

## **JDO. DE LO PENAL N. 2**

### **VIGO**

N.I.G.: 36057 2 0105133 /2003

**CAUSA : PROCEDIMIENTO ABREVIADO 378 /2006**

Contra: RUBEN LOPEZ LOPEZ, , ALVARO OTERO GONZALEZ FERIA NAUTICA DE VIGO, S.L., IFEVI

Procurador Sr.: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, MARINA LAGARON GOMEZ

### **SENTENCIA: 00286/2008**

.

En Vigo a treinta y uno de julio de dos mil ocho

Vistos por mi, Miguel Aramburu García-Pintos, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo, los autos de procedimiento abreviado, llevados en este juzgado con el número 378 de 2006 , en los que ha sido acusados, don **Álvaro Otero González**, natural de Bueu, Pontevedra, hijo de Álvaro y de Marina, nacido el día 7 de febrero de 1967, con DNI número 52491796 representado por la procuradora Doña Marina Lagarón Gómez y defendido por el abogado don Alberto Martín Menor y también acusado don **José Rubén López López**, natural de Lugo nacido el día 5 de octubre de 1968, hijo de José Rubén y de María Manuela, con DNI número 33315567, representado por el procurador don José Antonio Fandiño González y defendido por el abogado don Juan Pablo Serena Roca; citada como responsable civil la compañía Feria Náutica de Vigo S.L, representada por la procuradora doña Marina Lagarón Gómez y defendida por el abogado don Alberto Martín Menor; y también citada como responsable civil el Instituto Ferial de Vigo, en adelante IFEVI, representado por el procurador don José Antonio Fandiño González y defendido por el abogado don Juan Pablo Serena Roca, en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, sosteniendo la acusación, interviniendo como acusación particular doña Ana Lidia Montenegro Fernández, representada por la procuradora doña Ana Boquete y defendida por el abogado don José María Criado del Rey de Haz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

**Primero:** El Juzgado de Instrucción número 1 de Vigo, incoó el procedimiento de diligencias previas número 4602/2003, en el que tras la práctica de las diligencias de

instrucción que se estimaron necesarias se dictó auto de continuación de procedimiento.

**Segundo:** El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación contra don José Rubén López López y don Álvaro Otero González, considerándoles autores de los siguientes delitos: a José Rubén López López autor de un delito societario del artículo 295 del Código Penal, solicitando la imposición de las siguientes penas: prisión de 2 años y 6 meses año y accesoria de inhabilitación especial por tiempo de 3 años para el cargo de gerente o de alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo; a Álvaro Otero González como autor de un delito del artículo 293 del Código Penal y de un delito del artículo 295 del mismo Código las penas de multa de 9 meses y prisión de dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y inhabilitación especial para el cargo de administrador de entidades mercantiles.

**Tercero:** La acusación particular calificó los hechos como: 1º un delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal, o alternativamente un delito societario del artículo 293 del Código Penal; 2º un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal o alternativamente un delito societario del artículo 295 del Código Penal y 3º un delito societario del artículo 295 del Código Penal. Considerando autor del primer delito a Álvaro Otero González y de los otros dos a Álvaro Otero González y a José Rubén López López, solicitando al imposición de las siguientes penas: por el primer delito a Álvaro Otero González la pena de 1 año de prisión o multa de 12 meses; por el delito 2 la pena de prisión de 3 años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administradores de entidades mercantiles por tiempo de 5 años y respecto del señor López la pena de inhabilitación a los cargos de gerente o alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas e inhabilitación especial por el mismo tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y por el delito 3 la pena de 3 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administradores de entidades mercantiles por tiempo de 5 años y respecto del señor López la pena de inhabilitación a los cargos de gerente o alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas e inhabilitación especial por el mismo tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo

**Cuarto:** Abierto juicio oral las representaciones de los acusados, formularon escritos de conclusiones provisionales por el que solicitaban la libre absolución.

Recibidas las actuaciones en este juzgado se señaló para el inicio del juicio el día 29 de enero de 2008, en el cual se practicaron las siguientes pruebas, en varias sesiones: declaración de los acusados don Álvaro Otero González y don José Rubén López López, testificales de don José García Costa, don José Manuel Figueroa Vila, doña Ana Lidia Montenegro Fernández, doña Lourdes Guerra Fornos, don José Luis Feijoo Borrego, don Francisco Javier Fernández Rodrigo, don Francisco Javier García

Márquez, don José Manuel Fernández Alvariño, don Estanislao Durán García, don Manuel Blanco, don Ricardo Silveira Martínez doña Carmen Bianchi Valcarce, don Agustín Reguera Ocampo, pericial de doña Concepción Vilaboa, don Darío Fernández Fernández, don Ángel Pascual Rubín y don Pascual Silva Martínez y prueba documental.

**Quinto:** El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el sentido de considerar a Álvaro Otero González autor de un delito societario del artículo 293 del Código Penal, solicitando por este delito la imposición de una pena de multa de 9 meses; como autor de un delito de coacciones la pena de prisión de 1 año y 1 día e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y como autor de un delito de societario del artículo 295 del Código Penal la pena de prisión de 2 años y 9 meses, inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador de entidades mercantiles por 5 años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el periodo de 2 años y 9 meses. Respecto de José Rubén López López lo consideró cooperador necesario de un delito del artículo 295 del Código Penal y solicitó su condena con la pena de prisión de 1 año e inhabilitación especial por el periodo de 3 años para el cargo de gerente o de alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por 1 año. Manteniendo el resto de las peticiones.

La acusación particular elevó a definitivas sus conclusiones provisionales.

Las defensas elevaron a definitivas las calificaciones de sus escritos.

## **HECHOS PROBADOS**

**Primero:** Álvaro Otero González, mayor de edad, constituyó, junto con Ana Lidia Montenegro González, la compañía “Salón Náutico de Vigo, S.L.”, por medio de escritura pública de 11 de septiembre de 2000, fecha en que comenzaron las actividades de dicha compañía, otorgada ante el notario don Alejo Calatayud Sempere, siendo inscrita dicha constitución de la sociedad en el Registro Mercantil de Pontevedra.

Desde el momento de su constitución hasta el cese de la actividad de la compañía Salón Náutico de Vigo, S.L., fueron administradores solidarios los únicos socios de la misma, Álvaro Otero González y Ana Lidia Montenegro González. El domicilio social de la sociedad estaba en la calle José Mato 22, 9 A de Vigo, si bien sus actividades sociales se realizaban desde una oficina propiedad de la sociedad “Ana Montenegro y Asociados S.L.” sita en la calle Arenal número 138, oficina 7 de Vigo. El objeto social de la sociedad era la organización del Salón Náutico Internacional de Vigo, actividad que realizó durante los años 2001, 2002 y 2003.

El Salón Náutico de Vigo se realizaba en la sede del Instituto Ferial de Vigo, en adelante IFEVI, fundación regida por la Ley de Fundaciones de Interés Gallego, y

creada por la Xunta de Galicia, el Concello de Vigo, la Diputación de Pontevedra, la Cámara de Comercio Industria y Navegación de Vigo, la Mancomunidad del Área Intermunicipal de Vigo y la Confederación Provincial de Empresarios de Pontevedra, el 6 de mayo de 1998, con el objeto de promover la realización de actividades comerciales, industriales, agroindustriales, sociales educacionales etc., a cuyo objeto cedía el uso de las instalaciones de IFEVI con el objeto de celebrar eventos en las mismas, entre ellos el Salón Náutico de Vigo.

**Tercero:** Álvaro Otero González, con la intención de organizar el Salón Náutico de Vigo en los años posteriores, independientemente de Salón Náutico de Vigo S.L., realizó diversas gestiones con dicho objeto, así: solicitó asesoría jurídica en Febrero de 2003 sobre los pasos a dar y, posteriormente, el día 26 de junio de 2003 constituyó la sociedad unipersonal “Feria Náutica de Vigo S.L.”, mediante escritura pública de esta fecha, sociedad que inició ese mismo día sus operaciones y que fue inscrita en el Registro Mercantil el día 10 de julio de 2003; dicha sociedad tenía como objeto social “la organización del Salón Náutico Internacional de Vigo, así como el servicio de publicación y publicidad”; de esta sociedad era, en principio, único socio y administrador Álvaro Otero González.

**Cuarto:** Asimismo Álvaro Otero González arrendó como administrador de Salón Náutico de Vigo S.L., sin conocimiento en dicho momento por la otra administradora de Salón Nautico de Vigo S.L. en febrero de 2003 un local en el número 17, 4, letras E y F, de la calle Policarpo Sanz de Vigo, al cual se traslado toda la documentación de esta sociedad desde el local de la calle Arenal número 138, local al que no podía acceder la señora Montenegro al no dársele llaves del mismo a pesar de requerir dichas llaves en varias ocasiones ya fuese en las jutas de socios o en sede judicial. A este local también se traslado el único empleado de la compañía don Manuel Blanco, el cual fue requerido varias ocasiones por la señora Montenegro con el fin de rendir cuentas de su trabajo y no lo hizo. Este traslado se materializó en mayo de 2003.

**Quinto:** El juzgado de instrucción número 1 de Vigo, durante la tramitación de esta causa, dictó auto el día 10 de octubre de 2003, folios 307 a 317, por el que acordó que el señor Otero entregase una copia de las llaves de la oficina de Policarpo Sanz, llaves que entregó el día 16 de octubre y se dieron a la querellante el día 17 octubre. Sin embargo la señora Montenegro no pudo acceder hasta fechas posteriores al local al no poder abrir las puertas de la oficina.

**Sexto:** Paralelamente a estos hechos Álvaro Otero González en calidad de administrador de la entidad Salón Náutico, remitió, el día 30 de junio de 2003, anulando las reservas de fechas para la organización del Salón Náutico Internacional entre los día 29 de febrero a 9 marzo de 2004. Dicha reserva se había materializado el día 10 de enero de 2003 y confirmada por el IFEVI el día 10 de enero de 2003. Al mismo tiempo el día 1 de julio de 2003 Álvaro Otero González, en calidad de administrador de la entidad Feria Náutica de Vigo S.L., realizó una solicitud de reserva para la

organización del Salón Náutico Internacional de Vigo para los días 29 de marzo de 2004 a 9 de abril de ese año. Estas dos comunicaciones fueron remitidas al Director Gerente del IFEVI, José Rubén López López, quien, ante su recepción, encargó a la entidad asesora del IFEVI, un informe jurídico sobre los hechos, y tras el mismo no tomó ninguna decisión sobre las peticiones ni comunicó a ningún miembro del patronato la situación derivada de la petición anulación de reserva y la nueva petición deducidas. La actuación de José Rubén López López estaba dirigida a que se otorgase a Feria Náutica de Vigo la organización del Salón Náutico de Vigo del año 2004 al menos.

**Séptimo:** Durante el verano del año 2003 José Rubén López no comunicó a Ana Montenegro la anulación de la reserva que había realizado su socio, hasta que el día 18 de octubre de 2003, esta tuvo conocimiento de la renuncia realizada a través del Presidente del IFEVI, don Ventura Pérez Mariño en una reunión celebrada con este por la señora Montenegro.

El día 22 de octubre de 2003 el patronato del IFEVI acordó la anulación de la reserva realizada por Salón Náutico S.L., para la organización del Salón Náutico Internacional de Vigo del año 2004, a la vista de la renuncia realizada por Álvaro Otero González y, al mismo tiempo, se acordó el día 3 de noviembre de 2003 abrir un plazo de 8 días naturales invitando a otras empresas a organizar el Salón Náutico de Vigo, excluyendo expresamente a Salón Náutico de Vigo, así se invitaron diversas empresas, entre ellas Feria Náutica de Vigo pero no a Salón Náutico, que sin embargo presentó la solicitud, al igual que Feria Náutica, quien presentó documentación fechada, alguna de ellas con anterioridad a la invitación a participar, y, en dicha documentación en la que no consta el momento de su presentación.

**Octavo:** Al objeto de la celebración de la junta de IFEVI en la que se decidiría a que entidad se encomendaría la organización del Salón Náutico Internacional del año 2004, (junta que se celebró el día 19 de noviembre de 2003), por parte de los órganos técnicos del IFEVI, se elaboró un informe sobre los oferentes, entre los que se encontraba FERIA NAUTICA , en el que se excluyó deliberadamente mención a los problemas que existían entre el socio administrador de esta entidad y su socia en Salón Náutico S.L., Ana Montenegro. El día de la reunión sin ningún tipo de debate previo se acordó otorgar la celebración del evento a FERIA NAUTICA . Antes de este junta José Rubén López López había tenido conocimiento de que Álvaro Otero utilizaba la estructura de Salón Náutico en beneficio de Feria Náutica. La ocultación de la información a los miembros de IFEVI motivó que estos no tuviesen pleno conocimiento de la situación de Feria Náutica, en concreto de su administrador, en relación con el procedimiento judicial abierto.

**Noveno:** El día el juzgado de Instrucción número 1 dictó auto por el que acordaba inhabilitar a Álvaro Otero como administrador de Salón Náutico de Vigo. Salón Náutico de Vigo no organizó el Salón Náutico Internacional de Vigo del año 2004 ni ulteriores.

**Décimo:** Salón Náutico de Vigo tenía un valor en diciembre de 2003 de 175.920,87 euros.

Asimismo Alvaro Otero González realizó gastos a favor de la compañía Feria Náutica, cargándolos sobre Salón Náutico de Vigo,S.L., por un importe de 60180,49 euros.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

#### **Primero:** *Sobre los hechos*

Los hechos relativos a la constitución de la Sociedad Salón Náutico de Vigo, su constitución, los socios y el nombramiento de administradores se derivan de la prueba documental, folios 9 a 22, donde consta la inscripción de la referida sociedad en el Registro Mercantil y los datos sobre su objeto social, sus administrados y la condición de solidarios de los mismos, hechos también refrendados por las declaraciones prestadas en la sala (así el señor Otero admitió que constituyó dicha sociedad conjuntamente con la señora Montenegro, que su domicilio social era en la calle José Mato, su vivienda), y sobre lo que, ciertamente, no existe controversia.

La constitución del IFEVI está acreditada documentalmente, folios 1187 y siguientes, así como el hecho de que se realizaban cesiones de uso para terceros deriva de la prueba documental ( por ejemplo folios 1267 y siguientes) y también de lo indicado por el señor López en la vista, de lo que se colige que se cedía el uso para la organización de eventos de todo tipo.

Existen múltiples requerimientos para la entrega de llaves, algunos documentados notarialmente, así: requerimiento notarial de 20 de mayo de 2003, folio 24 y entrega, folio 25, a la portera del edificio, después el señor Otero, como admitió en la vista, recibió dicho requerimiento; en las actas de las juntas de socios de 18 de junio de 2003, consta (folio 35) que en dicha junta se leyó un escrito en que textualmente se dice “por tercera vez, formalmente le exige las llaves de la oficina de Policarpo Sanz 17, 4º E F”; al folio 40, acta notarial de la junta de 30 de junio de 2003, también consta otro requerimiento al señor Otero para la entrega de las llaves; requerimiento que se reitera en la junta de 7 de julio de 2003, folio 46; también el acta de la junta de 20 de agosto de 2003 se reitera la petición de las llaves, folio 73 vuelto; en sede judicial, acta de declaración del acusado señor Otero de 19 de septiembre de 2003, folio 179.

El traslado de la documentación de Salón Náutico de Vigo S.L., se produjo a raíz del escrito, folio 159, remitido por Álvaro Otero a Ana Montenegro, que fue entregada y firmada como recibí el día 7 de mayo de 2003, folio 160. Y el contrato de arrendamiento entre el señor Otero y la señora Fornos, sobre el local de la calle Policarpo Sanz está aportado como prueba documental al folio 189. También la prueba documental acredita, folio 267, que a dicha oficina se traslado el empleado de la misma, Manuel Blanco, a petición del señor Otero, folio 267.

La falta de información de Manuel Blanco está documentada en los folios 281 y siguientes, y al folio 280 consta una hoja de información que no puede ser sino calificada como ridícula ya que dicha información tiene un contenido ciertamente genérico, sólo se dicen que se practicaron gestiones, se indica que se contactó con algunas entidades interesadas en participar, pero no se explicita en que consistieron las actividades, ni su alcance, y, además no se justifica porqué en el plazo de un mes más o menos, sólo se realizaron las escasas tareas que se refieren en dicha documentación.

La constitución de la entidad Feria Náutica de Vigo S.L., está documentada en autos, folios 437 (donde consta el objeto social) a 440, en los que consta la copia de la inscripción en el Registro Mercantil de Pontevedra

La remisión y recepción de la anulación de la reserva a favor de Salón Náutico de Vigo S.L., deriva de la prueba documental, folio 1307, en el que consta la reserva realizada, y folio 1306, donde consta la anulación realizada por el señor Otero y los acusados admitieron, respectivamente que conocían dichos documentos y que los enviaron y recibieron respectivamente. Al mismo tiempo la prueba documental, folios 1307 y siguientes, documenta, respectivamente, la aceptación de la reserva, y las gestiones previas a su materialización. El informe jurídico solicitado por el señor López consta el folio 1309.

De esta prueba se infiere que existió una ocultación de la real actividad de la sociedad Salón Náutico de Vigo S.L., a uno de sus dos socios, la señora Montenegro, en primer lugar se oculta la intención de proceder al traslado de la sede real de la sociedad, concertando un contrato de arrendamiento del que no tiene en su momento conocimiento la señora Montenegro, es de destacar que la señora Fornos negó que conociese a la señora Montenegro antes de los hechos, que el contrato de arrendamiento lo hizo sólo con el señor Otero, preguntada sobre sí contacto con la señora Montenegro, dijo que la vio en la oficina de ella sobre el año 2003 o 2004 tal vez, pero por motivos ajenos al alquiler del local de autos; por tanto existió una ocultación de la intención de cambiar la sede societaria, después no se informó de modo directo sobre la situación societaria, y también de modo indirecto al impedir el acceso a las oficinas de la sociedad, lo que supuso que no se conociese la situación de la sociedad, y, de otro lado se realizó el acto de renuncia a la reserva (acto para el que tenía facultades) que motivó que la imposibilidad de realizar el objeto social a Salón Náutico de Vigo S.L.

La participación del señor José Rubén López, cuya condición de Director Gerente del IFEVI (fundación cuya creación está acreditada documentalmente en los folios 1187 y siguientes) está derivada del documento de los folios 1259 a 1261, en los hechos está acreditada conforme a prueba indiciaria, no existe ninguna prueba directa que evidencie su participación, pero sí indiciariamente se puede inferir la misma. Respecto de la prueba indiciaria el Tribunal Constitucional ha dicho, sentencia 174/1985,

fundamento tercero que *”es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”* y en dicha sentencia también se indica, fundamento sexto, que *“ Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculcado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea conveniente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”*. Esta doctrina es reiterada en la jurisprudencia constitucional más reciente, así en la sentencia 256/2007, 196/2007 etc...

También el Tribunal Supremo ha establecido en relación con esta prueba indiciaria que la misma ha de verificar la concurrencia de dos elementos para ser una prueba apta para enervar la presunción de inocencia, así en la sentencia 247/2008, de 14 de mayo, ponencia del Excmo. Sr. Delgado, recuerda la doctrina del alto Tribunal al respecto: *TERCERO De todos es conocido cómo la prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas, que de todas estas formas es llamada, tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para contrarrestar la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Así lo proclama el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 y 175 de 1985 , ambas de 17 de diciembre, y desde entonces tanto dicho tribunal como esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba (véanse las sentencias de esta Sala de 3.5.99 [R] 1999, 4953] y la 557/2006 de 22 de mayo ), elementos que, simplificando la materia, podemos reducir a dos:*

*Primer elemento: Han de existir unos hechos básicos completamente acreditados, que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de esa pluralidad depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como*

*indicios, han de estar debidamente acreditados. Así lo exige expresamente el art. 386.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, heredero de los ya derogados arts. 1249 y 1253 de nuestro Código Civil, que regula las que llama "presunciones judiciales", que son el equivalente en el proceso civil de lo que en el penal conocemos como prueba de indicios.*

*Segundo elemento: Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 de la LECiv. Es decir, ha de haber una conexión tal entre aquellos hechos y este otro que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido también el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas propiamente jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no habría quedado probado.*

*A esos efectos, como hizo ya la sentencia de esta Sala de 25.10.99, a veces hay que distinguir entre indicios fuertes o indicios débiles, y entre ellos podrían establecerse tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno de los hechos básicos utilizados en cada caso, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, pero que puede tener su importancia, según las circunstancias del supuesto concreto, en orden a determinar el alcance de la eficacia probatoria.*

*Conviene añadir aquí que es deber de todo órgano judicial que utiliza este medio de prueba expresar en el texto de la resolución correspondiente el razonamiento necesario en relación con la existencia y prueba de esos hechos básicos y con la mencionada conexión con el hecho consecuencia, así como estudiar las explicaciones que ofreció el acusado al respecto para admitirlas como creíbles o rechazarlas. Tal expresión viene ahora exigida por el párrafo II del mencionado art. 386.1 LECivil.*

De todo ello se colige que la prueba de indicios es una prueba apta para enervar la presunción de inocencia cuando se verifique la concurrencia de los elementos exigidos jurisprudencialmente: 1º la concurrencia de una pluralidad de indicios (Sentencia Tribunal Constitucional 111/1990), 2º suficiente acreditación de la existencia de estos indicios, esto es que estén probados y 3º que el enlace entre el indicio, como hecho base, y la conclusión, como hecho consecuencia, se ajuste a las reglas de la lógica y a

máximas de la experiencia.

Ello nos lleva a determinar los indicios de los que se infiere la participación del señor López en los hechos. En primer lugar existe un indicio que cabe calificar de fuerte: la actuación del señor López cuando recibe la comunicación de anulación de la reserva a favor de Salón Náutico y la ulterior petición de reserva a favor de Feria Náutica realizada por el señor Otero, peticiones que admitió el propio señor López que recibió y respecto de las cuales su actuación consistió en una actitud omisiva (salvo la petición de un informe jurídico a la asesoría del IFEVI) durante meses, al menos hasta la reunión con el Presidente del Comité ejecutivo del IFEVI el 20 de octubre de 2003, esto es casi 4 meses después se pone de manifiesto a los interesados este hecho, cuando apenas faltaban unos cinco meses para la celebración del próximo Salón Náutico, pero además no se puso de manifiesto este hecho en las diversas Juntas del Comité Ejecutivo del IFEVI celebradas entre Julio y Octubre, así se celebraron juntas los días 14 de julio y 9 de septiembre, actas a los folios 2043 y siguientes, y nada se indica sobre los problemas en dichas juntas; en segundo lugar la ocultación a la señora Montenegro de la situación, de un lado incluso en las conversaciones privadas con la misma, que el señor López admitió tener, e incluso en las cartas remitidas a la señora Montenegro en septiembre de 2003, folios 1314 y 1315, de las que se deriva que ante la petición de documentación sobre el próximo Salón Náutico no se suministra la información relevante que se conocía por el señor López, literalmente en la carta de 29 de septiembre de 2003 se dice “te ruego hagas llegar a mis oficinas (...) como hasta esta edición has venido haciendo (...) toda la información referente a este evento”, claramente se está solicitando información que recibe como contestación la carta de 30 de septiembre de 2003, folio 1315, en la que no se hace mención alguna a la existencia de la anulación de la reserva, hecho sumamente relevante ya que como el propio informe solicitado por el señor López a Garrigues, folio 1311, recomendaba un “mínimo de prudencia” en el sentido de que la anulación de la reserva fuese ratificada por la señora Montenegro y, además, esta petición de documentación se reiteró en la carta de 14 de octubre de 2003, folios 841 y siguientes y no fue cumplimentada; una adecuada gestión exigía, como mínimo, que ante la grave situación societaria y la posibilidad de que no se realizase el Salón Náutico, se indagase de la señora Montenegro si estaba de acuerdo con la anulación, cada día contaba puesto que la demora en la organización del Salón Náutico del año 2004 abocaría a su fracaso o poco éxito, como de hecho sucedió como señaló el señor Estanilao Durán ya que el Salón del 2004 fue poco lucido debido a la premura de tiempo para su organización, ello evidencia que el señor López sabía que el Salón Náutico del año 2004 se podía organizar y de hecho se estaba organizando paralelamente por el señor Otero ya que de otro modo no se justifica el porqué de su actuación (retrasando la comunicación de la renuncia a la reserva) si no es porqué actuaba para beneficiar a otra persona que sabía que podía organizar el Salón Náutico; y en tercer lugar su actuación de cara a la reunión del día 19 de noviembre de 2003 con ocultación a los integrantes del Comité Ejecutivo del IFEVI de la real situación de la que tenía conocimiento, así en el dossier remitido y también puesto a disposición de los miembros de dicho comité (folios 2253 y siguientes) se

omitió mención alguna a la situación judicial entre los socios, información que el señor López tenía, de un lado es relevante la carta del folio 1329, remitida por el señor Borrego, en la que se da cuenta de la situación de los procedimientos, la indicación por el señor Otero en la carta de 22 de octubre de que ya realizaba gestiones para la organización, folio 1324, pero también la documentación remitida por la señora Montenegro, folios 1494 y siguientes de la que se infiere con claridad que Feria Náutica de Vigo estaba ya realizando, sin que se le hubiese adjudicado el evento, tareas organizativas e incluso cobrando por ello, el mero conocimiento de este hecho era sumamente importante, ya que habría que justificar con que base el señor Otero realizaba dichas gestiones si no había sido adjudicado al mismo la organización del Salón Náutico del año 2004. Enlazando con este hecho existe otro no suficientemente justificado: ¿como tomó conocimiento Feria Náutica del concurso convocado en la junta del 9 de noviembre?. La relación de empresas invitadas incluía a Feria Náutica, folio 1374, y se le remitió un burofax emplazándola a participar en el concurso, pero el burofax no lo recibió, folio 1394, consta que se dejó aviso pero no la recepción, pero sin embargo se presenta una propuesta sin fechar (cuando se había indicado en la junta que el plazo para presentación de ofertas era de 8 días y la otra oferta, folio 1451, estaba fechada), pero además incluyendo documentación fechada antes del mes de noviembre, entre ella una nueva petición de organización datada el día 22 de octubre, ello también evidencia una connivencia entre el señor López y el señor Otero para la adjudicación del Salón a la empresa del Segundo sólo se justifica la presentación de esta documentación si se tiene conocimiento del concurso, pero evidentemente el señor Otero lo tuvo pero de modo distinto a los demás concurrentes, por tanto por comunicación no formal lo que apunta a la existencia de una connivencia entre los acusados.

La recapitulación de toda la prueba permite concluir la existencia de la referida connivencia, de un lado es sumamente relevante que la única actuación con transcendencia a terceros tras la petición de anulación y posterior solicitud a favor de Feria Náutica haya sido la solicitud de un informe jurídico en el que, además, se le hace la recomendación que un mínimo de lógica exigía: comunicar con Ana Montenegro, pero el acusado señor López no lo hace, omite el hecho principal que hubiera solventado el problema, y no sólo no lo omite en dicho momento sino que hasta el mes de octubre lo silencia a la señora Montenegro y al comité ejecutivo del IFEVI y sólo se pone de manifiesto este hecho al presidente del IFEVI cuando este pretendía solucionar el problema, y, después con la finalidad de que Feria Náutica fuese la beneficiaria de la adjudicación oculta información relevante a los miembros de comité ejecutivo, de tal modo que estos optan por la oferta que aparentemente parecía más solvente pero que era la realizada por la persona que había iniciado todo el problema, de ahí que quepa concluir que el señor López era conocedor de las actuaciones del señor Otero y cooperó con él para su realización incluso facilitando su concurrencia.

**Segundo:** *Calificación jurídica de los hechos y participación de los acusados*

La calificación jurídica de los hechos realizada por las acusaciones varía en cuanto a la participación de los acusados en los hechos (así el Ministerio Fiscal imputa al señor López una participación como cooperador en un delito societario del artículo 295 y la acusación particular imputa al mismo dos delitos societarios de este tipo penal o alternativamente un delito de apropiación indebida y un delito societario), ello motiva que la calificación de las conductas exija un examen separado respecto de cada acusado.

Respecto de Álvaro Otero González la acusación es por un delito de coacciones, un delito societario del artículo 293 del Código Penal y un delito societario del artículo 295 alternativamente un delito de apropiación indebida y otro delito del artículo 295 del Código Penal

Está probado, como se indicó, que el señor Otero impidió el acceso de la señora Montenegro a las oficinas de la sociedad Salón Nautico de Vigo S.L., así de un lado no le dio las llaves de la nueva sede, incluso fue necesaria la tutela judicial para ello (en principio ineficaz como se indicó). El artículo 293 del Código Penal castiga a “*los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes*”, los requisitos típicos de esta conducta vienen integrados por los siguientes, en primer lugar el sujeto activo del delito ha de ser un administrador; el sujeto pasivo ha de ser otro socio y la conducta típica será la negativa o la imposibilidad de poder ejercer alguno de los derechos que como socio tiene el sujeto pasivo del delito (sentencia del Tribunal Supremo 650/2003, de 9 mayo, ponente Excmo. Sr. Conde Pumpido); así debemos acudir a la normativa societaria para concretar el tipo penal, la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, reconoce el derecho a la información de los socios específicamente respecto de las Juntas de Socios, pero ello no quiere decir que deba limitarse a estas, el derecho a la información es un derecho inherente a la condición de socio (sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 y 22 de septiembre de 2002), ya que no cabe entender la posición del socio como meramente pasiva respecto de la situación societaria, este derecho es esencial a la condición de socio y si no puede ser ejercido surge la ilicitud. Por tanto sí negar a un socio el ejercicio de los derechos sociales (en concreto el derecho a la información sobre la situación de la sociedad) es un ilícito deben establecerse criterios que permitan distinguir el ilícito civil del penal. A tal efecto el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal en la sentencia antes indicada (650/2003), indicó:

*UNDECIMO La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo («sin causa legal»).*

*En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el*

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

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

*No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el Legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones maliciosa y reiteradamente que figuraban en el proyecto), pero si una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala (TS 2.<sup>a</sup> S. 26 noviembre 2002), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información.*

*Precisamente porque la conculcación debe ser abierta y manifiesta, no caben ordinariamente supuestos de error de prohibición, pues como es sabido la Jurisprudencia de esta Sala excluye el error de prohibición no sólo cuando el agente tiene seguridad respecto a la ilicitud de su proceder, sino también cuando tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, supuesto similar al dolo eventual (SSTS 237/96, de 11/03 o 1171/97, de 29/09, entre otras).*

Desde esta perspectiva debe enjuiciarse la conducta del señor Otero. Se ha declarado probado que el mismo impidió a su socia, la señora Montenegro, acceder a la sede social de la calle Policarpo Sanz a pesar de ser requerido para ello en varias ocasiones incluso en una ocasión se le ordenó, por la autoridad judicial, la entrega de las llaves y no se pudo acceder al local, pero además no se facilitó información adecuada sobre la gestión social, el documento del folio 280 sólo puede ser calificado como un burdo fraude a los derechos de información de un socio puesto que tal y como deriva de la prueba documental, folios 273, 275, 276 bis existía un petición formal de información incluso en sede de Junta de Socios (acta de 30 de mayo de 2003 folio 29), que no puede darse por satisfecha con una simple remisión de una información vaga como la recoge el documento anterior, pero el dato sumamente relevante es que no fue hasta meses

después de estos primeros hechos que la señora Montenegro, en quien también concurría la condición de administradora, no pudo acceder a la sede social y porqué la señora Juez de Instrucción así lo acordó. Pero además las diferentes actas notariales incorporadas a autos indican que el señor Otero de manera reiterada y porfiada negó el ejercicio del derecho de información (al impedir el acceso a la sede social), ya sea al ser requerido directamente por vía notarial (folio 24) o bien en las propias juntas para suministrar un juego de llaves, folios 29, 70,73 vuelto...). De todo ello se concluye que por parte del señor Otero, conscientemente y a pesar de ser requerido en varias ocasiones, no permitió a la señora Montenegro el acceso a la sede societaria y por tanto no le permitió conocer cual era la situación de la sociedad, esto es le negó el derecho a la información que como socia tenía. La conducta encuentra su encaje en el artículo 293 del Código Penal.

Ello nos lleva a analizar la relación de esta conducta con el delito de coacciones del Código Penal por que también fue acusado el señor Otero. Así existe una clara coincidencia entre las conductas típicas del delito de coacciones y el delito societario del artículo 293, así comete un delito de coacciones *“el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”*; ciertamente el tipo del delito societario no exige la violencia o intimidación que exige el tipo de coacciones, ahora bien la coincidencia es plena en cuanto al bien jurídico protegido, esto es el legítimo ejercicio del derecho como socio, ya sea al negar información o bien al impedir el acceso a la sede social, y consistiendo la conducta del señor Otero en impedir el ejercicio de un derecho a un socio entiendo que conforme al artículo 8.1ª del Código Penal, debe ser aplicado el precepto especial, esto es el tipo del artículo 263.

Se ha acusado tanto al señor Otero como al señor López de ser autores de un delito societario del artículo 295 del Código Penal, tal conducta consistiría, sucintamente, en excluir a la sociedad Salón Náutico de Vigo S.L., de organizar el Salón Náutico Internacional de Vigo del año 2004 y otorgar dicha organización a la sociedad Feria Náutica de Vigo.

A tal efecto ha de determinarse, primeramente, el alcance de la reserva formulada por Salón Náutico el día 10 de enero de 2003. Esto es, ¿dicha reserva supondría tener garantizada la organización del Salón del año 2004?, la respuesta es necesariamente positiva, en primer lugar debemos recordar que el IFEVI confirmó la reserva el mismo día 10 de enero, y además se realizó un ingreso por la cesión temporal cumpliendo el requisito exigido por el IFEVI en el fax del folio 1265, ello garantizaba a la sociedad Salón Náutico el derecho a disponer del espacio del IFEVI en las fechas indicadas, con la única salvedad que coincidiera con las fechas de otro evento (la World Cup), y ello porqué como derivó la prueba practicada el único motivo que hubiese motivado la anulación de la reserva hubiese sido que hubiese otros interesados en la organización de otro Salón Náutico, pero, teniendo en cuenta que no fue hasta noviembre de 2004 que se buscó, se ofertó, la organización del Salón por el propio IFEVI a terceros, y que dicho salón no tuvo el éxito que era previsible (así lo indicó el señor Durán) dada la

premura de tiempo que hubo después, debe descartarse que tal reserva no fuera una expectativa muy seria de poder realizar el Salón y por extensión la realización del objeto social propio de la compañía Salón Náutico de Vigo S.L. Esto es dicha reserva suponía, en definitiva, el principal activo societario, sin él la sociedad estaba impedida de realizar el objeto social, su renuncia fue la determinó en última instancia la paralización de la sociedad Salón Náutico. Además es relevante que la nulidad de la reserva realizada por el IFEVI (folio 1347) se fundase en la petición de anulación realizada por el señor Otero.

El señor Otero renunció, como el admitió y acredita la prueba documental, como administrador y por tanto con plenas facultades para hacerlo, al principal crédito/activo societario, esto es dispuso fraudulentamente de un bien (habría que decir que el único bien de la sociedad) en su propio beneficio puesto que renunció con la finalidad de que la compañía de la que era el único socio ocupara el lugar de Salón Náutico, la conclusión es clara: cometió el delito previsto en el artículo 295 del Código Penal, ya que este artículo castiga a *los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*; así el señor Otero era administrador (sujeto activo cualificado), ejerciendo las facultades de su cargo (prevista en el artículo 20 de los estatutos) renunció al principal activo social: la reserva para el año 2004, (un bien inmaterial) que causó un perjuicio tal que impidió que la sociedad tuviese ingresos en el año 2004, esto es realizó la conducta típica.

¿Cual fue la participación del señor López en estos hechos y con que título se debe calificar su conducta?. Como ya se razonó la prueba de indicios lleva a concluir que en connivencia con el señor Otero y con la finalidad de privar a la entidad Salón Náutico, en beneficio de Feria Náutica, la organización del Salón Internacional del año 2004, ahora bien el artículo 295 establece un delito especial ya que sólo puede ser autor quien sea administrador de hecho o de derecho de la sociedad; ello no lleva a sentar una primera conclusión: el señor López no puede ser autor (artículo 28 párrafo primero) de este delito porque él no era administrador de Salón Náutico de Vigo, S.L., puede ser participe pero no autor. Admitida que la conducta del señor López sea de participación en el delito se debe determinar si la misma es de cooperador necesario (artículo 28.b) o bien de cómplice (artículo 29), circunstancia ciertamente importante por la diferente graduación de pena de unos y otros (artículo 61 y 63 de los que se deriva que la pena de los cómplices es la inferior en grado respecto de la prevista para el tipo penal) pero también a la hora de determinar la prelación en cuanto a la responsabilidad civil (artículo 116.2). El artículo 29 califica como cooperador necesario a “*Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*” y

cómplices a “*los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”. La clave de la distinción está en la calificación como necesaria o no de cooperación, esto es que el acto del cooperador tenga una entidad tal que sin el el hecho no se hubiese efectuado. La cuestión estriba en determinar que actos son susceptibles en ser calificados como necesarios y, a tal efecto, se ha destacado por la doctrina (Muñoz Conde) la dificultad de establecer criterios atendiendo a la jurisprudencia. La jurisprudencia respecto de los delitos especiales ha admitido calificar como cooperador necesario al extraño que participa en el delito de alzamiento de bienes sin concurrir en él la condición de deudor (sentencias 517/2006, 229/2006, 1143/2005, 690/2003, etc...) en relación sobre todo de supuestos en los que el deudor mediante contrato simulado transmitía bienes a familiares al objeto de dejar impagadas las deudas, existiendo un nexo común en estos supuestos: el familiar conocía su participación en la maniobra fraudulenta y el perjuicio que causa a los acreedores. Está doctrina es extrapolable al caso de autos, el señor López tenía conocimiento de las maniobras recaudatorias del señor Otero, y de su finalidad última (son relevantes la reserva y la inmediata solicitud), a pesar de ello no sólo oculta los hechos a los directamente interesados (la señor Montenegro y los miembros del IFEVI), sino que intenta que sea la entidad Feria Náutica a la que se le encomiende la organización del Salón Náutico Internacional del año 2004, su actuación es durante la fase ejecutiva del delito, su participación es esencial para la realización de los hechos (hubiera bastado que comunicara a la señora Montenegro la renuncia hecha por su socio), por tanto su cooperación es necesaria para la realización del tipo penal.

Debe, asimismo, analizarse la alegación de concurrencia de error de prohibición respecto del señor Otero González.

El error de prohibición supone, desde el punto de vista de las teorías clásicas (casualistas) la exclusión del dolo, ya que se partía de una concepción del dolo que incluía no sólo el conocimiento de las circunstancias del hecho sino también del significado antijurídico; para el finalismo el conocimiento de la antijuridicidad del hecho no pertenece al dolo (que incluye dentro del ámbito del injusto) sino al de la culpabilidad, para poder reprochar la conducta a su autor es preciso que este pueda conocer la prohibición del hecho; así el legislador ha indicado en el artículo 14.3 los efectos del error de prohibición al indicar que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”, distinguiendo dos tipos de error (vencible o invencible) con diferentes resultados penológicos.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dicho sobre el error de prohibición, sentencia 753/2007, que:

*“El dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán*

sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia.

Pues bien como señala la sentencia de esta Sala 181/2007 de 7.3 (RJ 2007, 1782), remitiéndose a las sentencias núm. 865/2005 de 24.6 y 1141/1997 de 14 de noviembre, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (*error directo de prohibición*), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (*error indirecto de prohibición*), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.

Tal doctrina de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición aparece recogida por primera vez en nuestro Código Penal como consecuencia de la importante modificación legislativa de 1983, que introdujo el artículo 6 bis a) regulador, aunque sin usar esta terminología, de las dos clases de error que conocemos como error de tipo (*error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrava la pena*) y el error de prohibición (*creencia errónea de estar obrando lícitamente*). En términos semejantes se pronuncia ahora el Código Penal de 1995 en su artículo 14. El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta

Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo

*eventual hay dolo. En este sentido la STS 698/2006 de 26.6, precisa que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga bien determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. en el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente.”*

Se debe destacar que el Tribunal Supremo ha rechazado, como se deriva de la sentencia anterior, la aplicación del error de prohibición a los supuestos de duda o de sospecha de actuación ilícita, así en la sentencia 237/2007, se dice:

*El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre , y STS núm. 302/2003).*

Por tanto, debe rechazarse que la actuación del señor Otero este realizada en la creencia de que su actuación sea ajustada a derecho, es significativo a estos efectos que cuando en febrero de 2008 solicitase asesoría jurídica en febrero de 2003 ya se le advirtiese de la posibilidad de cometer un delito societario si se forzaba la situación (según deriva del Informe de Garrigues aportado por la propia defensa del señor Otero en la vista), pero también, ha de recordarse, alguno de los actos que integran los delitos de los deriva la condena se cometieron estando ya vivo el proceso judicial e incluso cuando el señor Otero declaró como imputado (la primera declaración la prestó el día 19 de septiembre de 2003, folio 176), cuando aún no se había entregado las llaves, cuando aún no había sido aceptada la revocación de la reserva, cuando aún no había sido convocado un nuevo concurso para la organización del Salón Náutico del año 2004, pero aún más, las lecturas de las actas de la sociedad, fechadas durante la primavera y el verano de 2003, evidencian una situación societaria límite, incluso mediante la presentación de querellas por el señor Otero, juntas societarias en las que fundamentalmente intervenían los letrados de los socios, pero ambos, y en concreto el señor Otero, estaban presentes en las mismas oían lo que se decía, los hechos que se ponían de manifiesto, el inicio de acciones judiciales, etc..., mal puede alegar error de prohibición. Otra cuestión es si realizó estas actuaciones con asesoría jurídica que se revele ilícita (ya sea civil o penal), pero ello no es de incumbencia de esta sede penal a pesar de que por la acusación, entiendo que de modo extemporáneo ya que se hizo en

fase intermedia, se pretendió introducir en el debate penal tal cuestión. En todo caso no procede el examen sobre la asesoría jurídica porque, como se indicó, el señor Otero tuvo información bastante sobre los hechos que le tenían que haber llevado, necesariamente, a cuestionarse su ilicitud. El error debe rechazarse.

La acusación particular también ha formulado acusación por un delito de apropiación indebida o alternativamente por otro delito societario del artículo 295 respecto de la conducta consistente en la apropiación de recursos de Salón Náutico en su propio beneficio, pero entiendo que dicha conducta encuentra su encaje dentro del un sólo delito del artículo 295, el ya indicado, toda la acutación del señor Otero fue dirigida a desviar recursos de Salón Náutico de Vigo S.L., a favor de Feria Náutica, y debe, en consecuencia, integrarse la conducta como un sólo hecho, existe, no se puede negar un hecho más relevante (la anulación de la reserva), pero debe enmarcarse toda la ejecución de estos hechos como un único hecho relevante penalmente y no pensarse por separado.

### Tercero: *Atenuante de dilaciones indebidas.*

Debe apreciarse la existencia de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, esto es la aplicación de una circunstancia atenuante al amparo del artículo 20.6. Al tal efecto existirán tales dilaciones cuando las mismas no sean reprochables a los acusados ni a la actuación procesal de los mismos. Del examen de las actuaciones se deriva que desde el momento de inicio del procedimiento han transcurrido aproximadamente 5 años, y durante los dos primeros años la causa siguió un curso que no puede ser calificado sino como correcto, el escrito de acusación de la Fiscalía se presentó en diciembre de 2005, y el de la acusación particular en noviembre de ese año dictándose auto de apertura de juicio oral en diciembre de 2005, recibidas las actuaciones en este juzgado en diciembre del 2006, se dictó auto señalando para la vista el día 19 de julio de 2007, , vista que fue suspendida hasta la celebración del juicio que se inició el 28 de enero de 2008 y finalizó el 15 febrero de este año, ello lleva a concluir que desde la recepción de la causa hasta el acto del juicio la paralización de la causa se produjo por causas ajenas a los acusados, sin que exista motivo alguno que justifique una demora de más de un año en la celebración, por ello se apreciará la concurrencia de tal circunstancia atenuante.

### Cuarto: *Penalidad*

En primer lugar por **el delito societario del artículo 263 del Código Penal** teniendo en cuenta que la pena del tipo básico es de multa de 6 a 12 meses, y apreciando la circunstancia atenuante antes indicada entiendo que debe imponerse una pena de **7 meses** (está en la mitad inferior del tipo, artículo 66.1.1ª), y teniendo en cuenta la contumacia del acusado señor Otero en impedir a su socia el ejercicio de sus derechos, incluso cuando se había solicitado tutela judicial, entiendo que no debe imponerse la pena mínima. En cuanto a la cuota que se debe fijar atendiendo a la capacidad económica del reo, será de **20 euros día**, no existe prueba de los ingresos del señor

Otero en la actualidad pero sí en el momento de los hechos, por tanto teniendo en cuenta su salario como empleado de Salón Náutico dicha cuota podría calificarse incluso como corta. En caso de impago de dicha multa procederá la exigencia de responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Para el abono de esta multa, en total 4200 euros, se fijan 4 plazos mensuales de 1050 euros cada uno.

Con respecto al delito del artículo 295 existe una pena común, prisión de 6 meses a 4 años o una multa alternativa proporcional a los perjuicios causados, atendiendo al la dificultad de determinación del perjuicio causado (como se verá) y a la gravedad de los hechos, insisto que incluso cometidos durante la instrucción de la causa entiendo que la pena a imponer será prisión, prisión que atendiendo a la atenuante indicada podrá ser de 6 meses a 2 años y 3 meses. Por ello y por las mismas razones la pena será de **1 año y 6 meses de prisión respecto a Álvaro Otero**, por su condición de administrador de la sociedad Salón Náutico, y de **1 año de prisión para José Rubén López**, al ser cooperador necesario, de ahí la diferencia en la pena.

Asimismo procede, de conformidad con el artículo 56.1 la imposición de una pena accesoria, pena accesoria que será la prevista en el número 3º de dicha norma, esto es con respecto a **Álvaro Otero la pena de inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador de sociedades mercantiles, por el periodo de 2 años**, ya que el delito cometido lo hizo sirviéndose de su condición de una entidad mercantil; y respecto de **José Rubén López López la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de gerente o de alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas por el periodo de 1 año y 6 meses**.

La acusación particular solicitó la exclusión del señor Otero de la condición de socio de la entidad Salón Náutico de Vigo, pero dicha petición no puede atenderse en tanto en cuanto no está amparada por precepto penal alguno, no está prevista como pena dentro del Código Penal, y cualquier petición de este tenor deberá realizarse ante la jurisdicción competente: la civil.

#### **Quinto: Responsabilidad civil.**

El artículo 109 del Código Penal establece, en su número 1, que *la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*, por tanto debe determinarse, en cuanto a la responsabilidad su alcance y las personas responsables.

Lo indemnizable está indicado en el artículo 110 del Código Penal al señalar que la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la reparación de los perjuicios materiales y morales; ciertamente no haya nada que restituir en el caso de autos pero sí existió un daño y unos perjuicios que son susceptibles de indemnización.

En efecto existe un daño causado a Salón Náutico claramente identificable: la imposibilidad de realizar el Salón Náutico del año 2004 y, en consecuencia, la pérdida

de ingresos en el ejercicio, pero aún más, siendo, como era, el objeto social de Salón Náutico de Vigo la organización del Salón Náutico de Vigo, artículo 2 de sus estatutos, ello impedía realizar el objeto social, por tanto motivó que se incurriera en causa de disolución (artículo 104.1.c, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), por tanto se provocó que la sociedad tuviese que desaparecer, de ahí que pueda optarse por determinar la indemnización por dos vías, de un lado indemnizar la pérdida de ingresos derivada de la falta de organización del Salón Náutico del año 2004 y, en su caso, la pérdida de ingresos derivada de la falta de organización de los salones de año posteriores, o bien, de otro lado, indemnizar el valor de la sociedad en el momento en que se produjo el hecho delictivo.

La primera opción partiría de un hecho cuando menos dudoso: que Salón Náutico de Vigo tuviese garantizado la organización de los salones posteriores al año 2004, ciertamente, si la situación no hubiese sido la dada existía una probabilidad alta de que así fuese, pero no una certeza, por ejemplo se podía haber instado por cualquiera de los socios la disolución de la sociedad o bien un competidor haber realizado una oferta más atractiva para la organización, esto es circunstancias que hubiese motivado que no se organizaran más salones y que no generarían ningún tipo de responsabilidad, por tanto estamos ante una mera expectativa que como tal no es indemnizable puesto que no existe dato alguno en autos que permita cuantificar la misma y, ni siquiera, corroboran la certeza de dicha expectativa.

Por tanto la imposibilidad de realizar el objeto social, esto es la desaparición de facto de la sociedad debe ser indemnizada con el valor de la sociedad. A tal efecto hemos de tener en cuenta las tres pericias realizadas en autos con esta finalidad: de un lado la perito designada judicialmente, la señora Vilaboa, valoró la sociedad, en 600.000 euros (folio 2984), el perito de la acusación particular, señor Darío Fernández la valoró en 744.665,82 euros (folio 2837), los peritos de la de la defensa del señor Otero, señores Rubín y Silva, la valoración en 1785.920,87 euros (folio 3123). Las discrepancias son notorias entre los dos primeros informes y el presentado por la defensa, lo cual lleva a examinar los elementos de valoración analizados.

Ha de indicarse que los dos primeros informes son correctos y exhaustivos en su contenido y conclusiones, no existiendo ningún motivo para dudar de la profesionalidad de los peritos, así la señora Vilaboa siguió las recomendaciones de valoración de empresas de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (folio 2975), optando por el método del Cash Flow actualizado, esto estimando los flujos de tesorería futuros con una corrección por medio de una tasa de actualización, esto es tuvo en cuenta, folio 2878 último párrafo, “la expectativa de beneficios futuros del negocio”, y las rentas obtenidas por los propietarios; a su vez el señor Fernández siguió el criterio de determinar el valor de las participaciones sociales atendiendo a los resultados de los años 2001 a 2003, más el valor de fondo de comercio; folios 2836 y 2837. Pero como se indicó anteriormente ambos informes parte de un dato cuando menos inseguro: la organización de ulteriores salones, hecho que no estaba, ni mucho menos garantizado, la prueba practicada nada aseguró sobre este hecho; por tanto sus conclusiones, que serían válidas si la vida de la sociedad no hubiese sido

alterada por la actuación de los acusados, no pueden asumirse.

Por todo ello entiendo más atinado el criterio de los señores Pascual Rubín y Silva Martínez, quienes también siguen el método del Cash Flow actualizado pero valoran, folio 3693, que la celebración es anual y que dicha “celebración anual está supeditada a circunstancias ajenas a la sociedad”, y con libertad de concurrencia de terceros; ciertamente se pueda alegar que la valoración que se hizo tanto de Salón Náutico de Vigo S.L., como de Feria Náutica S.L., en el monto de oferta la compra o venta de las acciones de la primera o bien cuando se materializó la venta, en su momento a la entidad Nosa Terra, apuntan a que el valor fue otro, pero ha de tenerse en cuenta que dichas ofertas se hacían en el entendimiento de que se organizarían los salones de años posteriores, por tanto la conclusión es la misma, ha de seguirse un criterio de prudencia en la valoración que parta de criterios de certeza.

De todo ello se debe concluir que la valoración será de 175.920,87 euros.

De estas cantidades deben responder los autores del hecho delictivo, esto es Álvaro Otero González y Rubén López López, conforme deriva del artículo 116 del Código Penal y, a su vez, conforme al artículo 120.4º el IFEVI y Feria Náutica S.L., ya que estos hechos fueron cometidos por uno de sus representantes y en beneficio de la sociedad Feria Náutica.

Se solicita por la acusación particular y por la Fiscalía una indemnización por razón de los gastos realizados a cargo de Salón Náutico de Vigo S.L. , por el señor Otero, a favor de Feria Náutica de Vigo, por un importe de 60.180,49 euros y 22,643 euros respectivamente ( si bien el Ministerio Fiscal redujo su importe en las conclusiones definitivas), fundando respectivamente sus peticiones en los informes periciales del señor Fernández y de la señora Vilaboa, folios 2822 a 2832 y 2986 a 2994. Es de destacar que en la contabilidad realizada por la señora Vilaboa no se incluyen el pago de los sueldos que percibió el señor Otero de Salón Náutico, que están cuantificados por el señor Fernández en 28.699,56 euros (folio 2824), y este concepto ha de incluirse en la indemnización : el señor Otero no está realizando prestación alguna para Salón Náutico, sino que estaba defraudándolo, deberá devolver, en consecuencia, las cantidades que percibió indebidamente y tampoco se incluyen en el informe de la señora Vilaboa los gastos derivados de las comisiones del señor Blanco ni gastos del señor Otero, por todo ello entiendo más atinado el criterio del perito señor Fernández y fijar, en consecuencia como cantidad a indemnizar por el señor Otero y subsidiariamente Feria Náutica a Salón Náutico de Vigo S.L., la suma de 60180,49 euros.

Por último se peticionó por la acusación particular una indemnización de 30.000 euros a favor de la señora Montenegro por perjuicios morales pero no se puede atender esta solicitud, no se han concretado cuales son los daños morales causados, ya que la actuación realizada por los acusados es claramente una actuación contraria al derecho de sociedades por tanto los perjuicios son propiamente de la sociedad y no de los socios, y, aunque no puede negarse que los hechos hayan causado un gran malestar a la señora Montenegro entiendo que su resarcimiento se produce al verse garantizado, en última instancia, sus derechos como socia que fueron los conculcados por los

acusados.

**Sexto:** Tal y como deriva del artículo 123 del Código Penal las costas se deben imponer a los acusados, incluyendo las costas de la acusación particular, su actuación ha sido la que motivó el inicio del proceso, su actuación no ha sido heterogénea de la del Ministerio Fiscal por tanto no existe motivo alguno para no imponer las costas de la acusación a los acusados.

### **FALLO**

Que condeno a **Alvaro Otero González** como autor de un delito societario del artículo 293 del Código Penal con las siguientes penas:

La pena de **multa de 7 meses con una cuota de 20 euros día**, un total de 4200 euros que deberá pagar en 4 plazos mensuales desde la firmeza de esta sentencia.

Que condeno a **Alvaro Otero González** como autor de un delito societario del artículo 295 del Código Penal con las siguientes penas:

La **pena de prisión de 1 año y 6 meses**

La pena de **inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador de sociedades mercantiles, por el periodo de 2 años.**

Que condeno a **José Rubén López López** como cooperador necesario de un delito societario del artículo 295 del Código Penal con las penas siguientes:

La pena de **prisión de 1 año.**

La pena de **inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de gerente o de alto directivo de organismos o entidades públicas o privadas por el periodo de 1 año y 6 meses.**

Asimismo, en concepto de **responsabilidad civil**, deberán indemnizar a Salón Nautico de Vigo, S.L., subsidiariamente con IFEVI y Fería Náutica de Vigo, con la suma de 175.920,87 euros más el interés legal.

Que condeno a **Álvaro Otero González** a que indemnice a Salón Náutico de Vigo, S.L., con la suma de 60180,49 euros más el interés legal, de esta cantidad responderá subsidiariamente Feria Náutica de Vigo S.L..

Se imponen las costas del proceso a José Rubén López López y Alvaro Otero González, debiendo este último asumir 2 tercios de las mismas y el señor López el tercio restante. Notifíquese esta sentencia a las partes indicándoles que la misma es susceptible de recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Pontevedra (sede de Vigo),

en el plazo de 10 días, desde la última notificación.  
Así por esta sentencia lo mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.**- Esta sentencia fue dada y publicada por el magistrado que la firma,  
doy fe.