aparentaba ante los acreedores que se pretendía la continuidad de la actividad de la empresa, en lugar de su liquidación, lo que facilitaba, a su vez, que se mantuviese abierto el expediente de suspensión de pagos con la consiguiente imposibilidad de que se declarase la quiebra de NAVICÓN.

También el día 17 de julio de 2.002, se suscribió una denominada "póliza mercantil de contrato de opción de compra de acciones y buques" por las siguientes personas: D. Virgilio, en representación de CONTENEMAR; D. Purificación, en representación de TAMPRE; D. Candido, en representación de TRANSFESA; y D. Dimas, en representación de HARBOUR. En dicha póliza se concedía a CONTENEMAR una opción conjunta de compra sobre la totalidad de las acciones de NAVICÓN y sobre los dos buques "Navicón" y "Navipor", indicándose en el documento que la dueña de estos últimos era HARBOUR, y señalándose también que dicha opción podría ser ejercitada por CONTENEMAR hasta el día 31 de diciembre de 2.003, salvo que el acuerdo operativo suscrito ese mismo día 17 de julio de 2.002 quedase rescindido o ineficaz por causa imputable a CONTENEMAR.

También se pactó en esa póliza de contrato de opción de compra de acciones y buques, que, en caso de ejercitarse la opción por CONTENEMAR, el precio de venta de la totalidad de las acciones de NAVICÓN sería de un euro y el precio de venta de cada uno de los buques sería de 3.095.213,23 euros.

Esa póliza fue suscrita por D.^a Purificación, en nombre y representación de TAMPRE, en mero cumplimiento de las instrucciones que le dio, al efecto, D. Ángel, en virtud de la relación laboral que aquella mantenía con HIMAFEL y de la que hemos dejado constancia en el apartado A.6. del presente "relato fáctico".

Con la suscripción de esta póliza los hermanos Candido Ángel pretendían, con la consciente y voluntaria colaboración de D. Dimas, que CONTENEMAR acabase adquiriendo la titularidad dominical de los buques "Navicón" y "Navipor" en exclusivo beneficio de TRANSFESA, que sería quien acabaría recibiendo su precio, y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN, sin que la señora Purificación tuviese conocimiento de las intenciones de los señores Candido Ángel.

CONTENEMAR no ejercitó la opción de compra que en la citada póliza le era concedida.

No obstante, en fecha 12 de agosto de 2.003 se suscribió una denominada "escritura pública de compraventa de buques y contenedores y de otorgamiento de garantías adicionales" en la que intervinieron las siguientes mercantiles: HARBOUR, representada para ese acto por una persona física en virtud de un poder especial de representación de fecha 6 de agosto de 2.003 que exhibió y retiró y que, a juicio del notario autorizante, le facultaba para la compraventa de buques y otorgamiento de garantías adicionales a documentar en esa escritura; TRANSFESA, representada por D. Candido; y MEYKEL, S.L. (en adelante, MEYKEL), representada por su administrador único, formando parte esta última empresa del mismo grupo que CONTENEMAR.

En la parte expositiva de esa escritura de 12 de agosto de 2.003, se dejaba constancia de que los buques "Navicón" y "Navipor" habían sido adjudicados a TRANSFESA en subasta y que esta última había cedido el remate a HARBOUR, indicando también que los buques se encontraban arrendados en régimen de "time-charter" por HARBOUR a CONTENEMAR, haciendo referencia, igualmente, a la escritura pública de 7 de mayo de 2.002, por la que se establecían una serie de pactos entre TRANSFESA y HARBOUR en relación con los buques, y a la escritura pública de 1 de octubre de 2.002, por la que HARBOUR constituía hipoteca sobre los buques en favor de TRANSFESA, afirmándose que dicha hipoteca había sido cancelada en ese mismo día.

En virtud de esa escritura pública de 12 de agosto de 2.003, HARBOUR vendía a MEYKEL los buques "Navicón" y "Navipor" libres de cargas y gravámenes, pero se incluían una serie de condiciones suspensivas, relacionadas en la misma escritura, que de no encontrarse cumplidas a fecha 1 de enero de 2.004 darían lugar a la anulación de la escritura y su consiguiente ineficacia, por lo que se añadía que la tradición o entrega de los buques no se entendería producida hasta el día 1 de enero de 2.004 y siempre que hubiesen quedado cumplidas las condiciones señaladas. Y se pactó un precio de 3.440.000 euros por cada uno de los buques, pagadero en seis años, siendo el primero de carencia, y en abonos quincenales.

En la escritura también se declaraba, textualmente, lo siguiente: "MEYKEL S.L. declara conocer el estado de los buques que adquiere, ya que CONTENEMAR, S.A. empresa de su grupo los tiene arrendados en régimen de Time charter."



También se incluyeron en esa escritura de 12 de agosto de 2.003, entre otras, las siguientes cláusulas:

<<HARBOUR por medio de su representante cede a TRANSFESA que acepta los pagos correspondientes a la presente compraventa.

MEYKEL, S.L. por medio de su representante se da por notificada de la cesión efectuada y realizará los pagos en los plazos fijados en la estipulación segunda mediante su ingreso en la cuenta corriente que al efecto le indique TRANSFESA [...].

En virtud, de la cesión operada, los pagos a favor de TRANSFESA tendrán plenos efectos liberatorios para MEYKEL, S.L.

[.....]

Si se ejercitara acción de retroacción derivada de alguna situación concursal de Navicón, S.A. cuyo objeto afectare a la titularidad de los buques Navicón y/o Navipor, MEYKEL, S.L. deberá defenderse siguiendo las instrucciones que al efecto le de Transfesa, o dar poderes a Transfesa para que ésta asuma la defensa del asunto, asumiendo Transfesa las costas y honorarios que se devengaran.

Cumplida esta condición, Transfesa garantiza a MEYKEL S.L., que le cubrirá de cualquier exigencia de frutos, responsabilidades, daños y perjuicios que Navicón S.A. o los acreedores de Navicón S.A., o la Sindicatura de la Quiebra de Navicón S.A., en su caso, o Harbour puedan dirigirle por haber adquirido, o usado desde su compra, los buques Navicón y/o Navipor, asumiendo directa e irrevocablemente Transfesa el pago de cualquier cantidad a la que pudiera ser condenada en su caso MEYKEL S.L. como consecuencia del ejercicio de la acción de retroacción, renunciando expresamente Transfesa a cualquier derecho de repetición que pudiera corresponderle con motivo del pago efectuado a MEYKEL S.L. Y asimismo le garantiza de que no habrá de pagar a Navicón ni a sus acreedores, las partes del precio que aun MEYKEL S.L. tuviere pendientes de devengo cuando MEYKEL S.L., como consecuencia de aquellas acciones, tuviere que entregar los buques.

Pero en esa hipótesis de que MEYKEL S.L. llegare a perder los buques como consecuencia de tales acciones de retroacción, MEYKEL S.L. tendrá que haber pagado a Transfesa, y si no lo ha pagado hasta entonces, tendrá que pagar a Transfesa, la parte proporcional del precio de los buques que en relación con los seis años de aplazamiento, corresponda al tiempo en que MEYKEL S.L. disfrutó de la disponibilidad de los buques, comprendiendo también los periodos de carencia. Mientras este pago no esté completado, la cobertura que Transfesa otorga a favor de MEYKEL, S.L. según el párrafo anterior, no será operativa.>>. (los resaltes en negrita son nuestros).

En fecha 8 de octubre de 2.003 se otorgó una nueva escritura pública, denominada "escritura de fianza", entre TRANSFESA, representada por D. Candido, y CONTENEMAR, representada por D. Virgilio, en la que, tras hacerse referencia a la escritura de 12 de agosto de 2.003, que acabamos de transcribir parcialmente, se incluían, entre otras, las siguientes cláusulas:

<<II.- Que, sin perjuicio de la responsabilidad personal del comprador y de las garantías que en aquella escritura se pactaron, en este acto CONTENEMAR S.A. añade su responsabilidad personal y garantiza a TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES S.A. el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por la sociedad compradora en aquella escritura.

III.- Que, TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES S.A. acepta la garantía adicional que en este acto le otorga CONTENEMAR S.A.

IV.- Que, asimismo TRANSFESA garantiza a CONTENEMAR:

- Que asumirá y pagará las [...].

- Que, asimismo garantiza a CONTENEMAR cuantas responsabilidades puedan derivarse para ella, sus Consejeros y Apoderados de las operaciones de compraventa de activos y Buques suscritas el doce de Agosto de dos mil tres ante el Notario de Madrid [...].

- Que, si se ejercitara acción de retroacción derivada de alguna situación concursal de Navicón S.A. cuyo objeto afectare a la titularidad de los buques Navicón y/o Navipor, y a la explotación los citados buques por CONTENEMAR en sus líneas marítimas, CONTENEMAR deberá defenderse siguiendo las instrucciones que al efecto le de TRANSFESA, o dar poderes a TRANSFESA para que ésta asuma la defensa del asunto, asumiendo TRANSFESA las costas y honorarios que se devengaran.

- Que, cumplida esa condición, TRANSFESA garantiza a CONTENEMAR que le cubrirá cualquier exigencia de frutos, responsabilidades, daños y perjuicios que Navicón, S.A. o los acreedores de Navicón S.A., o la Sindicatura de la Quiebra de Navicón, en su caso, o Harbour puedan dirigirle por haber adquirido, o usado desde su compra, los buques Navicón y/o Navipor, asumiendo directa e irrevocablemente TRANSFESA el pago de cualquier cantidad, a favor de los accionantes antes citados, a la que pudiera ser condenada en su caso CONTENEMAR como consecuencia del ejercicio de la acción de retroacción, renunciando expresamente



TRANSFESA a cualquier derecho de repetición contra CONTENEMAR que pudiera corresponderle con motivo del pago efectuado a terceros. Y asimismo le garantiza de que no habrá de pagar a Navicón S.A. ni a sus acreedores, las partes del precio que aun MEYKEL S.L. tuviere pendientes de devengo cuando Meykel S.L., como consecuencia de aquellas acciones, tuviere que entregar los buques.

Pero en esa hipótesis de que MEYKEL S.L. / CONTENEMAR llegare a perder los buques como consecuencia de tales acciones de retroacción, MEYKEL S.L. / CONTENEMAR tendrán que haber pagado a TRANSFESA, y si no lo ha pagado hasta entonces, tendrá que pagar a TRANSFESA, la parte proporcional del precio de los buques que en relación con los seis años de aplazamiento, corresponda al tiempo en que MEYKEL S.L. / CONTENEMAR disfrutaron de la disponibilidad de los buques, comprendiendo también los periodos de carencia. Mientras este pago no esté completado, la cobertura que TRANSFESA otorga a favor de CONTENEMAR según el párrafo anterior, no será operativa. Tampoco será operativa la garantía de TRANSFESA si coexisten en la temporalidad del contrato seis cuotas impagadas, aunque posteriormente se solucionara.

[.....]

VI.- Y que CONTENEMAR acepta todas las garantías adicionales que en este acto le otorga Transportes Ferroviarios Especiales SA.

VII.- Las partes se comprometen a mantener la confidencialidad de estos contratos fuera de las exigencias de la buena administración de la empresa.>>. (los resaltes en negrita son nuestros).

Ni MEYKEL ni CONTENEMAR llegaron a adquirir la titularidad dominical de los buques "Navicón" y "Navipor" en virtud de esas escrituras de 12 de agosto y 8 de octubre de 2.003, al no cumplirse las condiciones de las que ello dependía.

D.1.4.d. Financiación de NAVICÓN por TRANSFESA durante el expediente de suspensión de pagos

Durante la tramitación del expediente de suspensión de pagos, TRANSFESA estuvo financiando a NAVICÓN exclusivamente en la medida necesaria para que esta última pudiera seguir realizando actividad comercial a lo largo de dicha tramitación, con la finalidad de seguir aparentando una intención de viabilizar económicamente la empresa, impidiendo así que pudiera producirse una precipitada clausura del procedimiento de suspensión de pagos y una posible declaración de quiebra y evitando, al mismo tiempo, la disminución del valor en venta de los buques que se produciría si quedasen parados y sin actividad.

La forma en que se realizaba esa financiación consistía en que TRANSFESA adelantaba a NAVICÓN el dinero necesario para el pago a proveedores, que luego era recuperado por TRANSFESA a través del dinero que NAVICÓN cobraba de sus clientes y le entregaba, generándose así un movimiento circular de dinero para permitir la continuación de la actividad de NAVICÓN, sin que en el desarrollo de esa actividad esta última llegase a generar beneficios en ningún momento.

Toda la financiación que TRANSFESA proporcionó a NAVICÓN durante el expediente de suspensión de pagos fue destinada exclusivamente a abonar nuevas deudas originadas por la actividad desplegada por esta última durante la tramitación del referido expediente, sin que con ese dinero se abonase cantidad alguna por deudas anteriores a la presentación de la solicitud de suspensión de pagos.

D.1.4.e. Actos realizados en el expediente de suspensión de pagos tendentes a la aprobación de un convenio con los acreedores

En fecha 2 de abril de 2.002 se dictó auto por el que se declaraba a NAVICÓN en estado legal de suspensión de pagos y en situación de insolvencia definitiva, concediéndole el plazo de quince días, legalmente previsto, para que la suspensa o persona en su nombre consignase o afianzase la suma de 9.802.637,13 euros (1.631.021.581 pts.), a que ascendía la diferencia entre el pasivo y el activo, a fin de que la declaración de insolvencia definitiva pasase a ser de insolvencia provisional.

En respuesta a la notificación de dicho auto, que le fue realizada el 8 de abril de 2.002, NAVICÓN presentó un escrito que llevaba fecha del día siguiente, 9 de abril de 2.002, y que fue firmando personalmente por D. Ángel, en el que se realizaban, textualmente, las siguientes consideraciones y peticiones:

"1. Que el plazo de quince días que se nos otorga para consignar o afianzar la diferencia, es un derecho que se nos otorga para evitar la consolidación de la insolvencia como definitiva, renunciable, como todos los derechos por aquel a quien se conceden, si con ello no se causa perjuicio a tercero (perjuicio que en este caso sin duda no se produciría), según se deriva del artículo 6 del Código Civil .

2. Que hasta que transcurra tal plazo no cabe que el Juzgado convoque la Junta de acreedores, según dispone el art. 10, párrafo primero, de la Ley de Suspensión de Pagos ; y dado que a la sociedad le conviene no demorar la celebración de dicha Junta, para poder aprobar el Convenio que asegure su viabilidad.

SUPLICA:

Que recibido este escrito:



1. Se tenga por manifestada la renuncia de esta parte al plazo de consignación o afianzamiento otorgado por el Auto de declaración de insolvencia definitiva.

2. Se dicte Resolución teniendo por cerrado dicho plazo, con los efectos legales de confirmación de la insolvencia como definitiva.

3. Y se proceda de inmediato, en los términos establecidos para ello en el art. 10 de la Ley de Suspensión de Pagos , a convocar la Junta de acreedores."

Con la presentación de dicho escrito de 9 de abril de 2.002, D. Ángel, en ejecución del plan que su hermano y él habían diseñado, intentaba dificultar al máximo que acreedores que representasen al menos dos quintos del total pasivo tuvieran tiempo suficiente para llegar a solicitar el sobreseimiento del expediente o la declaración de quiebra de la compañía, en el breve plazo de cinco días que se concedía al efecto en el artículo 10 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1.922, pues los señores Candido Ángel sabían que con esa renuncia de NAVICÓN al plazo de quince días para consignar o afianzar, si era aceptada por el Juzgado, se conseguiría reducir a ese plazo legal mínimo de cinco días el tiempo de que dispondrían al menos dos quintos del total pasivo de acreedores para pedir el sobreseimiento del expediente o la declaración de quiebra, toda vez que ya no contarían los acreedores con ese plazo previo de quince días para ir preparando su petición o peticiones en previsión de que la empresa no consignase o afianzase dentro del mismo.

En respuesta a ese escrito de NAVICÓN de 9 de abril de 2.002, el Juzgado dictó providencia de 17 de abril de 2.002, por la que, entre otros pronunciamientos, acordaba lo siguiente:

"Vistas las manifestaciones efectuadas por la suspenso y por las que renuncia al plazo de consignación o afianzamiento acordado, se mantiene la calificación de insolvencia definitiva de NAVICON S.A., y una vez transcurra el término de cinco días que establece el art. 10 de la L.S.P ., se acordará lo procedente en orden a la convocatoria de la Junta General de Acreedores, limitándose la actuación gestora del (la) suspenso (a) a lo ya acordado en este expediente."

A continuación, por NAVICÓN se presentó un escrito de 25 de abril de 2.002, en el que solicitó que, para la posible aprobación de un convenio con los acreedores, se sustituyera la celebración de la junta de acreedores por la tramitación escrita que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1.922, podía acordar el Juez para los supuestos en los que el número de acreedores fuese superior a doscientos, solicitando también que se concediese el plazo legal máximo de cuatro meses para esa tramitación.

Tal solicitud fue realizada en cumplimiento de lo indicado al efecto por D. Ángel, que había acordado con su hermano, D. Candido, que se realizase tal solicitud de plazo máximo para la tramitación escrita de la aprobación de un convenio con los acreedores, con la finalidad de que se siguiera manteniendo en tramitación el expediente de suspensión de pagos durante el mayor tiempo posible, mientras se intentaba la búsqueda de compradores para los buques hipotecados, sin que los hermanos Candido Ángel tuviesen intención alguna de dar cumplimiento al convenio que pudiera aprobarse.

La referida solicitud fue reiterada por NAVICÓN en escrito de 10 de mayo de 2.002, personalmente sucrito por D. Ángel.

A la vista de la providencia de 17 de abril de 2.002 antes referida, cinco sociedades mercantiles acreedoras presentaron en el expediente de suspensión de pagos un escrito de 26 de abril de 2.002, en el que solicitaban que se diese por concluido dicho expediente y se declarase la quiebra de NAVICÓN, con efectos retroactivos al día 7 de abril de 2.000, por ser la fecha de otorgamiento de la hipoteca naval constituida sobre los buques "Navicón" y "Navipor" en garantía del aval otorgado por TRANSFESA.

En respuesta al anterior escrito se dictó providencia de 20 de mayo de 2.002, en la que se acordaba, entre otros extremos y textualmente, lo siguiente:

"No ha lugar a tener por formulada la petición de declaración de quiebra toda vez que los acreedores que comparecen no representan los dos quintos del total del pasivo, conforme establece el art. 10 de la Ley de Suspensión de Pagos . Igualmente, la petición se ha efectuado fuera del plazo de Cinco Días previsto en el citado art. 10, al no ser de aplicación la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición Derogatoria Unica y Disposición Transitoria 2º de la Lec de 2.000)."

A continuación, por el Juzgado se dictó auto de 21 de mayo de 2.002 por el que se acordaba convocar junta general de acreedores para la posible aprobación de un convenio, señalándose para su celebración el día 26 de julio de 2.002.

No obstante, habida cuenta de que NAVICÓN, por medio de escrito de 10 de mayo de 2.002, había reiterado su petición de tramitación escrita y advertido ello por el Juzgado, se dictó auto de 4 de junio de 2.002 por el que se acordó suspender la celebración de la Junta de acreedores y se acordó su sustitución por la tramitación



escrita, a cuyo efecto se concedió a la suspensa un plazo de cuatro meses para la presentación de la proposición de convenio con las adhesiones de los acreedores obtenidas de forma auténtica.

Con la finalidad de controlar, en la medida de lo posible, el devenir del procedimiento de suspensión de pagos, especialmente de cara a facilitar la obtención de la mayoría de dos tercios del total pasivo necesaria para la aprobación del convenio con los acreedores, TRANSFESA, ADMÍN, INDASA y TAMPRE, estas tres últimas controladas por D. Ángel (ver apartado A.6. del "relato fáctico"), procedieron a adquirir una serie de créditos de determinados acreedores subrogándose en las respectivas posiciones acreedoras de estos últimos; en concreto en los siguientes casos:

* INDASA presentó un escrito en el expediente de suspensión de pagos, en fecha 20 de diciembre de 2.001, en el que comunicaba que había adquirido de COMMERZBANK un crédito que este último ostentaba contra NAVICÓN, añadiendo que, dado que COMMERZBANK había sido designado interventor en su condición de acreedor de la suspensa y que INDASA había adquirido su crédito, se designase interventora de la suspensión de pagos a esta última.

* D. Candido, en representación de TRANSFESA, suscribió personalmente un escrito presentado, en fecha 20 de diciembre de 2.001, en el procedimiento de suspensión de pagos, en el que afirma que "Transfesa es la primera acreedora, con bastante diferencia, de la sociedad Suspensa Navicón, S.A." (sic), afirmando también que había tenido conocimiento de que COMMERBANK, que actuaba como interventor, había vendido su crédito a INDASA y que por ello iba a cesar en el cargo, manifestando el señor Candido que "por nuestra parte queremos hacer valer nuestra posición de primer acreedor, y solicitamos que se nos designe a nosotros, Transfesa, como Interventora de la suspensión de pagos, [...]" (sic) y añadiendo que "si no se nos designare a nosotros, subsidiariamente, creemos que para una más eficaz y ágil tramitación de la suspensión de pagos, debería aceptarse la solicitud que sabemos está presentando INDASA para que se la designe a ella, [...]" (sic).

* BBVA presentó un escrito en el expediente de suspensión de pagos, en fecha 4 de julio de 2.002, en el que comunicaba que TAMPRE le había hecho pago, en fecha 15 de febrero de 2.002, de parte del crédito que tenía contra NAVICÓN con la intención de subrogarse en la posición acreedora frente a esta última, concretando que la cantidad que TAMPRE le había abonado, a tales efectos, ascendía a 135.227,73 euros.

* TRANSFESA presentó un escrito en el expediente de suspensión de pagos, en fecha 20 de junio de 2.002, comunicando que, en fecha 11 de marzo de 2.002, la sociedad "Consent Equipment Aktiebolag" (en adelante, CONSENT) le había cedido un crédito por importe de 131.851,20 euros y solicitando que se tomase nota de esa cesión a los efectos de formación de la lista definitiva de acreedores para la aprobación del convenio.

* Las mercantiles GESEACO, SRL (GES), GESEACO IBERIA, SL (GESL), SEA CONTAINERS, S.A. (SEA CONTAINERS) y ADMÍN presentaron un escrito en el expediente de suspensión de pagos, en fecha 21 de junio de 2.002, en el que comunicaban que, en fecha 7 de mayo de 2.002, cada una de las tres primeras sociedades mencionadas habían cedido a ADMÍN los siguientes créditos: GES la cantidad de 1.451.841,90 €; GESL la cantidad de 305.783,36 €; y SEA CONTAINERS, la cantidad de 50.087,59 €. La suma de los tres créditos cedidos por esas tres sociedades a ADMÍN ascendía, por tanto, a la cantidad total de 1.807.712,85 €.

* ADMÍN presentó un escrito en el expediente de suspensión de pagos, en fecha 21 de junio de 2.002, en el que manifestaba que había adquirido el crédito de GESEACO y que dado que esta última estaba ejerciendo el cargo de interventora, en su condición de acreedora de la suspensa, y que iba a renunciar tras haber cedido su crédito, se designase como nueva interventora, en sustitución de GESEACO, a ADMÍN.

* Las mercantiles TRANSFESA y CRONOS CONTAINER LIMITED (en adelante, CRONOS) presentaron un escrito en el expediente de suspensión de pagos, de fecha 8 de julio de 2.002, en el que comunicaban que, en fecha 22 de marzo de 2.002, CRONOS había cedido a TRANSFESA un crédito por importe de 282.676,13 euros, a los efectos de que se modificase el nombre del correspondiente acreedor en la lista de acreedores que debía formarse para el trámite de adhesiones y aprobación del convenio.

* En virtud de sendos escritos de 8 de julio de 2.002 y de 23 de julio de 2.002, TRANSFESA comunicó en el expediente de suspensión de pagos que se había procedido a la realización de los buques en el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando ser incluida en la lista de acreedores de NAVICÓN por el resto de crédito que no había quedado extinguido en el procedimiento de ejecución hipotecaria, solicitando la inclusión de ese resto de crédito por un principal de 2.741.554,49 euros, reconociéndosele en la lista definitiva de acreedores un resto de crédito, por tal concepto, por importe de 2.399.054,54 euros.

El Juzgado dictó providencia de 11 de julio de 2.002 en la que tuvo por hechas las manifestaciones realizadas por TRANSFESA, ADMÍN e INDASA en relación con su común interés en ser interventoras en el expediente y procede a nombrar nuevo interventor a BANCO POPULAR.



Por los interventores se presentó en el expediente de suspensión de pagos un escrito de 17 de julio de 2.002, al que se acompañaba una lista definitiva de acreedores, cerrada a esa misma fecha, de la que resultaba que el total pasivo de acreedores ascendía a 14.134.375,35 euros, siendo aprobada dicha lista de acreedores por medio de auto de 26 de julio de 2.002.

Por otra parte, la mercantil SIRIUS CONSIGNACIONES, S.L. (en adelante, SIRIUS) era una empresa del mismo grupo que NAVICÓN, siendo esta última titular del 100% del capital social de aquélla. Y por SIRIUS se presentó un escrito de 9 de mayo de 2.002 en el expediente de suspensión de pagos en el que se solicitaba la inclusión en la lista de acreedores de NAVICÓN de un crédito de SIRIUS por importe de 165.449.419 pesetas (994.371,03 €), acompañando a dicho escrito una carta dirigida por SIRIUS a NAVICÓN, firmada por D. Candido, en calidad de administrador único de SIRIUS, y firmada en su recibí de fecha 14 de noviembre de 2.001 por D. Ángel, en su calidad de administrador único de NAVICÓN, en la que SIRIUS reclamaba a NAVICÓN esa cantidad de 165.449.419 pesetas.

Ese crédito por importe de 165.449.419 pesetas del que SIRIUS afirmaba ser titular frente a NAVICÓN sólo fue objeto de reconocimiento por los interventores en el expediente de suspensión de pagos por un importe de 38.199.427 pesetas (229.583,18 €), en escrito de 23 de septiembre de 2.002.

De conformidad con todo ello, en la lista definitiva de acreedores cerrada a 23 de septiembre de 2.002, que presentaron los interventores en el procedimiento de suspensión de pagos en ese mismo mes, y tras la rebaja del crédito de TAMPRE desde la cantidad de 153.227,72 euros hasta la cantidad de 135.225,72 euros en virtud de corrección realizada por los interventores en posterior escrito de 23 de octubre de 2.002, quedaron incluidas definitivamente como acreedoras de NAVICÓN, junto al resto de acreedores, las siguientes personas físicas y jurídicas y con los siguientes clasificaciones e importes de sus respectivos créditos:

El total pasivo de los acreedores de NAVICÓN en el expediente de suspensión de pagos (tras la corrección incluida en la lista definitiva de acreedores por providencia de 17 de diciembre de 2.002, que aceptaba la reducción del crédito de TAMPRE a 135.227,72 € y la inclusión de un crédito de BBVA por importe de 207.894,72 €, propuestas por los interventores en escrito de 23 de octubre de 2.002), alcanzaba la cifra de 14.757.659,08 euros, por lo que esa cantidad total de 6.164.712,42 euros suponía un 41,77% del total pasivo de la suspensión de pagos.

D. Ángel y D. Candido, en sus respectivas representaciones de las mercantiles NAVICÓN y TRANSFESA, decidieron presentar y presentaron en el expediente de suspensión de pagos un escrito conjunto de 1 de octubre de 2.002, al que se acompañaba una propuesta de convenio formulada por TRANSFESA a fin de que fuera sometido a las adhesiones de los acreedores.

Posteriormente NAVICÓN presentó un nuevo escrito de 3 de octubre de 2.002, al que adjuntaba esa misma propuesta de convenio formulada por TRANSFESA, ya protocolizada notarialmente en escritura pública de 2 de octubre de 2.002, expresándose en esa escritura la adhesión y voto favorable de TRANSFESA al convenio por ella misma propuesto. Y también se acompañaba a ese escrito un acta notarial de adhesión al convenio, de fecha 2 de octubre de 2.002, formulada por D. Ángel, en su propio nombre y en el de ADMÍN.

En ese mismo escrito de 3 de octubre de 2.002 se indicaba expresamente que la adhesión y voto favorable de TRANSFESA a esa propuesta de convenio se realizaba por los importes de 1.108.668,21 euros y 2.399.054,54 euros, a que ascendían los respectivos créditos que tenía reconocidos en la lista definitiva de acreedores; y se indicaba también que la adhesión y voto favorable a esa propuesta de convenio por parte de D. Ángel, en su propio nombre y en el de ADMÍN, lo era por los importes de 1.766,98 euros y 1.807.712,85 euros, a que ascendían los importes de los respectivos créditos que tenían reconocidos en la lista de definitiva de acreedores.

En fecha 4 de octubre de 2.002, D. Purificacion efectuó comparecencia ante el Juzgado y, en su condición de administradora única de TAMPRE, manifestó la adhesión de esta última, como acreedora incluida en la lista definitiva de acreedores (crédito por importe de 135.227,72 €), a la propuesta de convenio formulada por TRANSFESA.

Tal comparecencia fue realizada por D.^a Purificacion en cumplimiento de la indicación que le dio al respecto D. Ángel, como consecuencia de la subordinación laboral que para ella se derivaba de las relaciones o vinculaciones que hemos dejado expuesta en el apartado A.6. del presente "relato fáctico", sin que la señora Purificacion tuviese conocimiento alguno del plan que habían ideado los hermanos Candido Ángel para conseguir la venta de los buques en exclusivo beneficio de TRANSFESA.

En fecha 29 de octubre de 2.002, D. Candido efectuó comparecencia ante el Juzgado y, actuando en nombre y representación de SIRIUS, manifestó la adhesión de esta última, como acreedora incluida en la lista



definitiva de acreedores (crédito por importe de 229.583,18 €), a la propuesta de convenio formulada por TRANSFESA.

En fecha 29 de octubre de 2.002, compareció en el Juzgado una persona física, en representación de INDASA, y manifestó la adhesión de esta última, como acreedora incluida en la lista definitiva de acreedores (crédito por importe de 482.698,93 €), a la propuesta de convenio formulada por TRANSFESA.

Las adhesiones formuladas a la propuesta de convenio por parte de TRANSFESA, D. Ángel, SIRIUS, ADMÍN, INDASA y TAMPRE, que sumaban un pasivo de 6.164.712,42 euros, representaban el 62,65% del pasivo necesario para la aprobación del convenio (2/3 del total pasivo = 9.838.439,38 €).

NAVICÓN presentó un escrito de 18 de noviembre de 2.002, en el que solicitaba que, además del plazo inicial de cuatro meses para la tramitación escrita de la aprobación del convenio, se concediese un plazo adicional de un mes más; y por providencia de 17 de diciembre de 2.002 se acordó esa prórroga de un mes, señalando que el plazo para presentar adhesiones al convenio vencía el 26 de diciembre de 2.002.

En la propuesta de convenio formulada por TRANSFESA se contemplaba una quita de los créditos de los acreedores de NAVICÓN de aproximadamente un 80% de sus importes y se preveía que, en caso de incumplimiento del convenio, se transformaría de inmediato en convenio de liquidación que empezaría a ejecutarse desde ese momento, a cuyo efecto se designaba una comisión liquidadora compuesta por TRANSFESA, ADMÍN y TAMPRE, que adoptaría sus decisiones y acuerdos, por mayoría de votos, en esa fase de liquidación, siendo delegable el voto para cada acto o sesión en cualquiera de sus miembros.

Se añade en el texto de esa propuesta de convenio que, con su aprobación, se acuerda crear una comisión de vigilancia del mismo, vigente hasta su finalización, que estaría formada, igualmente, por TRANSFESA, ADMÍN y TAMPRE.

Se declara también en la propuesta de convenio que con su total cumplimiento quedarían finiquitadas las relaciones entre la suspensa y los acreedores de la misma afectados por el convenio.

Finalmente, se añade en la propuesta de convenio una última cláusula del siguiente tenor literal:

"El expediente de suspensión de pagos instado por Navicón, S.A. quedará ultimado con la aprobación de este Convenio, una vez que gane firmeza el Auto Judicial aprobatorio del mismo, cesando la Intervención Judicial de los negocios de la Suspensa, recuperando la entidad suspensa su capacidad de obrar sin limitación alguna y de forma tan amplia como la ley permite, sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidades asumidas en el presente Convenio."

D. Candido y D. Ángel no tenían intención alguna de dar cumplimiento al convenio propuesto por TRANSFESA aunque llegase a ser aprobado, pero buscaron con sus actos, ya descritos en el presente apartado, que se produjese dicha aprobación, para dilatar el expediente de suspensión de pagos durante el máximo tiempo posible, mientras se intentaba vender los buques a tercero en exclusivo beneficio de TRANSFESA y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN, y porque sabían que la aprobación del convenio, con la expresa previsión de que se transformase en convenio de liquidación en caso de incumplimiento y con la designación de una comisión liquidadora formada por tres empresas por ellos controladas (TRANSFESA, ADMÍN y TAMPRE), les concedería un pleno control sobre el procedimiento de liquidación y les facilitaría seguir esquivando la iniciación de un procedimiento de quiebra con su temido efecto retroactivo sobre la hipoteca de los buques, pese a ese incumplimiento del convenio.

Tras reunir el convenio propuesto las suficientes adhesiones, por el Juzgado de dictó auto de 25 de junio de 2.003 por el que fue objeto de aprobación, ganando firmeza dicho auto.

D.1.4.f. Incumplimiento del convenio con los acreedores y disolución y liquidación de NAVICÓN

D. Ángel y D. Candido, siguiendo con el desarrollo del plan por ellos ideado, consistente en incumplir el convenio con los acreedores que acababa de ser aprobado por medio de auto de 25 de junio de 2.003, a fin de que quedase inmediatamente transformado en convenio de liquidación, conforme a las previsiones del propio convenio, consiguiendo así una liquidación de NAVICÓN controlada por ellos y soslayando la iniciación de un procedimiento de quiebra, realizaron los actos que se van a indicar a continuación.

En fecha 30 de julio de 2.003 se celebró junta general extraordinaria de accionistas de NAVICÓN, con la asistencia de sus dos únicas socias a dicha fecha, que eran TRANSFESA, con un 47,03% del capital social, y TAMPRE, con el 52,96% restante, estando representada la primera de ellas en dicha Junta por D. Candido y la segunda por D. Ángel, actuando este último como presidente y secretario de la junta.

En dicha junta de 30 de julio de 2.003, los asistentes, además de ratificar la aprobación (que se había realizado en anterior Junta de 30 de junio de 2.003) de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2.002, con un resultado de pérdidas de 2.887.042,75 euros y fondos propios negativos, acordaron la disolución y



liquidación de NAVICÓN, siendo publicado este último acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del día 15 de septiembre de 2.003.

En fecha 1 de septiembre de 2.003 y en base a lo también acordado en junta general extraordinaria de accionistas de NAVICÓN de 18 de agosto de 2.003 (a la que también asistieron exclusivamente D. Candido y D. Ángel, en sus respectivas representaciones de TRANSFESA y TAMPRE), se presentó por la representación procesal de NAVICÓN, en el expediente de suspensión de pagos, un escrito de fecha 31 de agosto de 2.003, en el que, de un lado, se afirmaba la imposibilidad de cumplir el convenio y la transformación de este último en convenio de liquidación, y, de otro lado, se comunicaba el estado de disolución/liquidación de NAVICÓN que había sido acordado en la junta de 30 de julio de 2.003, solicitando que se procediese a la liquidación de la sociedad en el seno del propio expediente de suspensión de pagos, pero indicando en el último párrafo de la página quinta de dicho escrito que "este proceso de liquidación debe ser tramitado por la Comisión Liquidadora aprobada en el mismo Convenio, para respetar al máximo lo aprobado judicialmente con carácter previo" (sic).

En el mismo escrito, por la representación procesal de NAVICÓN se afirmaba también, en el primer párrafo de su cuarta página, que "La Conversión efectuada del Convenio de la Suspensión de Pagos en un Convenio de Liquidación, efectuado en los propios términos establecidos en el Convenio de la Suspensión, coloca sin duda a este proceso de liquidación abierto dentro de la órbita de la Suspensión de Pagos tramitada en la que comparecemos. Sin que ello constituya algo insólito, pues sabemos que esa cláusula de Conversión es frecuente en los Convenios aprobados bajo la Ley de Suspensión de Pagos de 1922." Y se añadía en el cuarto párrafo de la misma página que "Nos parece importante destacar, llegados a este punto, que hoy ya ha sido promulgada una nueva Ley Concursal, la Ley 22/2003, que en algunos puntos ya ha entrado en vigor; y que, si bien en su mayoría entrará en vigor aun dentro de unos meses, es una Ley que, como destaca en su exposición de motivos y es evidente, viene a solucionar las enormes lagunas y no menores obsolescencias de la anterior normativa, alguna casi bicentenaria."

Por el Juzgado se dictó providencia de 12 de noviembre de 2.003, por la que en respuesta al referido escrito se denegaba lo solicitado en él, sobre la base de la siguiente argumentación literal: "..., por cuanto en el Convenio aprobado ya está prevenida la eventualidad surgida y no ser de aplicación los preceptos de la Ley Concursal al no haber entrado aún en vigor."

D.2. Actuación de los acusados D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo

Los acusados D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo vinieron teniendo un progresivo conocimiento de la negativa situación económico-financiera de NAVICÓN, al igual que los señores Candido Ángel, en virtud de las informaciones que fueron recibiendo en los consejos de administración de la compañía de los días 4 de julio de 2.000, 5 de marzo de 2.001 y 19 de marzo de 2.001 (no habiendo asistido D. Romeo a este último, pero habiendo otorgado su representación a D. Candido) y, especialmente, por el hecho de haber formulado y suscrito, en esta última fecha, las cuentas anuales del ejercicio económico 2.000 (ver apartados C.6., C.9. y C.10. del presente "relato fáctico").

A raíz del conocimiento por parte de D. Gustavo y D. Victorino, en virtud de las informaciones que fueron suministradas por el señor Felipe en el consejo de administración del día 4 de julio de 2.000, de las muy graves anomalías detectadas en la contabilidad de NAVICÓN, los dos acusados citados, siguiendo las instrucciones recibidas al respecto de TRASMEDITERRÁNEA, fueron realizando actuaciones tendentes a que esta última mercantil dejase de formar parte del accionariado de NAVICÓN, tales como el ejercicio, en fecha 29 de diciembre de 2.000, de la opción de venta a TRANSFESA de las acciones de NAVICÓN de las que TRASMEDITERRÁNEA era titular (referida en el apartado C.8. del presente "relato fáctico") o el intento de presentar su renuncia o dimisión como consejeros de NAVICÓN en el consejo de administración del día 19 de marzo de 2.001 (referido en el apartado C.10. del presente "relato fáctico"), que no pudo materializarse ante la advertencia de los consejeros nombrados a propuesta de TRANSFESA de proceder de igual forma y dejar sin gobierno la sociedad.

Con tales circunstancias previas se procedió a la celebración de la junta general extraordinaria y universal de accionistas de NAVICÓN del día 30 de marzo de 2.001 (referida en el apartado D.1.1. del presente "relato fáctico"), en la que estuvieron presentes D. Gustavo, D. Victorino y D. Romeo.

Los señores Gustavo y Victorino acudieron a esa junta con la clara indicación por parte de TRASMEDITERRÁNEA de que no podían promover o apoyar medida alguna que perjudicase la efectividad de la opción de venta de las acciones de NAVICÓN que TRASMEDITERRÁNEA ya había ejercitado frente a TRANSFESA, lo que daba lugar a que en ningún caso pudieran prestar su apoyo a la "operación acordeón" que TRANSFESA intentó que fuese aprobada en aquella junta, en la medida en que tal operación implicaría la amortización de las acciones de NAVICÓN y, por tanto, de las que habían sido objeto del ejercicio de la opción de



venta citada, lo que privaría de todo efecto económico a dicha opción y, en consecuencia, TRASMEDITERRÁNEA no podría cobrar los 400.000.000 de pesetas pactados como precio de esas acciones.

Por su parte, el señor Romeo acudió a esa junta con la finalidad de cumplir sus funciones como secretario de la misma y, por tanto, como encargado de levantar la correspondiente acta de la reunión.

Ante esa tajante negativa a apoyar la "operación acordeón" y ante el temor de que TRASMEDITERRÁNEA pudiera formular una solicitud de disolución judicial de NAVICÓN si no se llegaba a ningún acuerdo, D. Candido acabó proponiendo en esa junta el plan alternativo que había diseñado con su hermano, D. Ángel, es decir, la entrada de TAMPRE en el accionariado de NAVICÓN y el cese del consejo de administración de esta última y la designación de un administrador único, presentando tal operación como una forma de terminar con el bloqueo que se estaba produciendo a la hora de tomar las decisiones más adecuadas para acometer la crisis económico-financiera de NAVICÓN, pero sin dar a conocer a D. Gustavo, a D. Victorino ni a D. Romeo que con dicho plan se pretendía la inmediata presentación de una solicitud de suspensión de pagos como escudo protector frente a una posible petición de declaración de quiebra que cualquier acreedor podía formular y que con ello se intentaba, a su vez, eliminar el obstáculo que supondría el efecto retroactivo de esa posible declaración de quiebra para la ejecución hipotecaria de los buques en exclusivo beneficio de TRANSFESA y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN.

Todo ello, en especial el desconocimiento por parte de los señores Gustavo, Victorino y Romeo de las reales intenciones perseguidas por los hermanos Candido Ángel con la formulación de esa propuesta, dio lugar a que ninguno de ellos formulase oposición u objeción en dicha junta a la ampliación de capital por el importe de 75.000.000 de pesetas y a la suscripción por TAMPRE de dicha ampliación ni tampoco al cese del consejo de administración de NAVICÓN y a la designación de TAMPRE como administradora única, al igual que nadie se opuso a facultar al nuevo administrador único para que adoptase las medidas que, a su juicio, fuese necesario adoptar en atención a la situación patrimonial de NAVICÓN, incluso una solicitud de suspensión de pagos si dicho administrador único lo estimaba conveniente.

Los señores Gustavo, Victorino y Romeo, además de desconocer las intenciones perseguidas por los hermanos Candido Ángel con esa propuesta, tampoco tuvieron conocimiento del plan que estos últimos habían diseñado ni tuvieron intervención posterior alguna en los actos de ejecución de dicho plan, que han quedado descritos en los apartados D.1.2., D.1.3., D.1.4., D.1.4.a., D.1.4.b., D.1.4.c., D.1.4.d., D.1.4.e. y D.1.4.f. del presente "relato fáctico".

D.3. Actuación de la acusada Purificación

La acusada D.^a Purificación había sido nombrada administradora única de TAMPRE en junta general de accionistas de dicha sociedad celebrada el día 22 de diciembre de 2.000. No obstante, pese a que TAMPRE asumió el cargo de administradora única de NAVICÓN en la junta de accionistas de esta última sociedad de 30 de marzo de 2.001, es lo cierto que D.^a Purificación no realizó actuación alguna de gestión de NAVICÓN, pues en junta general extraordinaria y universal de TAMPRE de 30 de marzo de 2.001, además de autorizarse la inversión de 75.000.000 de pesetas para la ampliación de capital, se acordó nombrar a D. Ángel representante permanente de TAMPRE en NAVICÓN, de tal manera que fue este último -y no la señora Purificación- quien vino realizando todos los actos de gestión o administración de NAVICÓN que correspondía realizar a TAMPRE como nueva administradora única de aquella.

De conformidad con lo que se acaba de señalar, D.^a Purificación no tuvo intervención alguna en la ideación del plan trazado por los señores Candido Ángel y que tuvo su desarrollo ejecutivo por medio de los actos que han sido recogidos en los apartados D.1.1., D.1.2., D.1.3., D.1.4., D.1.4.a., D.1.4.b., D.1.4.c., D.1.4.d., D.1.4.e. y D.1.4.f. del presente "relato fáctico" ni tampoco tuvo conocimiento alguno posterior de dicho plan a medida que se fue ejecutando, de tal manera que la personal intervención de la señora Purificación en los actos indicados en los apartados D.1.1., D.1.4.c. y D.1.4.e. citados no iba acompañada del conocimiento de la finalidad que tales actos tenían dentro de dicho plan, habiéndose limitado la señora Purificación, en todo momento, a cumplir las concretas órdenes que, en relación con la realización de tales actos, le fueron impartidas por D. Ángel, a quien estaba subordinada laboralmente, en virtud de su prestación de servicios para el grupo HIMAFEL a la que hemos hecho referencia en el apartado A.6. del mismo "relato fáctico".

D.4. Actuación del acusado D. David

En el libro de actas de la mercantil HARBOUR figura que el acusado D. David, que venía siendo miembro de su consejo de administración, fue nombrado presidente de este último en una reunión de dicho órgano de fecha 16 de noviembre de 2.001.



D. David estuvo en situación de baja médica durante el periodo de tiempo comprendido entre el mes de octubre de 2.001 y el mes de septiembre de 2.002 por un problema de desprendimiento de retina de mal pronóstico, que requirió de tres intervenciones quirúrgicas.

Durante el periodo de tiempo comprendido entre el mes de octubre de 2.001 y primeros del mes de abril de 2.002, aproximadamente, tuvieron lugar las tres intervenciones quirúrgicas y sus correspondientes postoperatorios, encontrándose D. David, durante ese periodo de tiempo, en situación de baja absoluta, que implicaba no sólo la prohibición médica e imposibilidad de trabajar, sino también la inmovilidad física por verse obligado a mantener determinadas posiciones corporales para el tratamiento de su patología.

A ese primer periodo de baja absoluta le siguió un segundo periodo de baja con recomendación médica de no reincorporarse a su vida normal, que se mantuvo desde el final del periodo de baja absoluta hasta el mes de septiembre de 2.002.

D. David no tuvo intervención alguna en los actos realizados por su hermano, D. Dimas, a los que se ha hecho referencia en los apartados D.1.4.a., D.1.4.b. y D.1.4.c. del presente "relato fáctico".

No consta que D. David tuviese conocimiento del plan que los hermanos Candido Ángel habían diseñado para conseguir la ejecución hipotecaria de los buques "Navicón" y "Navipor" en exclusivo beneficio de TRANSFESA y en perjuicio de los restantes acreedores de NAVICÓN ni, por tanto, que tuviese conocimiento de que la colaboración de HARBOUR, solicitada por los hermanos Candido Ángel, tuviese esa finalidad.

APARTADO E

VENTA DE LOS BUQUES A DOS SOCIEDADES DEL "GRUPO BOLUDA"

E.1. Acuerdos privados de compraventa de los buques "Navicón" y "Navipor" de 26 de febrero de 2.004

En fecha 26 de febrero de 2.004, se suscribieron sendos contratos privados denominados "contrato de compromiso de compra y venta con arras", en relación con cada uno de los buques "Navipor" y "Navicón", que fueron suscritos por D. Ángel, en representación de HARBOUR, por D. Candido, en representación de TRANSFESA, y por los también inicialmente acusados D. Jesús y D.^a Serafina, como apoderados de las mercantiles NENÚFAR SHIPPING, S.A. (en adelante, NENÚFAR SHIPPING) y MARÍTIMA LUCÍA, S.L. (en adelante, MARÍTIMA LUCÍA), formando parte estas dos sociedades del denominado "grupo Boluda", cuyo máximo representante era el también inicialmente acusado D. Lucio.

En virtud de tales documentos privados, las mercantiles NENÚFAR SHIPPING y MARÍTIMA LUCÍA se comprometían a comprar y HARBOUR a vender, respectivamente, los buques "Navipor" y "Navicón", pactándose un precio de 2.016.129 euros por cada buque, condicionándose la compraventa a que, a fecha 1 de marzo de 2.004, NAVICÓN hubiese recuperado la libre disponibilidad de los buques que CONTENEMAR tenía en su poder y a que esta última no hubiese ejercitado la opción de compra sobre los buques que se le concedió en su día.

La suscripción de tales documentos privados por parte de D. Jesús y D.^a Serafina se realizó siguiendo estos últimos las instrucciones de D. Lucio.

E.2. Escrituras públicas de compraventa de los buques "Navicón" y "Navipor" de 8 de marzo de 2.004

En fecha 8 de marzo de 2.004 se suscribieron sendas escrituras públicas por D. Ángel, en representación de HARBOUR, por D. Candido, en representación de TRANSFESA, y por D. Paulino, en representación de NENÚFAR SHIPPING y de MARÍTIMA LUCÍA, en cuya virtud HARBOUR vendía a estas últimas, respectivamente, los buques "Navipor" y "Navicón", por un precio de 2.016.129 euros cada uno de los buques, habiendo recibido HARBOUR la cantidad total de 4.032.258 euros por la venta de los buques, de la que procedió a entregar la cantidad de 4.005.000 euros a TRANSFESA, por medio de dos transferencias bancarias realizadas los días 16 de marzo y 27 de abril de 2.004, por respectivos importes de 3.200.000 y 805.000 euros, resultando así TRANSFESA la beneficiaria de prácticamente la totalidad del dinero recibido por la venta de los buques.

En la firma de dichas escrituras, D. Paulino actuó siguiendo las instrucciones de D. Lucio.

Finalmente, los buques "Navicón" y "Navipor" fueron exportados a Sierra Leona y desguazados, una vez que finalizó su vida útil.

APARTADO F

NUEVAS SOLICITUDES DE APERTURA DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES FORMULADAS POR NAVICÓN

La representación procesal de NAVICÓN presentó, en fecha 4 de diciembre de 2.003, una nueva solicitud de suspensión de pagos, que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia n° 34 de Madrid, que había tramitado el anterior procedimiento de suspensión de pagos n° 301/01 en el que había sido aprobado el convenio con los acreedores por medio de auto de 25 de junio de 2.003.

Esa nueva solicitud dio lugar al registro de un nuevo procedimiento de suspensión de pagos en dicho Juzgado, con el n° 1246/2003, dictándose auto de 12 de enero de 2.004 en este nuevo procedimiento por el que



se acordaba inadmitir a trámite esa nueva solicitud de suspensión de pagos, argumentándose en dicho auto, para fundamentar esa inadmisión, textualmente, lo siguiente:

"La sociedad que formula la solicitud de declaración en estado de suspensión de pagos, está declarada en tal situación en los precedentes autos de suspensión de pagos num 301/2001, que se siguen en este mismo Juzgado, y en el que se declaró la situación de insolvencia definitiva de tal compañía por medio de auto de fecha 2 de abril de 2002. Tal expediente se encuentra pendiente de la pieza de calificación de la suspensión, y en trámite de ejecución del convenio aprobado por medio de auto de fecha 25 de junio de 2003.

Al estado de insolvencia definitiva declarado judicialmente y ya firme, se une la manifestación de la propia parte solicitante en encontrarse en fase de liquidación. Es claro que no se está ante un supuesto fáctico de sobreseimiento provisional en el cumplimiento de las obligaciones, y que se formula la pretensión con manifiesto abuso de derecho (pues supondría dejar sin efecto el acuerdo o convenio alcanzado en su día con los acreedores, sin acudir a la declaración de quiebra que incumbe a la compañía que no cumple el convenio), por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la LOPJ, procede decretar la inadmisión a trámite de la pretensión nuevamente deducida."

Contra el anterior auto interpuso recurso de apelación la representación procesal de NAVICÓN, dictándose auto de 8 de marzo de 2.005 por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación nº 183/2004), por el que se desestimaba dicho recurso y se confirmaba el auto apelado.

Posteriormente, se presentó por NAVICÓN, en fecha 16 de mayo de 2.005 y haciéndolo con la denominación de "NAVICÓN, S.A., Sociedad en Liquidación", una solicitud de concurso voluntario.

Tal solicitud dio lugar al procedimiento de concurso nº 237/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en el que se dictó auto de 19 de mayo de 2.005, por el que se inadmitía a trámite dicha solicitud, argumentándose, para fundamentar esa inadmisión, textualmente y con referencia al previo procedimiento de suspensión de pagos nº 301/2001 del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid, lo siguiente:

"De las propias manifestaciones de la instante, que incluso solicita cautelarmente la declaración de concurso, lo que procesalmente no es admisible, se deduce la imposibilidad de admitir a trámite la misma, pues debe darse cumplimiento al convenio aprobado judicialmente en el expediente de Suspensión de Pagos que contempla la liquidación de la sociedad.

Además, aprobado el convenio en la Suspensión de Pagos, sólo quedaría expedita la vía para la solicitud de concurso tras la declaración de cumplimiento de convenio efectuada por el Juzgado que aprobó el mismo o, como consecuencia de la declaración de incumplimiento que determina de oficio la apertura del concurso a los solos efectos de su liquidación, siendo en este caso competente el mismo Juzgado que tramitó la Suspensión de Pagos (Disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal).

En definitiva, aprobado un convenio en el Expediente de Suspensión de Pagos que contempla la Liquidación, debe cumplirse el mismo o declararse el incumplimiento del convenio, pues de otra forma no cabe la declaración de concurso, [...]."

APARTADO G

DURACIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE LA PRESENTE CAUSA Y PERIODOS DE PARALIZACIÓN

G.1. Duración total del procedimiento

La fase de instrucción de la presente causa se inició por medio de auto de 30 de diciembre de 2.002 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Madrid, habiéndose procedido a la celebración del juicio oral, en esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, a lo largo de varias sesiones que tuvieron lugar entre los días 3 de octubre y 19 de diciembre de 2.017.

A todas las personas que fueron acusadas en fase de conclusiones definitivas se les recibió declaración en fase de instrucción, en calidad de imputadas, durante los años 2.003 y 2.004. En concreto, en las siguientes fechas: a D. Candido el día 11 de noviembre de 2.003; a D. Ángel el día 10 de marzo de 2.004; a D. Dimas el día 29 de noviembre de 2.004; a D. Gustavo el día 8 de marzo de 2.004; a D. Romeo el día 19 de julio de 2.004; a D. Victorino el día 9 de marzo de 2.004; a D.ª Purificación el día 28 de julio de 2.004; y a D. David el 29 de noviembre de 2.004.

La presente causa se compone de veintiún tomos de autos principales, de quince tomos de pieza separada de documentos, de una pieza de responsabilidad civil de dos tomos, de una pieza de administración judicial de dos tomos, de dos libros de actas de sociedades y de un libro registro de acciones nominativas.

G.2. Periodos de paralización de la causa



Durante la tramitación de la causa se han producido las siguientes paralizaciones no generadas por los acusados:

- Entre el 13 de septiembre de 2.011, fecha en que se dictó un primer auto de apertura de juicio oral, y el 2 de septiembre de 2.013, fecha en que se dictó un auto anulando el anterior y por el que se acordaba la definitiva apertura del juicio oral.

- Entre el 5 de febrero de 2.014, fecha en la que se recibieron las actuaciones en esta Audiencia Provincial, y el 29 de marzo de 2.017, fecha en la que se dictó el auto de admisión de pruebas y se fijó fecha para el inicio de las sesiones del juicio oral."

Segundo.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" F A L L A M O S

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Candido y a D. Ángel, como coautores de un DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno de ellos, de OCHO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y OCHO MESES DE MULTA con CUOTA DIARIA de TREINTA EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Dimas, como cooperador necesario de un DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES, ya definido, a la pena de SIETE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y SIETE MESES DE MULTA con CUOTA DIARIA de TREINTA EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Asimismo, DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Candido, a D. Ángel y a D. Dimas, en vía de responsabilidad civil, a que, en forma conjunta y solidaria, abonen ante este Tribunal, con destino al procedimiento de suspensión de pagos nº 301/01 del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid, la cantidad de CUATRO MILLONES TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS (4.032.258 €), más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la presente sentencia hasta el completo abono de dicha cantidad, calculados al tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Una vez obtenida por este Tribunal, en ejecución voluntaria o forzosa de la presente sentencia, tal cantidad y, en su caso, los correspondientes intereses, remítase la suma total al Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Madrid con destino al procedimiento de suspensión de pagos nº 301/01, a fin que el citado Juzgado dé a dicha suma el destino que legalmente proceda, conforme a la normativa concursal.

Por el abono de tal cantidad y de los intereses legales que pudieran devengarse, se declara la RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA de las mercantiles "NAVICÓN, S.A.", "TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A." ("TRANSFESA"), "TAMPRE, S.A." y "HARBOUR, S.A.", siendo esas cuatro mercantiles conjunta y solidariamente responsables entre ellas del abono ante este Tribunal de tal cantidad y, en su caso, de los correspondientes intereses, si tuviese que llegar a operar y hacerse efectiva la referida responsabilidad civil subsidiaria.

Por otra parte, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Candido, a D. Ángel y a D. Dimas del DELITO DE ESTAFA PROCESAL (art. 250 CP) del que eran acusados por las dos acusaciones particulares.

Igualmente, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Candido y a D. Ángel del DELITO DE ESTAFA (art. 248 CP) del que eran acusados por la acusación particular constituida por Societa Generale Marítima S.R.L.

Por otra parte, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Gustavo, a D. Victorino, a D. Romeo, a D.ª Purificación y a D. David de TODOS LOS DELITOS por los que, respectivamente, se formulaba acusación contra ellos por el Ministerio Fiscal y/o por las acusaciones particulares.

Igualmente, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Lucio, a D. Jesús, a D.ª Serafina y a D. Paulino, al haberse retirado, con anterioridad o al inicio del acto del juicio, todas las acusaciones que contra ellos se formulaban.



Finalmente, condenamos a D. Candido, a D. Ángel y a D. Dimas, por partes iguales, al pago de cuatro novenas partes de las costas procesales, incluidas las de las dos acusaciones particulares, declarando de oficio las cinco novenas partes restantes.

Contra la presente Sentencia cabe interponer recurso de casación, del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá prepararse, en forma legal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la misma."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Dimas, de Candido y Ángel, y de Transportes Ferroviarios Especiales S.A. (TRANSFESA), anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

El recurso formalizado por Dimas, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia, y a la tutela judicial efectiva.

Segundo.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley y, en concreto, del artículo 257.1.1.º del Código Penal

Tercero.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley y, en concreto, del artículo 28 del Código Penal.

Cuarto.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley y, en concreto, del artículo 122 del Código Penal.

El recurso formalizado por Candido y Ángel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Al amparo del artículo 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española, al haberse condenado a los recurrentes en base a inferencias sin sustento probatorio y que no cumplen con el canon de solidez para entender desvirtuado su derecho fundamental.

**Segundo.**

Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 257.1.1.º del Código Penal a hechos que no revisten los presupuestos típicos del delito de alzamiento de bienes previsto y penado en dicho precepto.

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse indebidamente considerado subsumible la conducta de los recurrentes en el art. 261 del Código Penal, que define el delito de presentación en procedimiento concursal de datos falsos relativos al estado contable, por el que "no se les condena, ni absuelve", al entender desplazado dicho precepto por el art. 257.1.1.º del Código Penal, en apreciación de un concurso de leyes.

El recurso formalizado por Transportes Ferroviarios Especiales S.A. (TRANSFESA), se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.

por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración, por indebida aplicación, del artículo 257 del Código Penal.

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 17 de septiembre de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 26 de noviembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Procedimiento Abreviado n.º 114/2014, procedente del Procedimiento de la misma clase n.º 7313/2002 de los del Juzgado de Instrucción n.º 3 de dicha capital, dictó sentencia el 20 de marzo de 2018, en la que condenó a Candido y Ángel, como autores de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, para cada uno de ellos, de ocho meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y ocho meses de multa con cuota diaria de treinta euros. La sentencia condenaba también a Dimas, como cooperador necesario de un delito de alzamiento de bienes, a la pena de siete meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y siete meses de multa con cuota diaria de treinta euros.

La sentencia condenaba a los tres acusados, en vía de responsabilidad civil, a que de manera conjunta y solidaria abonaran ante el Tribunal de enjuiciamiento, con destino al procedimiento de suspensión de pagos n.º 301/01 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Madrid, la cantidad de 4.032.258 €, importe en el que se había acordado la última venta de los barcos que declaraba indebidamente extraídos del activo de la entidad Navicón SA (en adelante "Navicón"); cantidad que debía incrementarse en los intereses legales que dicho importe devengara desde la fecha de la presente sentencia hasta el completo abono de dicha cantidad, calculados al tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.



Contra dicha sentencia se ha formulado recurso de casación, en primer lugar por la representación procesal de los condenados Candido y Ángel, además de por las representaciones de Dimas y la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA (en adelante "Transfesa").

1. Analizamos en primer término el recurso interpuesto por la representación de los hermanos Candido Ángel. Su primer motivo se formula por vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, sosteniendo que el relato fáctico de la sentencia carece de un sólido respaldo probatorio y que deriva de una valoración de la prueba carente de rigor analítico. En principio, el planteamiento del recurso sugeriría entrar a evaluar inicialmente este alegato, de modo que pudiera concluirse sobre la validez de los hechos declarados probados, para abordar después el análisis del juicio de subsunción típica cuestionado en los motivos subsiguientes. En todo caso, considerando el sentido de la deliberación, se muestra oportuno invertir el análisis expositivo de los motivos de impugnación, pues la crítica que el recurso hace respecto de la aplicación de los artículos 257 y 261 del Código Penal, resultaría eficaz aún en la eventualidad de que los hechos hubieran acontecido tal y como la sentencia de instancia describe, y se muestra además plenamente acogible.

Como se ha adelantado, los recurrentes formulan su segundo motivo de impugnación por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 LECRIM, al entender que se ha aplicado indebidamente el artículo 257.1.1.º del Código Penal a uno hechos que no revisten los presupuestos típicos del delito de alzamiento de bienes.

Indica que el delito contemplado en el precepto penal aplicado en la sentencia y cuyo análisis suscita el recurso, consiste en generar un estado de insolvencia real o aparente para frustrar fraudulentamente el derecho de los acreedores; comportamiento delictivo en el que se encuentran comprendidas todas las acciones idóneas para producir dicha situación de insolvencia del deudor. En todo caso, destaca que no resulta punible por el delito de alzamiento de bienes el favorecimiento por el deudor de alguno de sus acreedores, pues esta incriminación se residenciaba en el artículo 259 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar (art. 260 tras la reforma operada por LO 1/2015) y no resulta aplicable a un supuesto como el enjuiciado.

2. Como hemos dicho en la STS 51/2017, de 3 de febrero, con cita de las SSTS 138/2011 de 17 de marzo; 362/2012 de 3 de mayo; 867/2013 de 28 de noviembre, el delito de alzamiento de bienes se configura como un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1.911 del CC y, de otro, el interés colectivo por el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

A partir de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, bajo la rúbrica de " Frustración de la Ejecución", denominación criticada por ciertos sectores doctrinales en la medida que abarca comportamientos delictivos previos al despliegue de los mecanismos procesales de cobro, se contempla el delito de alzamiento de bienes antes inserto en la más amplia descripción " Delas insolvencias punibles".

Hemos dicho que el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad, que consiste en la actuación del deudor sobre sus propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito de frustrar los créditos que hubieran podido atenderse total o parcialmente con dichos bienes. Bien entendido que cuando el deudor es una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá en las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o de administración de aquella, aun cuando no concurren en los sujetos individuales las condiciones o cualidades que constituyen la esencia de la relación jurídica protegida por el tipo penal (véase STS 1101/2007 de 27 de diciembre), de conformidad con el artículo 31 del Código Penal.

Constante jurisprudencia ha resumido que los elementos integrantes de este delito son:

A) La existencia previa de créditos contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero que también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes (STS. 11 de marzo de 2002).

B) Un elemento dinámico que consiste en la desvinculación patrimonial, la destrucción o la ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta de la acción delictiva, ya que la norma sanciona " realizar cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones" (art. 257.1.2).

C) Que derive un resultado de insolvencia o de disminución del patrimonio del delito que imposibilite o dificulte a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y

D) Un elemento tendencial, o ánimo específico en el agente, de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores a cobrar sus créditos; lo que supone un conocimiento de la situación de insolvencia que se crea con la



conducta, y de que, como consecuencia de esa insolvencia, las deudas no se podrán ejecutar sobre el bien sustraído del patrimonio, así como la voluntad de realización de todo esto (SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000; 31 de enero y 16 de mayo de 2001 o 440/2002, de 13 de marzo; 652/2006, de 15 de junio; 446/2007, de 25 de mayo).

3. De conformidad con estas exigencias, hemos expresado que al suponer el alzamiento de bienes una acción del deudor que tiene como finalidad frustrar el pago de las deudas de las que debe responder universalmente con su patrimonio, si ante la acumulación de créditos el deudor realiza maniobras encaminadas a que su patrimonio quede afectado al pago de sus débitos, pero otorgando preferencia a unos acreedores sobre otros, no se puede decir que exista un ánimo defraudatorio general, que es el que da vida al tipo penal del alzamiento de bienes (SSTS. 1052/2005, de 20 de septiembre; 984/2009, de 8 de noviembre o 176/2013, de 13 de marzo). Decíamos en nuestra STS 853/2005, de 30 de junio (con cita de la sentencia 474/2001, de 26 de marzo) que "...la conducta de selección prioritaria de deudas contraídas que hace que unos acreedores cobren con preferencia a otros, se trata de un supuesto atípico. El pago de parte de las deudas, otorgando preferencia a unos sobre otros, impide apreciar el ánimo defraudatorio general, que es lo que da vida al tipo penal de alzamiento". En el mismo sentido se expresaba nuestra STS 1962/2002, de 21 de noviembre, que con cita de las SSTS de 22 de octubre de 1990 y 18 de junio de 2001, indicaba que "no hay alzamiento de bienes cuando los bienes que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado [fueron empleados] en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esa figura delictiva no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado, cuya inobservancia no constituye el objeto del delito ahora examinado".

4. Lo expuesto muestra la atipicidad de los hechos que se enjuician. La sentencia de instancia destaca que el capital social de la entidad deudora Navicón SA, pertenecía en un 45% a la entidad Transfesa, de la que los recurrentes (en los años 1999 a 2002) controlaban a su vez entre el 30% y el 40% de su capital social. Describe que Candido era el Presidente del Consejo de Administración de Navicón, hasta que el 30 de marzo de 2001 se sustituyó el Consejo de Administración por una administración única que ejerció (en representación de la entidad Tampre) su hermano Ángel, mientras Candido continuó como Presidente del Consejo de Administración de Transfesa.

La condena de los hermanos Candido Ángel como autores de un delito de alzamiento de bienes descansa en un fraude conformado por dos comportamientos que integrarían a juicio de la sentencia de instancia una específica actuación defraudatoria a los acreedores: 1) El día 31 de marzo de 2001, Ángel, en su función de administrador único de Navicón, habría presentado una solicitud de suspensión de pagos de la empresa, conociendo ambos hermanos que la situación económica de la entidad era la de insolvencia definitiva. Considera la sentencia que la petición de suspensión de pagos se orientó exclusivamente a impedir que cualquier acreedor pudiera reclamar la declaración de la quiebra, lo que la sentencia indica que habría llevado a la retroacción de sus efectos y, con ello, a que se hubiera declarado la nulidad de las dos hipotecas navales que el día 7 de abril de 2000 había constituido la deudora Navicón sobre los buques de su propiedad denominados " Navicón" y "Naviport". Las hipotecas habían sido constituidas en favor de Transfesa (representada entonces por Candido) , en contragarantía del riesgo asumido por Transfesa por su condición de avalista de las pólizas de préstamo suscritas por Navicón con las entidades financieras Commerzbank y HSBC, garantizándose así la devolución por Navicón de cualquier cantidad que Transfesa se viera obligada a pagar como consecuencia de su posición de avalista solidaria en las referidas pólizas de crédito y préstamo, hasta un máximo de 1.300.000.000 de pesetas (7.813.157,36 euros), más otros 50.000.000 de pesetas de gastos, intereses y costas. 2) Poco después de la solicitud de suspensión de pagos, concretamente el 25 de octubre de 2001, tras haberse visto obligada Transfesa a atender la deuda bancaria de Navicón, aquella presentó demanda de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 31 de Madrid (Procedimiento 336/01), reclamando la cantidad de 1.112.905.192 pesetas en concepto de principal e intereses. La sentencia destaca que, el 8 de mayo de 2002, la ejecutante se adjudicó los barcos hipotecados por el 50% de su precio de tasación, concretamente en la cantidad de 2.253.795,39 euros cada uno de ellos, con la facultad de ceder su remate a terceros; cesión que abordó el día 5 de junio de 2002 en favor de la entidad HarbourSA. La sentencia de instancia declara probado que desde enero de 2002 la Sociedad Harbour estaba controlada por los acusados mediante la detentación del 40% de su capital social a través de su sociedad Tampre SA, y del 20% a través de su sociedad Hifamel SA; habiendo adquirido a la entidad Naviera Marot el día 5 de agosto de 2003 el 40% restante del capital social de Harbour.



De este modo la sentencia de instancia concluye que los acusados se hicieron con la titularidad de los barcos, en detrimento de una masa activa que (de haberse interesado la quiebra de la entidad, y de haberse acordado la retroacción de sus efectos hasta la fecha de constitución de las hipotecas navales, con la consiguiente nulidad de estas garantías reales), hubiera permitido atender los débitos de los acreedores con mayor alcance.

5. A la vista del relato de hechos probados de la propia sentencia de instancia, no puede concluirse que un procedimiento universal para la declaración de la quiebra de Navicón hubiera conducido a la retroacción de sus efectos hasta la fecha de constitución de las hipotecas.

El artículo 878 del Código de Comercio entonces vigente indicaba, en relación al quebrado, que " Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos", destacando la resolución impugnada que la jurisprudencia entendía que la retroacción debía llevarse al momento en el que la entidad se encontrara ya en un estado de quiebra real (STS. Sala 1.ª, 286/2002, de 3 de abril). Por ello, concluye la sentencia que, de haberse iniciado un procedimiento para la declaración de la quiebra, la retroacción hubiera comportado la nulidad de las hipotecas, al argumentar que los acusados sabían de la situación de quiebra real con anterioridad a la constitución de las hipotecas el día 7 de abril de 2000 (FJ 2, pg 237 de la sentencia).

No obstante, esta conclusión no encuentra respaldo en el propio relato fáctico de la sentencia de instancia, pues lo que los hechos probados proclaman es que a la fecha en que se constituyeron las hipotecas solo puede asegurarse una situación de dificultad económica en el funcionamiento de la entidad.

Concretamente, se declara probado que:

a. El día 10 de diciembre de 1999, el Consejo de Administración de Navicón, con la asistencia de las diversas entidades que detentaban su capital social, apreció que la tesorería de la sociedad era claramente insuficiente para afrontar una necesaria recuperación económica y de negocio, considerando necesario " vender los barcos denominados "Navicón" y "Navipor", de los que Navicón era propietaria, a una entidad financiera, con simultáneo arrendamiento con opción de compra de los mismos en favor de Navicón al final del referido arrendamiento, garantizando Transfesa dicha operación por medio de un aval, o, en el caso de que esa operación de "leaseback" no pudiera realizarse, que se procediese a solicitar un préstamo por el importe que permitiera resolver los problemas de tesorería de la compañía o, en su defecto, por la cantidad máxima que pudiera obtenerse, autorizándose, a tal efecto, que pudiera constituirse hipoteca sobre los buques denominados "Navicón" y "Navipor", facultando al director general para que pudiera suscribir los oportunos contratos de préstamo y escrituras de constitución de hipoteca.

Igualmente, se acordó en ese consejo que para el caso de que tales operaciones requiriesen algún otro tipo de garantía añadida o complementaria, debería ser prestada por Transfesa en los términos que resultasen necesarios para el buen fin de dichas operaciones, asumiendo D. Candido el afianzamiento de las mismas en representación de Transfesa, acordándose, igualmente, que esta última podría exigir de Navicón las contragarantías que fuesen adecuadas a la responsabilidad de Transfesa en el cumplimiento de las obligaciones que asumiese Navicón en base a las operaciones que en ese consejo se aprobaban "

Expresamente indica la sentencia de instancia (f. 24) que esto se hizo para que Navicón " pudiera superar el problema de tesorería que se había manifestado, pretendiendo con ello que pudiera desarrollar con normalidad su objeto social".

b. Del mismo modo, considerando que la viabilidad de la empresa podía conjurarse superando la insuficiencia de tesorería, la sentencia de instancia declara probado (f. 25) que en base a lo acordado el día 10 de diciembre de 1999, el 24 de febrero de 2000 se suscribió una póliza de préstamo por importe de 600.000.000 de pesetas entre Navicón y el banco HSBC, que fue avalado por Transfesa. Y se añade que " con la misma finalidad de afrontar la insuficiencia de tesorería", Navicón solicitó el 13 de enero de 2000 la prórroga de la póliza de crédito con Commerzbank (por importe de 550.000.000 de pesetas), que nuevamente fue avalada por Transfesa.

Son estas operaciones las que dieron lugar a la constitución de ambas hipotecas navales a favor de Transfesa el 7 de abril de 2000 , en contragarantía del aval prestado por ella, y de conformidad a lo acordado en diciembre de 1999.

c. Se declara igualmente probado que, en aquellas fechas, concretamente el 21 de marzo de 2000, fue cuando se aprobaron las cuentas anuales de 1999, expresándose que la totalidad de los socios contabilizaron unas pérdidas en el ejercicio de más de 339 millones de pesetas, si bien con fondos propios positivos de más de 766 millones.

Y la sentencia no refleja una situación de insolvencia definitiva, sino que indica (f. 26) que " A la vista de las tensiones de tesorería que ya se habían detectado a principios de ese año 1.999, de las elevadas pérdidas que



derivaban de la cuenta de resultados de la compañía y de la indeterminación de los saldos de la cuenta de clientes y deudores, los cuatro miembros de consejo de administración de NAVICÓN (señores Candido Ángel, Gustavo, Romeo y Victorino) decidieron, el día 21 de marzo de 2.000 y a propuesta del director general, D. Hugo, el despido del director financiero de la compañía, D. Evelio, así como la contratación de un asesor externo, D. Felipe, a fin de que indagase sobre los problemas financieros existentes en la compañía, especialmente en lo que se refería al saldo de clientes, y emitiese el correspondiente informe".

d. La propia sentencia de instancia expresa (f. 28) que fue el 7 de julio de 2000, después de haberse avalado los préstamos y de haberse constituido las hipotecas, cuando D. Felipe informó del resultado de los estudios realizados los meses de abril y mayo, concluyendo de manera preliminar que la situación podía ser de quiebra técnica por haberse falseado la situación patrimonial de la empresa, dado que no se habían contabilizado clientes y gastos, y que en ocasiones se había mantenido como saldo el importe de deudas de clientes que ya habían sido cobradas. Expresa la sentencia que ese informe preliminar determinó el despido inmediato del director general y la contratación de un nuevo director, concretamente de D. Pelayo.

e. Se declara igualmente probado (f. 30) que fue el 5 de marzo de 2001 cuando se produjo una reunión del Consejo de Administración de Navicón en la que se informó de la existencia de fondos propios negativos en la sociedad por importe no inferior a 345 millones de pesetas.

El relato fáctico expresa igualmente que la alternativa a la disolución de la sociedad era una recomposición del capital mediante una reducción del capital a cero, con simultáneo aumento hasta 700 millones de pesetas a fin de compensar los fondos propios negativos y hacer así operativa la sociedad. Añade que la propuesta de "operación acordeón" se hizo por el acusado Candido, y que fracasó por la oposición de los representantes de Transmediterránea, que ostentaba el 50% del capital social de Navicón.

f. De conformidad con todo ello, el propio relato fáctico de la sentencia señala la situación de quiebra un año después de la constitución de las hipotecas, al establecer (f. 34) que, "los acusados...en su condición de miembros del consejo de administración de Navicón, eran plenamente conscientes, al menos desde principios del mes de marzo del año 2.001, de que la crítica situación económico-financiera de Navicón, que ha quedado reflejada en el precedente apartado C.10, imponía legalmente a los administradores de la compañía que promoviesen la disolución de la sociedad, salvo que se procediese a aumentar el capital social en la medida necesaria para salir de esa situación, siendo también plenamente conscientes de que, si no se producía ese aumento de capital, Navicón resultaba económica y financieramente inviable y estaba abocada a una declaración de quiebra, al carecer de la capacidad necesaria para generar beneficios en el futuro en la cuantía suficiente para acabar revirtiendo la situación, teniendo en cuenta la desfavorable o adversa coyuntura del mercado en el que Navicón operaba".

6. En todo caso, y aun cuando a efectos analíticos se considerara que la declaración de la quiebra hubiera supuesto la nulidad de todos los actos de dominio realizados a partir de abril de 2.000 (art. 878 del CCo entonces vigente), y con ello la nulidad de las garantías hipotecarias constituidas el 7 de abril de 2000, debe constatarse que la sentencia de instancia proclama la realidad del crédito que se garantizaba con ellas, así como la posición acreedora que ostentaba la entidad adjudicataria de los buques, habiéndose adecuado el precio del remate a las previsiones legalmente vigentes.

Concretamente, la sentencia de instancia declara probado (f. 42 y 43) que el día 2 de abril de 2001, Transfesa pagó al banco HSBC los 546.038.525 de pesetas que Navicón adeudaba a la entidad financiera y que fueron reclamados a Transfesa en su condición de avalista. Declara igualmente probado que Transfesa se hizo cargo también, el día 10 de abril de 2001, de los 566.866.667 de pesetas que Navicón adeudaba a la entidad Commerzbank, también reclamados a Transfesa en su condición de avalista. Son estos créditos los que se satisficieron en el procedimiento de ejecución hipotecaria legalmente tramitado, lo que se hizo adjudicando al ejecutante los bienes por un precio de remate de 4.507.590,78 euros, declarándose probado (f. 70) que en la lista definitiva de acreedores de Navicón cerrada en el procedimiento concursal a 23 de septiembre de 2002 (esto es, casi cinco meses después de que Transfesa se adjudicara los buques en pago de su crédito garantizado), Transfesa mantenía un crédito contra Navicón de 1.108.668,21 euros clasificados en el Grupo B de la masa acreedora, y de 2.399.054,54 euros clasificados en el correspondiente Grupo D.

De este modo, si era realmente existente la deuda que se satisfizo con la enajenación de los bienes del deudor, si el crédito no fue fraudulentamente incrementado, y si la salida de los activos no se realizó a un precio simulado que oculte la distracción parcial de su patrimonio, debe concluirse que el patrimonio del deudor estuvo afecto al pago de sus débitos y que la acción su pudo responder al ánimo defraudatorio general que contempla el artículo 257.1.1.º del Código Penal, por más que hubieren supuesto una indebida preferencia a unos acreedores sobre otros.



Por último, en clave puramente argumentativa, no podría sostenerse que la realización ejecutiva de los bienes hipotecados con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de la suspensión de pagos comporta una acción que alteró el orden de pago que habría de resultar del procedimiento universal, determinando con ello la existencia del delito previsto en el artículo 259 del Código Penal entonces vigente (hoy 260 CP), pues no solo el acto de gravamen es previo y está desvinculado de la solicitud y admisión a trámite del procedimiento concursal en los términos que han quedado expresados, sino porque la acusación ha propugnado en casación la confirmación de la sentencia, sin que nunca se haya interesado la condena por el tipo penal referido (SSTS 40/2008, de 25 de enero o 792/2014, de 27 de noviembre).

El motivo debe de ser estimado, extendiéndose sus efectos, de conformidad con el artículo 903 de la LECRIM, al también acusado Dimas, condenado como cooperador necesario en la perpetración del delito de alzamiento de bienes, quien también denuncia la indebida aplicación del artículo 257.1.1.º en el segundo motivo de su recurso. De igual modo, se estima el segundo de los motivos formulado por la representación procesal de Transfesa SA, el cual se asienta en una infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, ante la indebida aplicación del mismo precepto punitivo.

Segundo.

1 . El tercer motivo formulado por la representación de Candido y de Ángel, toma también su cauce al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender los recurrentes indebidamente aplicado el artículo 261 del Código Penal.

Aduce el motivo que el delito del artículo 261 del Código Penal constituye una falsedad en la narración de los hechos, lo que impone una falta de correspondencia entre los hechos realmente acaecidos y su narración, de manera que no puede equiparse la falsedad con cualquier apartamiento del modo de proceder normativamente exigido. A partir de esta consideración interpretativa sostiene que, puesto que se le atribuye la presentación de datos falsos relativos al estado contable a partir de tres partidas que, no siendo irreales, se introdujeron indebidamente al promover el procedimiento de suspensión de pagos, tal desviación no puede ser constitutiva del delito del artículo 261 del Código Penal, por más que la verdadera situación de la empresa fuera la de insolvencia definitiva.

En parecidos términos se expresa el motivo tercero formulado, también por indebida aplicación del artículo 261 del Código Penal, por la entidad Transfesa.

2. La sentencia de instancia declara probado que los recurrentes Candido y Ángel perpetraron el delito de presentación, en un procedimiento de suspensión de pagos, de datos falsos relativos al estado contable del artículo 261 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, esto es, con anterioridad a la reforma operada en el Código Penal por LO 15/2003, que se limitó a adecuar el redactado del tipo delictivo a la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, al sustituirse en este cuerpo normativo los procedimientos de quiebra, concurso y suspensión de pagos anteriormente operativos, por un único procedimiento concursal.

En todo caso, pese a declararse esta responsabilidad, la sentencia de instancia considera que la previsión del artículo 261 del Código Penal converge en un concurso normativo con la tipificación del alzamiento de bienes del artículo 257.1.1.º del Código Penal, concluyendo que los hechos tienen que ser sancionados con la pena prevista para esta última infracción penal, de conformidad con la regla 3.ª del artículo 8 del Código Penal. De este modo, la estimación del recurso en cuanto a la indebida aplicación del delito de alzamiento de bienes justifica que se analice si resulta correcta la subsunción de los hechos en el delito de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal, al reactivarse la posible punición aislada por este tipo penal, no solo en consideración a que en sus conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal solicitó la imposición de una pena de prisión y multa por este delito, sino en atención a que su impugnación del recurso de casación entraña que subsista la pretensión punitiva, al defender la fiscalía la doble declaración de responsabilidad realizada en la instancia, más allá de la regla penológica que resulte aplicable.

3. El artículo 261 del Código Penal contempla como delito: " El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel"; centrándose la diferencia con el tipo penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, además de en su resistemización dentro del Código Penal, en que entonces se hacía referencia a la presentación de datos falsos " en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión pagos", con el fin de lograr indebidamente " la declaración de aquellos".

Hemos indicado anteriormente que el delito de alzamiento de bienes se configura como un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude sus derechos de crédito y,



de otro, el interés colectivo por el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. El bien jurídico protegido es por ello semejante al que impulsa la tipificación del artículo 261 del Código Penal, si bien, si en aquel la protección penal se despliega respecto de conductas que vacían u ocultan el patrimonio con el que hacer frente a los débitos, en el delito que ahora contemplamos la conducta típica consiste en presentar datos contables falsos en el procedimiento concursal, cuando su desviación de la realidad se orienta precisamente a engañar a los órganos correspondientes del procedimiento concursal y lograr la declaración de un concurso improcedente de otro modo ("lograr indebidamente la declaración del concurso" dice el Código), mostrándose así como un delito de peligro respecto de los derechos de crédito de los acreedores que, con una indebida declaración del concurso, se verían seriamente e injustificadamente amenazados respecto al cobro íntegro o puntual de sus créditos. En todo caso, el delito exige de la concurrencia de cuatro requisitos: a) La existencia de un procedimiento de concurso; b) la presentación de datos falsos relativos al estado contable, siempre que estos cuenten con la aptitud objetiva de condicionar la declaración del concurso y lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido; c) la existencia de un dolo directo o eventual que abarque el conocimiento de la falsedad ("a sabiendas", dice el Código) y d) el elemento subjetivo y tendencial de lograr indebidamente con ello la declaración de concurso y el perjuicio de la atención íntegra o puntual de los créditos.

Por especialidad, el tipo penal analizado desplaza la aplicación de otras figuras delictivas afines, como el delito de presentación en juicio de documentos públicos, oficiales o mercantiles falsos (art. 393 CP); el delito de presentación en juicio de documentos privados falsos (art. 396 Código Penal); o delito de presentación de testigos falsos, así como el de presentación de peritos o intérpretes mendaces (art. 461 CP). Debe destacarse sin embargo que la falsedad que constituye la esencia del delito se caracteriza por ser una manifestación desviada respecto de una realidad material o base fáctica que se describe, resultando así que la falsedad es diferente de aquellos supuestos en los que la distorsión recae sobre un juicio normativo o de valor, en los que se constata una mera incorrección (no necesariamente errónea, sino también intencional), de conclusiones parciales o finales. De este modo, aun cuando la conducta contemplada en el artículo 261 del Código Penal consistirá normalmente en disminuir el activo o en aumentar el pasivo de manera ficticia, para ofrecer así una idea irreal de la situación económica y "lograr indebidamente la declaración del concurso", abriendo la puerta a posibles decisiones perjudiciales para el derecho que tienen los acreedores a satisfacer su crédito de manera íntegra y puntual siempre que sea posible, es necesario que el imperfecto estado contable dimanase de datos de actividad económica que resulten irreales y no de una técnica contable imperfecta. Como decíamos en la STS 730/2017, de 13 de noviembre, "una contabilidad puede merecer la consideración de catastrófica por muchas razones diversas de la de recoger datos falsos. Una contabilidad no solamente recoge descripciones de datos sino también juicios de valor. La falsedad solamente puede predicarse de aquellas descripciones de datos. No de los juicios de valor".

4. Lo expuesto muestra la atipicidad de la conducta declarada probada en la sentencia de instancia. Por más que, conforme a la regulación vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, es difícil encontrar supuestos en los que la presentación de una contabilidad que disminuya indebidamente la situación de insolvencia pueda afectar al bien jurídico que el tipo penal protege y satisfacer la exigencia del artículo 261 del Código Penal de poder conducir a la declaración indebida del concurso, en modo alguno puede concluirse que las desviaciones del estado contable declaradas probadas en la sentencia de instancia constituyan la falsa aportación de datos contemplada en el tipo penal.

Tres son las partidas en las que la sentencia de instancia hace descansar la responsabilidad por haberse presentado datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración del concurso en lugar de la quiebra.

En primer lugar, hace referencia a una partida del activo denominada "Administraciones Públicas", que al presentarse la solicitud del concurso de acreedores se evaluó en 852.911.000 pesetas, de las que 807.844.000 pesetas correspondían a un crédito fiscal contra la Hacienda Pública derivado de bases imponibles negativas del impuesto de sociedades. Partida de crédito fiscal que se mantuvo en el nuevo estado de situación del concurso presentado el 20 de abril de 2001.

En segundo término, la inclusión como activo de una partida denominada "clientes por ventas y prestación de servicios", por un importe de 681.268.000 de pesetas, que fue reducido a 589.882.000 pesetas en el estado de situación definitivo del concurso, que se presentó el 20 de abril de 2001.

Por último, 250.000.000 de pesetas de activo, como consecuencia de evaluarse en ese importe el fondo de comercio de la entidad Navicón, cuando se presentó el estado de situación definitivo.

Sin embargo, la propia sentencia de instancia describe que los datos no modifican la actividad o realidad económica de la empresa, sino que su inclusión en el activo resultó inadecuada por contrariar las normas de contabilización de su base real.



Así, respecto del crédito fiscal que se detentaba por contarse con bases imponibles negativas del impuesto de sociedades, declara probado que no debió incluirse en el activo, no por no ser real o existente dicho crédito, sino por la imposibilidad práctica de su materialización económica. Indica así que el crédito no debió incorporarse a la masa activa " por ser plenamente conscientes de la imposibilidad de que Navicón, como consecuencia de su crítica situación económico-financiera, pudiera llegar a generar beneficios en el desarrollo de su actividad comercial con los que proceder a la aplicación o compensación de dicho crédito fiscal". La sentencia detalla (FJ 1, pg 127) la razón por la que se excluyó esta partida por los interventores del concurso y refleja que " tras indicarse [por los interventores] que la recuperación de ese activo dependería de la capacidad de la sociedad de generar beneficios futuros, se añadía que la compañía tenía, a fecha 31 de octubre de 2.001, unas pérdidas de explotación de cerca de 600 millones de pesetas, superiores a las del ejercicio anterior, por lo que los interventores procedieron, en aplicación del principio contable de prudencia, a provisionar en su totalidad esa partida, atribuyéndole valor cero".

En cuanto a la partida de créditos de " clientes por ventas y prestación de servicios", con importe inicial de 681.268.000 de pesetas, posteriormente reducido a 589.882.000, tampoco reprocha que fueran irreales, sino que declara probado que su improcedencia deriva de que " sabían que gran parte de los créditos incluidos en esa partida eran incobrables, por haberse mantenido a lo largo del tiempo una inadecuada gestión contable de los saldos de la cuenta de "clientes" y por incluirse en esa partida créditos antiguos". La sentencia detalla (FJ 1, pg 142) que la única razón por la que esa partida fue corregida por los interventores del concurso, rebajándose a la cantidad de 263.679.837 pesetas, fue que " seguían incluidos en esa partida créditos con una antigüedad mayor de doce meses e incluso de ejercicios anteriores al año 1.999, sin que los señores Candido Ángel pudieran ignorar que la inmensa mayoría de esos créditos resultaban incobrables, teniendo en cuenta lo dictaminado en su día por el señor Felipe tras la investigación realizada en la cuenta deudores y que expuso en el consejo de administración de Navicón del día 4 de julio de 2.000, desprendiéndose de esa investigación que uno de los problemas para el cobro de créditos a clientes derivada de la antigüedad de tales créditos, lo que también se desprendía del punto 4 del informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 1.999".

Por último, la partida en la que se evaluó como activo el fondo de comercio, la sentencia de instancia explica (FJ 1, pag 143 y 144), que " el fondo de comercio, que formaría parte del "inmovilizado inmaterial", viene constituido por el conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social, localización, cuota de mercado, nivel de competencia de la empresa, canales comerciales, prestigio comercial y otros análogos que impliquen valor para la empresa, en la medida en que permitan la obtención de beneficios futuros"; añadiendo que los interventores manifestaron que " aunque es cierto que en un estado de situación a presentar en un procedimiento de suspensión de pagos era procedente la inclusión del "valor en venta" de los activos, que es radicalmente distinto a su "valor contable", al venir determinado este último por criterios rígidos marcados por el Plan General de Contabilidad", terminaron por excluir su importe, pues " no había sido adquirido a título oneroso y no se podía contabilizar, por tanto, en el activo del balance, de conformidad con la normativa contable ".

Los motivos deben ser estimados, no siendo preciso el análisis del resto de motivos que los recursos formulan.

Tercero.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar los motivos que, por infracción de ley y aplicación indebida del artículo 257.1.1 del Código Penal, han formulado los recurrentes Candido, Ángel, y Dimas, así como la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de declarar la nulidad del pronunciamiento de condena por este delito, así como la nulidad de la responsabilidad civil que les es inherente.

Estimar los motivos que, por infracción de ley y aplicación indebida del artículo 261 del Código Penal, han formulado los recurrentes Candido y Ángel, así como la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de declarar la nulidad del pronunciamiento de responsabilidad por este delito.



Todo ello declarando la nulidad de la condena en costas impuesta en la instancia, y declarándose de oficio las costas derivadas de la tramitación del presente recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Pablo Llarena Conde Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

RECURSO CASACION NÚM.: 1816/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo Garcia

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 10 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto la causa Procedimiento Abreviado 114/2014, seguida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado 7313/2002, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 3, de los de Madrid, por presuntos delitos de alzamiento de bienes, falseamiento contable en procedimiento concursal y estafa, contra, entre otros, Candido, con D.N.I. n.º NUM000 y nacido el día NUM001 de 1.947, Ángel, con D.N.I. n.º NUM002 y nacido el día NUM003 de 1.950, Dimas, con D.N.I. n.º NUM004 y nacido el día NUM005 de 1.938, y contra TRANSPORTES FERRORIARIOS ESPECIALES, S.A. (TRANSFESA) como responsable civil, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 20 de marzo de 2018, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

El fundamento primero de la sentencia rescindente estimó los motivos que, por infracción de ley y aplicación indebida del artículo 257.1.1 del Código Penal, formularon los recurrentes Candido, Ángel, y Dimas, así como la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA, en el sentido de declarar que los hechos perpetrados por aquellos no son constitutivos del delito de alzamiento de bienes por el que venían condenados.

El fundamento segundo de la sentencia rescindente estimó los motivos que, por infracción de ley y aplicación indebida del artículo 261 del Código Penal, formularon los recurrentes Candido y Ángel, así como la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA, en el sentido de declarar que los hechos perpetrados por aquellos no son constitutivos del delito de aportación de datos falsos relativos al estado contable por el que venían condenados.

FALLO

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

Que debemos absolver y absolvemos a Candido, Ángel y Dimas, de todos los cargos de los que venían acusados; con reserva de acciones civiles, si a ello hubiere lugar y se tuviere por conveniente.

Se dejan sin efecto los pronunciamientos indemnizatorios y la condena en costas que fueron impuestos a Candido, Ángel, Dimas y la entidad Transportes Ferroviarios Especiales SA, con los efectos establecidos en el artículo 903 de la LECrim. con relación a las mercantiles Navicón SA, Tampre S.A. y Harbour, S.A.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Pablo Llarena Conde Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

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.