



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 64
Fax: 928 42 97 78
Email: s06audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito
Nº Rollo: 0001031/2017
NIG: 3500443220150006830
Resolución: Sentencia 000516/2017

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000004/2017-00
Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 1 de Arrecife

Intervención:

Investigado
Denunciante
Apelante

Interviniente:

Pedro Eugenio Botella Torres
Aday Tanausu Lleo Carranza
Luis Fernando Lleo Kuhnel

Abogado:

Aday Lleo Carranza
Felipe Fernandez De Las
Heras

Procurador:

Jaime Manchado Toledo
Ibaila Franchy Lang-Lenton
Jose Juan Martin Jimenez

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. EMILIO MOYA VALDÉS

Magistrados

D./D^a. CARLOS VIELBA ESCOBAR

D./D^a. OSCARINA NARANJO GARCÍA (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 5 de diciembre de 2017.

La Audiencia Provincial de esta capital ha visto, en grado de apelación, sin celebración de vista pública, el presente procedimiento penal, dimanante del Juzgado de lo Penal nº 1 de Arrecife, por delito societario, seguido contra , **Luis Fernando Lleó Khunel**, defendido por el Letrado Felipe Fernández de Las Heras y representado por la Procuradora Ibaya Franchy Lang Lenton, siendo partes, como apelantes el citado acusado, y Aday Lleó Carranza defendido por si mismo y representado por el procurador Jose Juan Martín Jiménez y como apelados, el Ministerio Fiscal; actuando como Ponente la Magistrada más arriba referida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El *Juzgado de lo Penal nº 1 de Arrecife con fecha 23.06.17 dictó sentencia* en el procedimiento de que dimana este recurso declarando probados los siguientes hechos:

" **ÚNICO-** *El acusado, **Luis Fernando Lleó Khunel**, mayor de edad y sin antecedentes penales, aprovechando su condición de socio, titular del 50% de las participaciones, y administrador solidario de la entidad "Consultores y Asesores Legales Lleó S.L.", domiciliada en el municipio de Arrecife, en el partido judicial de Arrecife, en la sesión de la Junta General celebrada el día 23 de abril de 2015 en la Notaría de Pedro E. Botella Torres, sita en la C/ Otilia Díaz, 14, 2º piso de la referida capital, a pesar de que el otro socio de la misma, Aday Lleó Carranza, titular del restante 50% de las participaciones de la sociedad, y administrador solidario junto a Jaime Lleo Khunel también administrador solidario , habían abandonado dicha sesión después de haberse opuesto al nombramiento del Secretario de la Mesa de Junta, primer punto del orden del día de la convocatoria, y dar por supuesto, consecuentemente y a la*





vista de lo imprescindible del mismo para dar por válida la constitución de mesa de la junta y de su imposibilidad para alcanzar, legal y materialmente – ostentando los dos primeros el mismo número de votos-, un acuerdo al respecto, que la sesión se concluía, dicho acusado, con evidente ánimo de menoscabar los intereses patrimoniales del segundo socio, siguió adelante con el referido orden del día y ya con su sola concurrencia y voto, después de proponerse a sí mismo como Presidente de la Junta y votarse a sí mismo para el cargo-adoptó entre otros los siguientes acuerdos: El acusado quedada autorizado para ejercitar acciones para exigir responsabilidad a Aday Lleó Carranza por no haber puesto en conocimiento inmediato de la sociedad la existencia de un expediente de inspección tributaria; para ejercitar acciones para reclamar a Aday Lleó Carranza la totalidad de los saldos de la sociedad dispuestos fraudulentamente; para ejercitar la acción de responsabilidad social contra Aday Lleó Carranza por infracción del prohibición de competencia; y para ejercitar acciones para reclamar a Aday Lleó Carranza los importes recibidos indebidamente en concepto de retribuciones como administrador desde el día 1 de enero de 2007. Y 2º.- Excluyo de la sociedad a Aday Lleó Carranza y a Jaime Lleo Khunel , y les ceso en sus cargos de administradores solidarios, modificó el régimen de gestión y administración, que pasó a ser de administración única, y cambio el domicilio social que estaba en Arrecife trasladándolo a Las Palmas de Gran Canaria, designándose el propio acusado como administrador único de la sociedad y asumiendo el control de los procedimiento de ejecución judicial número 59/2012, tramitado por el Juzgado1 de lo Mercantil número 1 de Las Palmas y del procedimiento ordinario número 695/2014, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife.

El acta de la sesión fue levantada por el citado notario compareciente, Pedro E. Botella Torres, y sus acuerdos elevados a público por escritura del mismo de fecha 5 de mayo de 2015.

SEGUNDO.- La expresada sentencia, en su parte dispositiva, dice así:

" Que debo condenar y condeno a **Luis Fernando Lleó Khunel**, como autor criminalmente responsable de un delito societario del art 292 CP sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 15 meses de prisión e **inhabilitación especial** para el ejercicio del cargo de administrador de sociedad mercantil durante el tiempo de la condena. todo ello con expresa imposición de costas procesales.

Asimismo se declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la sesión de la Junta General de 23.4.2015 así como la nulidad de la escritura de 5.5.15 por los que fueron elevados a público.

Y Que debo absolver y absuelvo a **Luis Fernando Lleó Khunel**, del delito de falsificación por el que venía acusado”

TERCERO.- Notificada mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por la representación procesal de Aday Lleo Carranza y Luis Fernando Lleço Kuhnel, recurso que fueron admitidos en ambos efectos y practicadas las diligencias oportunas y previo emplazamiento de las partes, fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal y no habiéndose propuesto diligencias probatorias, al estimar la Sala que no era necesaria la celebración de la vista para la correcta formación de una convicción fundada, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.





HECHOS PROBADOS

Se admiten los hechos declarados probados por la sentencia de instancia con la siguiente modificación

*"El acusado, **Luis Fernando Lleó Khunel**, mayor de edad y sin antecedentes penales, aprovechando su condición de socio, titular del 50% de las participaciones, y administrador solidario de la entidad "Consultores y Asesores Legales Lleó S.L.", domiciliada en el municipio de Arrecife, en el partido judicial de Arrecife, en la sesión de la Junta General celebrada el día 23 de abril de 2015 en la Notaría de Pedro E. Botella Torres, sita en la C/ Otilia Díaz, 14, 2º piso de la referida capital, a pesar de que el otro socio de la misma, Aday Lleó Carranza, titular del restante 50% de las participaciones de la sociedad, y administrador solidario junto a Jaime Lleo Khunel también administrador solidario, habían abandonado dicha sesión después de haberse opuesto al nombramiento del Secretario de la Mesa de Junta, primer punto del orden del día de la convocatoria, ... siguió adelante con el referido orden del día y ya con su sola concurrencia y voto, después de proponerse a sí mismo como Presidente de la Junta y votarse a sí mismo para el cargo- adoptó entre otros los siguientes acuerdos: El acusado quedada autorizado para ejercitar acciones para exigir responsabilidad a Aday Lleó Carranza por no haber puesto en conocimiento inmediato de la sociedad la existencia de un expediente de inspección tributaria; para ejercitar acciones para reclamar a Aday Lleó Carranza la totalidad de los saldos de la sociedad dispuestos fraudulentamente; para ejercitar la acción de responsabilidad social contra Aday Lleó Carranza por infracción del prohibición de competencia; y para ejercitar acciones para reclamar a Aday Lleó Carranza los importes recibidos indebidamente en concepto de retribuciones como administrador desde el día 1 de enero de 2007. Y 2º.- Excluyo de la sociedad a Aday Lleó Carranza y a Jaime Lleo Khunel, y les ceso en sus cargos de administradores solidarios, modificó el régimen de gestión y administración, que pasó a ser de administración única, y cambio el domicilio social que estaba en Arrecife trasladándolo a Las Palmas de Gran Canaria, designándose el propio acusado como administrador único de la sociedad y asumiendo el control de los procedimiento de ejecución judicial número 59/2012, tramitado por el Juzgado1 de lo Mercantil número 1 de Las Palmas y del procedimiento ordinario número 695/2014, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife.*

El acta de la sesión fue levantada por el citado notario compareciente, Pedro E. Botella Torres, y sus acuerdos elevados a público por escritura del mismo de fecha 5 de mayo de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida, en tanto se opongan a los de la presente resolución.

PRIMERO.- Es objeto de esta segunda instancia la *sentencia, de fecha 23 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Arrecife*, en la que se condena al acusado Luis Fernando Lleó Khunel, como autor criminalmente responsable de un delito societario





previsto y penado en el *artículo 292 del Código Penal* , a la pena de quince meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador de sociedad durante el tiempo de la condena, absolviéndole del delito de falsificación por el que asimismo venía siendo acusado.

La acusación particular interpone recurso entendiendo que se ha infringido el artículo 66.1.6º del Código Penal por no haberse justificado dentro de los márgenes de la pena los motivos por los cuales la condena de prisión impuesta es inferior a la interesada por el Ministerio Fiscal que solicitaba la imposición de la pena de prisión de veintiún meses, esgrimiendo la gravedad de la conducta y otras razones.

La defensa del acusado interesa la revocación de la misma y que, en su lugar, se dicte otra por la que se le absuelva con todos los pronunciamientos favorables, por entender, de un lado, que existe error en la valoración de la prueba entendiendo que de las declaraciones de las partes, del contenido del acta notarial y de la grabación no puede extraerse que Aday abandono la junta voluntariamente para evitar su celebración y la adopción de los acuerdos previstos, por infracción de ley por la indebida aplicación del artículo 292 del Código Penal por no haberse adoptado el acuerdo por una mayoría ficticia, y por último la vulneración del artículo 120.3 del Código Penal por no haber motivado individualizadamente la pena impuesta, solicitando la imposición de una pena de multa.

El Ministerio Fiscal se opone defensa apelante considerando que hay base suficiente para apreciar la existencia del delito objeto de condena, alegando que el enfrentamiento entre los dos socios que ostentan cada uno el 50% de las participaciones de la sociedad, es suficiente la oposición de uno de ellos para la adopción de los acuerdos, considerando que el acusado se aprovechó de la ausencia del otro socio para su adopción entendiendo delictivo este comportamiento del socio.

SEGUNDO.-RECURSO DEL ACUSADO Luis Lleó Kunkel .

Este recurrente ha formalizado tres motivos de apelación: el primero dirigido a combatir la condena por el delito del artículo 292 CP , por error en la valoración de la prueba e indebida aplicación del artículo 292 CP y el tercero por falta de individualización de la pena.

Como afirman las SSAP VIZCAYA, sección 1ª, 11/04/2005 y MADRID, sección 1ª, 29/03/2007, este subtipo regula y tipifica la imposición o aprovechamiento de un acuerdo lesivo, adoptado de forma irregular; de manera que este carácter ilícito o fraudulento del acuerdo es lo que distingue a esta figura de la prevista en el artículo anterior. Las irregularidades que prevé el art. 292 son la existencia de una mayoría ficticia, que se haya obtenido por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo o por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por ley. El concepto de mayoría ficticia es entendido como la mera simulación de la voluntad real de la sociedad; mayoría que se perpetra alterando cualquiera de los mecanismos legales de adopción de tales mayorías a través de acciones delictivas (abuso de firma en blanco; distorsión del derecho de voto; falsificación de papeletas; amenazas) que no sólo fingen o perpetran tal mayoría sino que además la presentan y la imponen como auténtica, subvirtiendo el sentido de la voluntad social y facilitando a los infractores una falsa apariencia de legitimidad (mayoría ficticia) que les permite imponer o aprovecharse en beneficio propio (para sí o tercero) de ese acuerdo lesivo -en cuanto va en perjuicio de la sociedad o de algunos de los socios-.





El objeto delictivo es el acuerdo lesivo a través de mayoría ficticia. Lo determinante son las irregularidades en la obtención del acuerdo que justifican la aplicación del precepto, ya sea por ser ficticia la mayoría que lo ha tomado, ya sea por haberse obtenido con abuso de firma en blanco, por atribución indebida de voto, negación ilícita del mismo a quienes les corresponda legalmente, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante.

La sentencia apelada condena a en base al relato de hechos consistentes en que *El acusado, Luis Fernando Lleó Khunel, aprovechando su condición de socio, titular del 50% de las participaciones, y administrador solidario de la entidad "Consultores y Asesores Legales Lleó S.L.", a pesar de que el otro socio de la misma, Aday Lleó Carranza, titular del restante 50% de las participaciones de la sociedad, y administrador solidario junto a Jaime Lleo Khunel también administrador solidario, habían abandonado sesión después de haberse opuesto al nombramiento del Secretario de la Mesa de Junta, primer punto del orden del día de la convocatoria, y dar por supuesto, consecuentemente y a la vista de lo imprescindible del mismo para dar por válida la constitución de mesa de la junta y de su imposibilidad para alcanzar, legal y materialmente – ostentando los dos primeros el mismo número de votos-, un acuerdo al respecto, que la sesión se concluía, dicho acusado, con evidente ánimo de menoscabar los intereses patrimoniales del segundo socio, siguió adelante con el referido orden del día y adopto una serie de acuerdos ya previstos en el orden del día y perjudiciales para el otro socio.*

Sin embargo, tales hechos no colman los requisitos del delito de la imposición o aprovechamiento de un acuerdo lesivo, adoptado de forma irregular; de manera que este carácter ilícito o fraudulento del acuerdo también forma parte como elemento del tipo delictivo. No se combaten los hechos probados con las salvedades que se diran. Pero en dicho párrafo la juzgadora da por supuestos hechos dudosos y ha omitido otros hechos que se deducen de manera evidente de la prueba practicada, tales como que la conducta del Sr. Aday Carranza fue claramente de obstaculización de la celebración de la junta, negándose a constituirse en Secretario de la misma y abandonando la estancia sin haber concluido dicha junta formalmente. Este ostenta la misma participación en la sociedad que el acusado, el 50% y la sentencia de instancia no valora el porqué, debe prevalecer la voluntad de este socio sobre la voluntad del socio acusado. Pero es más, no solo es que abandonó voluntariamente la Junta sin que estuviera concluida tras haberse negado a constituirse en Secretario de la misma sino es que además conocía los acuerdos que se iban a someter a votación por encontrarse previstos en el orden del día. Y dichos acuerdos podrían ser perjudiciales para el mismo como persona física pero en modo alguno se consideran perjudiciales para la sociedad, no siéndolo en ningún caso el ejercicio de acciones de reclamación de cantidad por parte de la sociedad. Si a ello se le añade que la reclamación lo era frente a otra sociedad de la que es partícipe este socio, con la existencia de un claro conflicto de intereses (hecho que se establece de manera clara y expresa en el auto de la Sección Quinta de la AP de las Palmas de 27 de septiembre de 2017 que literalmente mantiene que "...habida cuenta la confrontación de intereses entre los dos únicos socios el Sr. Lleó Kunhel y el Sr. Lleó Carranza, que lo son además en participación del 50% en ambas sociedades, actora y demandada...), se llega a la motivación de la obstaculización de la celebración de la Junta por parte del mismo. No le beneficiaban como persona física, aunque pudieran beneficiar a la sociedad. Aday Lleó pudo y debió ejercer su





derecho al voto, pero su conducta intencionada y deliberada fue la causante de que no lo ejerciera. El otro socio no se lo impidió. No es lo mismo ejercer el derecho al voto que obstaculizar la celebración de la Junta, conducta que puede entrañar mayor abuso y fraude que ejercer el derecho al voto.

El artículo 292 exige que la adopción de los acuerdos lo haya sido mediante una serie de medios ilícitos que ningún encaje tienen en los hechos acreditados en el presente proceso, ni existió mayoría ficticia, ni falseamiento, ni abuso de firma en blanco, ni medio o procedimiento semejante. La posible nulidad de los acuerdos no convierte en delito la continuación de la Junta que, con la asistencia del notario, llevó a cabo el socio acusado. El comportamiento del otro socio de abandonar deliberadamente la junta tras haber obstaculizado su válida celebración, no puede justificar la imposición de un castigo penal al otro socio por continuarla, insistiendo en que ambos socios ostentan en 50% de las participaciones sociales, lo que dificulta aún más la toma de acuerdos en el seno de la sociedad. No se obtuvo dicha mayoría ilícitamente, se obtuvo cuando el otro socio abandono la junta tras mostrar su clara voluntad de que la misma no se celebrara. A pesar de lo que manifiesta la juez de lo Penal en los fundamentos de la resolución recurrida, la conducta del acusado ni fue delictiva ni puede equipararse a una delictiva de las que prevé el artículo 292 cuando refiere la cláusula residual de "*...o por cualquier otro medio o procedimiento semejante...*". No fue el acusado quien buscó celebrar la Junta en ausencia del otro socio, éste ni promovió ni maquinó tal situación. Tampoco la afirmación de que el socio que abandona la Junta confiase en que la misma no se celebraría es válida para justificar el carácter delictivo de los hechos cuando no sólo es dudosa esta afirmación, sino que además que la Junta no se celebrara era la única intención del socio que abandona la Junta, para lo cual no duda en obstaculizar la manifestación de la voluntad de la sociedad. Por último no podemos obviar la presencia del notario que en el ejercicio de sus funciones, estimó en aquel momento que la junta se hallaba válidamente constituida y que velaba por la regularidad formal y material del acto en el que intervenía. Que fuera precisa o no el previo nombramiento del Secretario de la Junta es una cuestión que no puede exceder de la competencia de los tribunales mercantiles y que por si misma no puede erigirse en determinante de la utilización de un procedimiento ilícito en la forma que exige el artículo por el cual se formula la condena.

De todo lo anterior se extrae que se ha realizado una aplicación rigorista y exagerada del texto de la ley, no resultando acreditada debidamente y con la seguridad que se exige en el Derecho Penal, la totalidad de los elementos del tipos penal aplicado convirtiendo en conducta delictiva comportamientos que no exceden del ámbito mercantil societario que revelan situaciones de crisis de la voluntad social.

Todo ello lleva a estimar el recurso de apelación y a revocar el fallo de la Sentencia de instancia, dictando otra en la que se absuelve al recurrente del delito por el que ha sido acusado.

TERCERO.- RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR Aday Leó Carranza. Ante la suerte estimatoria del primer recurso con la consiguiente absolución se desestima el recurso interpuesto por la acusación que solicitaba la elevación de la pena de prisión impuesta.





CUARTO.- Conforme al *artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , se declaran de oficio las costas de ambas instancias.

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **Luis Fernando Lleó Khunel** y desestimando el recurso de apelación interpuesto por **Aday Lleó Carranza**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Arrecife en el procedimiento de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos revocar como REVOCAMOS mencionada resolución, absolviendo al acusado **Luis Fernando Lleó Khunel** del delito societario por el que venía condenado, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Expídase testimonio de la presente resolución que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, quien deberá acusar recibo de los autos y de la certificación, y reportado que sea, archívese este rollo, previa nota.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en audiencia pública de lo que yo la Secretaria Judicial, doy fe.

