

Sección nº de la Audiencia Provincial de

.....

.....

Teléfono:

Fax.....

GRUPO ...

....

N.I.G.:

Procedimiento Abreviado

Delito: Delitos sin especificar

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado

SENTENCIA Nº

ILMOS. SRS. DE LA SECCIÓN VIGESIMOTERCERA

DOÑA (Presidenta)

DON

DON

En a 27 de julio de 2.020

VISTA el juicio oral y público ante la Sección de esta Audiencia Provincial, el procedimiento abreviado nºseguido por un delito de estafa, apropiación indebida y administración desleal, en el que es acusado, con D.N.I., mayor de edad, con antecedentes penales, vecino de, con domicilio en la representado por la Procuradora y defendido por la Abogada Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. y actuando como Acusación Particular representado por el Procurador y asistido por el Abogado y por la Sociedad Cooperativa, representada por el Procurador y asistida por el Abogado

Siendo ponente el Magistrado Ilmo. Sr., que expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Este procedimiento se inició por querrela de la Sociedad Cooperativa, presentada el día 8 de abril de 2.009, contra,, y Por el Juzgado de Instrucción nº, se incoaron Diligencias Previas, con el Por escrito de presentado el día 10 de mayo de 2.011, se personó en el procedimiento como Acusación Particular, que fue admitida por providencia de 24 de junio del mismo año. Por escrito del Ministerio Fiscal de 25 de abril de 2.016, se solicitó el sobreseimiento del procedimiento. Por auto de 2 de junio de 2.016, se acordó el sobreseimiento provisional de la causa, que fue recurrido y admitido por auto de 12 de diciembre de 2.016 de la Secc. de esta Audiencia, se ordenó la continuación del procedimiento. Se dictó auto de transformación en procedimiento abreviado, el 10 de mayo de 2.017, el Ministerio Fiscal mantuvo su solicitud de sobreseimiento, formulándose acusación, por la Sociedad Cooperativa y, contra y este último también contraSucursal en España. Por auto de 23 de junio de 2.017, se acordó la apertura del juicio oral, contra el citado y contra la Aseguradora como responsable civil directo. Se acordó el sobreseimiento provisional respecto, y El Ministerio Fiscal, solicitó la absolución de los acusados, al igual que las representaciones del acusado y responsable civil directo. Remitiéndose la causa para su enjuiciamiento por Diligencia de Ordenación de 27 de marzo de 2.019.

SEGUNDO.- La Acusación Particular de, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos cometido por el acusado, como constitutivos de un delito de estafa del artículo 248 del Código Penal, con la agravante específica del artículo 250; 1ª cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad y alternativamente un delito de apropiación indebida, por administración desleal del artículo 252 del citado Código, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitando le fuera impuesta la pena de 6 años de prisión y doce meses de multa con una cuota diaria de 8 €. Se renunció a la acción de reclamación civil dirigida contra

..... Sucursal en España (antes), en virtud del acuerdo transaccional alcanzado extrajudicialmente, por el cual la aseguradora abonará al citado, la suma de 33.731 €, comprometiéndose este a devolver a, toda cantidad que pudiera ser reembolsada por la Cooperativa.

La Acusación Particular ejercida por la Sociedad Cooperativa, calificó los hechos cometido por el acusado, como constitutivos de un delito de estafa del artículo 248 del Código Penal, con la agravante específica del artículo 250;

1ª cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad y alternativamente un delito de administración desleal del artículo 252 del citado Código, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitando le fuera impuesta la pena de 6 años de prisión y doce meses de multa con una cuota diaria de 10 €, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la inhabilitación para cualquier cargo de responsabilidad en promotoras, gestoras o cooperativas de viviendas durante el tiempo de la condena, con pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. Alternativamente procede imponer la pena de seis años de prisión por el delito de administración desleal y multa de doce meses con cuota de 10 €, así como la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la inhabilitación para cualquier cargo de responsabilidad en promotoras, gestoras o cooperativas de viviendas durante el tiempo de la condena, con pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular. El acusado indemnizará a la Sociedad Cooperativa en la cantidad de 6.410.000 €, a fin de que sus liquidadores puedan abonar los créditos aun existentes, tanto los hipotecarios como los dimanantes de la baja de los socios o de la aseguradora que ha hecho pago de los mismos.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal, se considera que los hechos no son constitutivos de infracción penal, solicitando la absolución de

CUARTO.- Por la defensa de, se manifestó en sus conclusiones definitivas, que los hechos enjuiciados no son constitutivos de delito, por lo que no procede deducir responsabilidad penal contra el acusado, siendo procedente su libre absolución, tampoco procede la responsabilidad civil. Para el supuesto de condena,

se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, por el tiempo transcurrido desde la interposición de la querrela, 8 de abril de 2.009, apreciándose también dos interrupciones del procedimiento por tiempo superior a seis meses, desde el proveído de 26 de marzo de 2.015, hasta la diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2.016, y desde la providencia de 8 de mayo de 2.019 hasta el señalamiento de juicio de 16 de enero de 2.020.

QUINTO.- El responsable civil directo Sucursal en España (antes), en virtud de la transacción extrajudicial, alcanzada con la Acusación Particular, que renunció a la acción civil, dejó de ser parte en este procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Son hechos probados y así se declaran, que el acusado, con antecedentes penales y cuyas circunstancias personales ya constan, con amplia experiencia en la constitución y gestión de cooperativas para la construcción y promoción de viviendas, y como representante y único titular deS.L., propuso a sus empleados que trabajaba como mensajero registral, que hacía declaraciones de renta y gestionaba escrituras y a que también trabajaba como mensajera registral, la constitución de una Sociedad Cooperativa. La escritura de constitución se firmó el día 23 de junio de 2.004, y en la Asamblea General Constituyente, se celebró el día 26 de julio de 2.004, donde se designaron los cargos directivos, fue nombrado para el cargo de Presidente,, fue designado Secretario,, tomó el cargo de Tesorera y el de Consejero. No obstante de facto nunca ejercieron estos cargos, siendo el acusado el que tomaba todas las decisiones, redactaba las iniciativas y prestaba su consentimiento, limitándose aquellos a firmar todos los documentos que les eran presentados.

SEGUNDO.- La Cooperativa nombró como Gestora a la Sociedad del acusado,, Propietarios del Suelo de y suscribió contrato el 21 de enero de 2.005, mediante el cual el acusado, percibirá como retribución el 10 % sobre el coste total de la vivienda, suelo y construcción, estos honorarios comenzarán a

abonarse desde el inicio de la prestación. En la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día 5 de diciembre de 2.005, se nombró Auditores de Cuentas a S.L.”.

TERCERO.- En la Asamblea General Ordinaria celebrada el día 26 de julio de 2.006, se facultó al acusado para adquirir e hipotecar suelo en nombre de la Cooperativa, situado en el Sector del.....y su ampliación de El 6 de abril de 2.005, por el acusado en nombre y representación de la Cooperativa adquirió una finca, con cabida de 5 hectáreas y 15 áreas, por un precio de 194.126,90 €. El 14 de junio de 2.005, por un valor de 2.586.704 €, se adquirió una parcela en la Urbanización, correspondiente al polígono ..., parcela, polígono ..., parcela ..., con una superficie de 2 hectáreas y 9 áreas. El 15 de junio de 2.005, se realizó la compra del terreno sito en el, polígono parcela, con una superficie de 2 hectáreas y 42 áreas, por un precio de 2.480.687,60 €. El 11 de julio de 2.005, se adquirieron dos fincas, la primera al sitio, Polígono parcela, con una cabida de 92 áreas y 80 centiáreas; la segunda, en el, Polígono, parcela, con una superficie de 2 hectáreas, dos áreas y 58 centiáreas, adquiridas por un importe de 1.096.764,90 €. Todos los terrenos adquiridos tienen la calificación de Suelo Urbanizable Sectorizado. Se formalizó escritura de constitución de la hipoteca sobre dichas fincas, el día 19 de mayo de 2.006.

CUARTO.- El día 31 de agosto de 2.006, se suscribió contrato de seguro con, contrato de seguro, que tenía por objeto asegurar que las aportaciones de los socios se destinarán a sufragar y a atender los gastos que se generen en el Proyecto Promotor, con la obligación de ingresar las aportaciones en una cuenta especial para cuya disposición se requería la autorización expresa de la aseguradora.

QUINTO.- La Cooperativa llegó a alcanzar 575 socios, que fueron dándose de baja, y devolviéndoles su aportación por la aseguradora, cuando se enteraron que, Gestor de la Cooperativa se encontraba incurso en algún procedimiento penal. La Aseguradora Sucursal en España (antes), ha devuelto todas las aportaciones a los socios, que no pudo hacerlo la Cooperativa. No se inició la construcción de las viviendas, respecto de las cuales no existía proyecto alguno.

SEXTO.- En el informe de auditoría de 20 de junio de 2.008, se refiere que ya se había expresado su opinión favorable respecto de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio del 2.006. En cuanto a las cuentas del 2.007, se puso de manifiesto la baja de numerosos socios, lo que ha supuesto una importante cantidad a devolver, proponiendo la venta de activos. También se menciona que la Gestora ha facturado una cantidad excesiva de aproximadamente unos 4.800.000 €. Concluyendo que las cuentas del ejercicio 2.007, reflejan en todos sus aspectos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la Cooperativa.

SÉPTIMO.- El acusado ha cobrado como Gestor de la Cooperativa, facturando sus servicios a través de la Sociedad S.L., la suma total de 6.401.045,77€.

La Cooperativa entró en liquidación en el año 2.015, y todas las fincas adquiridas que se encontraban hipotecadas, han sido entregadas al acreedor hipotecario en dación en pago. No teniendo ninguna deuda que satisfacer.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En relación a los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento, el Ministerio Fiscal no formuló acusación, y las dos Acusaciones Particulares, solicitaron la condena del acusado, como responsable de un delito de estafa agravada, artículos 248 en relación con el artículo 250-1 del Código Penal y subsidiariamente un delito de administración desleal tipificado en el artículo 252 del citado cuerpo legal. El delito de estafa exige como elementos configuradores: 1º: Un engaño precedente o concurrente, tan esencial es este factor del engaño que viene a individualizar a la estafa frente a las restantes infracciones patrimoniales, cuyo denominador común consiste también en un enriquecimiento ilícito, propiciándose el acto de disposición del perjudicado. 2º: Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional, abstractamente idóneo para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la conveniencia social actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y

de las circunstancias todas del caso concreto. 3º: Que produzca un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del vicio de voluntad facilitador del consiguiente desplazamiento patrimonial. 4º: Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente. 5º: Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado. 6º: La dinámica del infractor ha de hallarse presidida por ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto esencial para la configuración de la tipicidad en la estafa, lucro que viene a ser la contrapartida del perjuicio patrimonial provocado, beneficio económicamente valorable.

Analizando la concurrencia de estos requisitos en las conductas enjuiciadas, vemos como el acusado puso en marcha una Cooperativa, realizando todos los trámites necesarios para su constitución, como declararon los testigos, que figuró como Presidente de la Cooperativa,, que fue nombrado Secretario, y, Tesorera, todos manifestaron ser trabajadores de la Gestora S.L., que les daban los documentos redactados e incluso dijeron que en blanco, y solo tenían que firmar. El acusado organizó la captación de socios a través de la necesaria publicidad y un modelo de contrato, que llegaron a suscribir 575 socios, que realizaron su prestación, que sirvió para la compra de terrenos donde habría de tener su desarrollo la construcción de viviendas. Se dice que los terrenos adquiridos eran de naturaleza rústica, calificación que impide cualquier actividad constructiva, y así constan en las notas registrales unidas a las escrituras de compra de los referidos terrenos, pero en el rollo de la sala al folio 534, consta unido como prueba anticipada un informe de la Jefa de Sección de Planeamiento e Infraestructuras, de la Gerencia Municipal del Ayuntamiento de, donde se informa que la calificación urbanística de todos los terrenos adquiridos por Cooperativa, son suelo urbanizable sectorizado, esto es, delimitado en recintos pensados para su evolución, desarrollo que aún continúa pendiente.

De lo que antecede procede concluir, que el primer y esencial elemento de la figura delictiva analizada, no se ha producido, todo parece indicar, que el proyecto hubiera alcanzado su objetivo de no haberse producido determinados sucesos, como la imprevista baja de socios (auditoria folio ... de la causa, ratificado en el acto del juicio por su autor), suceso que se produjo cuando el ahora

acusado se vio incurso en un procedimiento penal. No existe ningún dato del que podamos deducir que el sujeto activo, lo que pretendía era montar una farsa, para lograr que los suscriptores transfirieran su aportación. El acusado se preocupó de formalizar un contrato de seguro con (folio .. de la causa), que tenía por finalidad asegurar la devolución de las aportaciones de los socios para el caso de renuncia de estos. El aseguramiento de estas aportaciones de capital, eliminan toda idea de la obtención de una transferencia de capital mediante engaño. Téngase en cuenta que en este juicio no se ha cifrado perjuicio alguno.

La propia Cooperativa se encuentra ahora en liquidación, sin que conste la existencia de débito alguno, o reclamación que suponga una pérdida patrimonial. En el acto del juicio comparecieron como testigos la actual Junta Directiva de la Cooperativa, (Presidente), que dijo que los cobros de la Gestora, no se ajustaban al contrato, que su aportación le fue devuelta por el seguro, y que la hipoteca que gravaba los terrenos propiedad de Cooperativa, han sido liquidadas mediante el sistema de dación en pago. El testigo (Vicepresidente), manifestó que la situación de la Cooperativa era la de insolvencia. La testigo (Secretaria del Consejo), manifestó que se contrató a un contable, pero no hizo nada y se fue antes de la liquidación.(Tesorera), dijo que no había dinero, que desconocía la situación de la Cooperativa y que recuperó su aportación. Por último el Liquidador de la Cooperativa,, dijo que la liquidación comenzó en el 2.015, no había facturas de profesionales, que las cuentas no habían sido auditadas, y que desde el 2.007, se arrastraban deudas de siete millones. Añadió que desconocía todo lo anterior, que no había documentación y reformuló las cuentas. Del conjunto de estos testigos, se deduce que el desconocimiento de la situación anterior, correspondiente a la gestión del acusado, la última auditoria, como se ha dicho fue del ejercicio del 2.007, y el acusado y toda la Junta Directiva inicial, abandonaron la Cooperativa entre ese año y el siguiente 2.008. No obstante no se acredita ningún perjuicio patrimonial que hubiera causado, todas las aportaciones fueron devueltas y la hipoteca se liquidó, sin que por el Liquidador se haya manifestado la existencia de deuda alguna. De lo anterior se deduce que los hechos enjuiciados, no encajan en el delito de estafa, al no haberse dado un engaño precedente o concurrente, y al no haberse acreditado perjuicio patrimonial alguno.

SEGUNDO.- En lo relativo al delito de administración desleal, el artículo 252 del Código Penal, destaca como sus elementos constitutivos: a) recepción por parte del sujeto activo de dinero, efectos o valores u otra cosa mueble, activos patrimonial, recepción que se produce de forma legítima; b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obligue a quién lo recibe a devolverlo o entregarlo a otra persona; c) que el sujeto realice posteriormente una conducta de apropiación con ánimo de lucro, dando a la cosa un destino distinto y d) esta conducta produce un perjuicio patrimonial a una persona. (STS 153/03, 8-2; 915/05; 127/13, 21-2). Por las Acusaciones que solicitaron la condena del acusado, se puso de manifiesto que las facturas a partir de los cuales el acusado llegó a percibir la suma total de 6.401.045,77€, no respondían a los hitos que se marcaron en el contrato de gestión (folio ..), por los cuales se podría cobrar según los porcentajes pactados, pero lo cierto es, que el acusado realizó determinadas actividades de gestión que han sido convenientemente acreditadas, como la contratación de un seguro que garantizaba la devolución de las aportaciones de los socios. La convocatoria y asistencia a las Asambleas de los socios (folios ... a ..) y , que constan aportadas, junto con la querrela que inició este procedimiento, compra de los terrenos donde habría de desarrollarse la construcción de la viviendas (escrituras que figuran a los folios de la causa .. a ..). Solo se atisba posiblemente un exceso en la cantidad cobrada o que no se corresponda con lo establecido en el contrato, pero en ningún caso la apropiación o distracción de sumas a él confiadas en su calidad de Gestor de la Cooperativa, porque el cobro excesivo no puede ser entendido como apropiación porque este no obedece a otra causa que el engaño y el propio afán de lucro, mientras que las sumas cobradas por el acusado obedecen a los trabajos que se han dicho. El tipo subjetivo del delito no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse de la cosa recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación de aquella o dicho de otra manera en la deslealtad con la que se abusa de la confianza de aquel en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. (STS447/13, 6-6). Como se ha dicho desde el comienzo del funcionamiento de la Cooperativa, se contrató un seguro que garantizaba la devolución de las aportaciones, con la obligación de depositarlas en una cuenta especial, de la que la Gestora podía disponer siempre que contara con la autorización de la Aseguradora.

En conclusión las pruebas celebradas en el acto del juicio no han enervado el derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, que significa que todo acusado tiene derecho a ser absuelto si no se ha practicado una prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del encausado (SSTS de 20 octubre 2001 y 31 mayo 2002).

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas causadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas y los artículos correspondientes del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado de los delitos de estafa agravada y administración desleal. Declarándose de oficio las costas causadas.

Contra esta sentencia se puede interponerse recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.