

En Madrid, a 24 de julio de 2012.

Vista, en juicio oral y público, ante la Sección 23ª de esta Audiencia Provincial, la causa Rollo 65/11 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 20 de Madrid, seguida de oficio por delito de estafa y apropiación indebida contra Joaquín, nacido en Málaga, el día 22 de febrero de 1969, hijo de Joaquín y Basilia, con DNI núm. ...163-G y contra Mariana, nacida en Málaga, el día 7 de septiembre de 1967, hija de Joaquín y Basilia, con DNI núm. ...162, ambos sin antecedentes penales, cuya insolvencia no consta y en libertad provisional por esta causa, representados por el procurador D. David García Riquelme y defendidos por el letrado D. José Luis Moreno Cela, y contra Alfonso, nacido en Mariana (Cuenca) el día 18 de mayo de 1968, con DNI núm. ...995V, sin antecedentes penales, cuya insolvencia no consta y en libertad provisional por esta causa, representado por el procurador D. Julián Caballero Aguado y defendido por el letrado D. Joan Francesc Foret Auvigne. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª María Luisa Llop Esteban y constituida en acusación particular la Sociedad G. Export, S.A., representada por el procurador D. Domingo Lago Pato y dirigida por el letrado D. Mario Norberto Silva Arriola y dichos acusados con la defensa y representación reseñada anteriormente.

Ha sido Ponente el Magistrado, Ilmo. Sr. D. Rafael Mozo Muelas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de acusación interesó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no ser los hechos constituidos de un delito de estafa.

SEGUNDO.- La Acusación Particular, en su escrito de acusación, calificó los hechos procesales como constitutivos de:

a) Un delito continuado de estafa de los arts. 248 y 250.6 y 7, en relación con el art. 74 del Código Penal de 1995 o del art. 250.5 y 6, según la redacción introducida por la LO 5/2010; b) un delito continuado de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal del art. 252 y art. 74 del Código Penal,

reputando responsables de los mismos a los acusados, con la concurrencia de la agravante del art. 22.6, de no estimarse incluida en el art. 250.7 del Código Penal, interesando la aplicación de las siguientes penas:

1) A Joaquín por el delito a) y b) la pena de cinco años de prisión y multa de veinte meses por cada uno de ellos;

2) A Mariana por el delito a) y b) la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de dieciocho meses por cada uno de ellos;

3) A Alfonso por el delito a) la pena de cinco años de prisión y multa de veinte meses y por el delito b) la pena de seis años de prisión y multa de veintidós meses, accesorias legales correspondientes, debiendo indemnizar los acusados conjunta y solidariamente a G. Export, S.A. la cantidad de 112.304,279 pesetas o 676.531,79 euros, más los intereses del art. 576 de la LEC y las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

TERCERO.- La Defensa de Joaquín y Mariana, en igual trámite, mostró su disconformidad con la calificación de la Acusación Particular, interesando su libre absolución.

CUARTO.- La Defensa de Alfonso, en el mismo trámite, se opuso a la calificación de la Acusación Particular, interesando su libre absolución, concurriendo, en cualquier caso, la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, como muy cualificada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La Sociedad Gaviota Morena, S.L., se constituyó el día 5 de diciembre de 1995, con domicilio social en la calle Antonio Maura, núm. 10 de Madrid, de la que la acusada, Mariana, mayor de edad y sin antecedentes penales, era la administradora única, y sus apoderados, el acusado Alfonso, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Germán.

La sociedad G. Export, S.A. se constituyó en Buenos Aires (Argentina) el día 27 de junio de 1997, interviniendo en estos hechos como representantes legales Héctor, Ernesto y Alejandro. La Sociedad Gitana Producciones, S.L., se constituyó el día 7 de septiembre de 1999, con domicilio social en la calle Antonio Maura, núm. 10 de Madrid, de la que Mariana era la administradora única y Alfonso su apoderado.

El día 7 de octubre de 1998 se otorgó un contrato privado entre las sociedades Gaviota Morena, S.L. y G. Export, S.A. ésta última representada por Ernesto y Héctor. El contrato tenía por objeto la puesta en marcha de un local de espectáculos, denominado "Proyecto Gitana", sito en la calle Toledo, núm. 86 de Madrid, que estaba promovido por el acusado, Joaquín, mayor de edad y sin antecedentes penales, bailarín de flamenco cuyo nombre artístico es Joaquín C.. En el mismo se hace constar que la Sociedad Gaviota Morena, S.L. ya había realizado las actuaciones que se describen en el contrato por las que ha desembolsado la cantidad de 96.362.503 pesetas.

La Sociedad G. Export, S.A. y Gaviota Morena, S.L. obtendrían cada una el 50% de la Sociedad que se constituiría por la explotación y gestión del negocio; comprometiéndose G.Export, S.A., a la aportación de 97.300.000 pesetas en cinco plazos comprendidos entre el día 17 de octubre de 1998 y 9 de enero de 1999. En este contrato se hacía constar que Gaviota Morena, S.L. deberá aportar la cantidad de 937.497 pesetas para completar la cantidad de 97.300.000 pesetas.

En cumplimiento de dicho contrato el día 9 de diciembre de 1998 se constituyó la Sociedad Zigana 2000, S.L. con domicilio social en la calle Toledo, núm. 86 de Madrid, cuyo objeto social eran servicios de hostelería y explotación de salas de fiesta.

Gaviota Morena, S.L. y G. Export, S.A. eran sus administradores mancomunados y Augusto y Héctor sus representantes.

El día 27 de mayo de 1999 se firmó un documento entre Gaviota Morena, S.L. representada por Germán, y G.Export, S.A. representada por Ernesto, en el que confirmaron el contenido del contrato de 7 de octubre de 1998, que se

transcribió íntegramente, y se hizo constar que hasta la fecha G. Export, S.A. había aportado la cantidad de 95.798.294 pesetas.

En el año 2002 los socios de Zigana 2000, S.L. buscaron un tercer socio para que aportase un millón de euros que faltaba para terminar la obra de acondicionamiento del local, integrándose en el proyecto Emilio y el grupo inversor Little Singer Bird.

Con esta finalidad el día 18 de abril de 2002 se firmó un contrato de intenciones para la participación en el proyecto Gitana, interviniendo Alfonso en representación de Gaviota Morena II, S.L., Emilio, en su propio nombre y en representación de la mercantil Little Singer Bird, (L.S.B.) y Ernesto en representación de G. Export, S.A.

En este contrato se hace constar que la sociedad Gaviota Morena II, S.L. es titular de los derechos de gestión del local situado en la calle Toledo, 86, por cesión del anterior titular Gaviota Morena, S.L. y es propietaria de las obras de mejora del referido local. La mercantil L.S.B. se comprometió en aportar al proyecto la cantidad de 833.335 euros para la obtención del 50% de la explotación y Emilio la cantidad de 166.667 euros para la obtención del 10%. Gaviota Morena permanece en la sociedad con un 20% de las participaciones sociales y G. Export, S.A. con otro 20%. El 40% perteneciente a Gaviota y G. Export se dan ya por integrados conforme a las inversiones realizadas hasta ahora.

El dinero desembolsado por el grupo inversor se emplearía en la terminación de las obras del local y el desarrollo de la actividad del local, así como los gastos corrientes hasta que el local como negocio pueda pagar sus gastos corrientes (cláusula sexta).

La incorporación de Emilio y L.S.B. al "Proyecto Gitana" se realizó mediante su inclusión en la sociedad Gaviota Morena II, S.L., atribuyéndose a la mercantil Gaviota Morena, S.L. un 20% de la participación social, la sociedad mercantil L.S.B. un 50%, la mercantil G. Export, un 20% y Emilio un 10%. El contrato privado de fecha 18 de abril de 2002 se elevó a escritura pública con fecha 22 de abril de 2002. La sociedad Gaviota Morena II, S.L. se había constituido el día 6 de febrero de 2011. El día 22 de abril de 2002 se nombró presidente a

Emilio y secretario del Consejo de Administración a Alfonso. El día 23 de julio de 2002 se nombraron consejeros delegados mancomunados a Ernesto, Alejandro, Emilio y Alfonso.

El día 20 de mayo de 2002, Emilio en cumplimiento del compromiso contraído ingresó 150.000 euros en la calle c de Gaviota Morena II, S.L. núm. 1093620 abierta en el Banco Sabadell, sin embargo la sociedad L.S.B. no aportó la cantidad de 833.335 euros que se había comprometido.

Emilio el día 13 de febrero de 2003 interpuso una querrela criminal contra Alfonso y Joaquín por unos supuestos delitos de estafa, o alternativamente, apropiación indebida o delito societario y falsedad en relación con el destino de los 150.000 euros aportados, actuaciones que fueron sobreseídas por auto firme de fecha 29 de enero de 2004, dictado por la sección 15ª de esta Audiencia Provincial.

El "Proyecto Gitana" no llegó a realizarse.

No resulta, sin embargo, probado en el juicio que los acusados incorporaran a su patrimonio personal o dispusieran en su propio beneficio el dinero aportado por la Sociedad G.Export al "Proyecto Gitana" ni que hayan gestionado deslealmente la administración o alguna parte del patrimonio social de Zigana 2000, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal considera que los hechos enjuiciados no son constitutivos de un delito de estafa sino que se ha producido una serie de desavenencias y discrepancias sobre el proyecto inicial de inversión en el "Proyecto Gitana" que ha derivado en la frustración del negocio de una instalación de sala de actuaciones musicales, cuestión ajena al ámbito del Derecho Penal, mientras que la Acusación Particular considera que son constitutivos de un delito continuado de estafa de los arts. 248.1, 240 y 250.6º y 7º en relación con el art. 74 del Código Penal de 1995, y de un delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal del art. 252 y art. 74 del Código Penal.

Por ello procede examinar los requisitos del delito de estafa.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina científica exigen una serie de requisitos o elementos imprescindibles para la existencia de este delito, los cuales se pueden concretar de forma sucinta en los siguientes:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardidés o artificios incorporados al listado de que el Código hacía mención, y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto de ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser “Bastante”, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, debiendo tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñan su función determinantes.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado,

consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesionada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el artículo 248 y ss del vigente Código Penal, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6) Nexa causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que antecedente o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el “dolo subsequens”, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscito en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa (sentencia de 23 de noviembre de 1995, 23 de abril de 1997, 22 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2002).

Generalmente, el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral y el engaño consistente en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o en que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido, ocultando su propósito de no cumplirla (S.T.S. 7-2-1997 y 4-5-1999).

En la misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene perfilando las diferencias entre el dolo civil frente al dolo criminal. La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados. Ahora bien, la criminalización

del negocio jurídico civil no es siempre fácil, pues la caracterización del dolo como penal o civil resulta insuficiente y por ello la doctrina y jurisprudencia se decanta por la solución desde el punto de vista de la tipicidad, siendo evidente que no todo incumplimiento contractual significa la vulneración de la ley penal. Por ello, se acude a los elementos típicos ya señalados como es la simulación y, en general, la estafa existe en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad solo quería aprovecharse del cumplimiento de la otra parte y del incumplimiento propio, ánimo o propósito de difícil justificación, que ha de obtenerse por vía de la prueba indiciaria, siempre que los indicios sean plurales y la inferencia sea lógica de acuerdo con los criterios de la común experiencia (S.T.S. 2701-1999 y 13-06-2002).

La S.T.S. de 1-12-1993 incide en esta cuestión y argumenta que no resulta fácil fijar con precisión la línea que separa el comportamiento constitutivo de estafa de aquel otro que da lugar a un ilícito civil. Hay que tener en cuenta que el Código civil se refiere al dolo civil como un supuesto de nulidad del consentimiento (art. 1265 del C. Civil) y que incluso lo define diciendo que existe cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte, de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellos no hubiera hecho (art. 1269), estableciendo, por último, el art. 1270 que para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las partes contratantes, declarando que el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

En nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, es correcto aceptar que el dolo sin más no genera un delito y que aún dentro de las obligaciones y contratos civiles o mercantiles la existencia de un dolo, si es incidental, ni siquiera determina la nulidad de la relación, sino tan solo la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Añadiendo dicha sentencia que, cuando el sujeto activo hace un montaje apropiado para inclinar la voluntad de la otra parte, a sabiendas de que él desde el primer momento tiene intención de no cumplir, habrá estafa, mientras que en los demás casos se trata de un incumplimiento civil que, acaso, si hubiera definido el dolo en el Código Civil de manera menos extensa y omnicompreensiva hubiera facilitado el establecimiento de una línea divisoria más clara.

Finalmente, la S.T.S. de fecha 2-01-2003 concluye que lo decisivo será examinar en cada caso, la relación contractual concreta con todas sus circunstancias ya que la “nota de la suficiencia del engaño se revela, definitivamente, como aspecto clave en la definición del tipo penal, pues si todo

engaño tanto civil como penalmente relevante ha de ostentar verdadero carácter mendaz y estar causalmente vinculado al perjuicio ocasionado, solo el criterio de esa relevancia penal, normativamente identificado por el calificativo de “bastante” y judicialmente calificado como tal en cada caso concreto, puede servir de válida herramienta discriminatoria entre uno y otro ámbito: el de la mera infracción contractual y la criminal”.

SEGUNDO.- El delito de apropiación indebida, descrito en el art. 252 del C.P, está integrado:

1º) Por el recibimiento de dinero, efectos, valores o activo patrimonial en virtud de un contrato de depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, con lo que se sigue el criterio del numerus apertus, poniéndose de relieve el carácter objetivo de esta condicionamiento,

2º) Por el acto de apropiación o distracción, o la negación de haberlos recibido; y

3º) Por el nexo de culpabilidad, en cuanto que exige para su apreciación, no solamente la conciencia del acto, sino el desea de incorporarlos a su patrimonio, o ánimo de lucro.

Como tantas veces se ha dicho por el Tribunal Supremo en este delito pueden distinguirse dos etapas diferenciadas: la primera, se concreta en una situación inicial lícita, en la que el sujeto activo recibe en calidad de depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, dinero, efectos o valores, recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o bien de empleo a un destino determinado, es decir, de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada.

En la segunda etapa, el agente transmuta esta posesión legítima en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes o dinero dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, esto es, se los apropia indebidamente, en perjuicio del dueño o persona que debiera percibir los

bienes u obtener la contrapartida derivada de su destino pactado. Se exige que se produzca un perjuicio patrimonial porque el delito de apropiación indebida es de enriquecimiento (STS 1274/2000 de 10 de julio, 705/2002, de 21 de marzo y 669/2007, de 17 de julio).

El delito analizado contiene la modalidad de “apropiación” en sentido estricto y la distracción”, que supone disponer del dinero recibido más allá de lo que autoriza el título de recepción. El elemento subjetivo del tipo solo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueran encomendados produciría un perjuicio al titular.

En cuanto a los títulos que permiten la comisión de este delito, además de los mencionados en el art. 252, en atención al carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellos relaciones jurídicos de carácter complejo o atípico, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver (STS 916/2002, de 4 de junio y 1332/2002, de 15 de julio).

Conviene precisar que en el art. 252 del Código Penal se yuxtaponen dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que los incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. El uso de los verbos “apropiarse” y “distrar” claramente separa la apropiación en sentido estricto, en que es preciso la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado. (STS 242/1998, de 26 de febrero y 841/2006, de 17 de julio).

El delito de apropiación indebida se puede construir en los supuestos del contrato de sociedad, bien sobre la base de la distinta personalidad de los socios y de la sociedad, o bien sobre la idea de que quien se apropia de bienes sociales está perjudicando a los demás socios y privándoles de parte o de todo su patrimonio. Así para la comisión de este delito en el ámbito de las sociedades es preciso:

- 1) Que en poder del socio se halle el dinero o la cosa mueble, objeto de apropiación;

- 2) Que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente del socio, es decir, en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad;

- 3) Obligación de entrega o devolución;

- 4) Que no exista tal indeterminación de derechos, complejidad, confusión o iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno correspondía y donde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios y

- 5) Que se constate el propósito o intención de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo, derecho de cautela, de garantía u otro semejante (STS 12 de febrero de 2000, 9 de diciembre de 2004 y 12 de febrero de 2007).

TERCERO.- En base a la doctrina reseñada se trata de resolver si en el caso que nos ocupa concurren los requisitos del delito de estafa y apropiación indebida, cuya aplicación interesa la Acusación Particular, a partir de las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral y de las que obran en las actuaciones. En esta línea el Tribunal Supremo ha venido reconociendo a los Jueces y Tribunales la facultad de optar por la versión que les ofrezca mayor credibilidad, por más fiable y verosímil en aquellos casos en los que exista contradicción entre lo declarado en el Juzgado de Instrucción y en el acto del Juicio Oral, siempre y cuando se cumplan dos requisitos formales:

- a) Que las manifestaciones se hayan realizado con observación de las normas procesales; y

- b) Que genéricamente consideradas estén incorporadas al debate en el plenario de modo que las partes hayan tenido la oportunidad de interrogar

sobre el contenido de las mismas. (STS 17 de noviembre de 1997, 7 de octubre de 1998 y 16 de octubre de 2001). Esta cuestión interpretativa adquiere especial relevancia en el supuesto enjuiciado dado el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios, reservas y condicionamientos al volver a declarar unos acusados y testigos sobre los mismos hechos que ya declararon en el Juicio Oral celebrado en el Juzgado de lo Penal.

A la luz de los principios expuestos pasamos a analizar las declaraciones de los acusados y testigos.

La acusada, Mariana, en su declaración prestada en el Juzgado de Instrucción, el día 9 de febrero de 2004, manifestó que era administradora de Gaviota Morena, S.L. y de la Sociedad Gitana era la primera vez que oía ese nombre; no ha tenido relación con la sociedad G. Export, no ha tenido conocimiento del proyecto de la calle Toledo, núm. 86 de Madrid.

Las sociedades Gaviota Morena, S.L. y Gitana Producciones se crearon con fines musicales, baile y producciones artísticas.

Tiene otorgados poderes a Alfonso que es el apoderado de ambas sociedades y es el que hace y deshace. Ella no ha manejado fondos relativos al proyecto de la calle Toledo, núm. 86. Ella como administradora no hacía nada personalmente, sino a través del apoderado Alfonso. No ha firmado ningún documento que le presentara Alfonso. Conoce que su hermano iba a hacer en la calle Toledo, núm. 86, restaurantes, etc., pero no sabe más y no conoce a los socios ni ha manejado cuentas del Banco Sabadell para esa operación. Es administradora de esas sociedades porque su hermano se lo pidió al estar siempre de viajes, tiene toda la confianza con Alfonso y por eso le hizo los poderes.

En el acto del Juicio Oral relató que no recordaba su declaración en el Juzgado de Instrucción, prefiere que le vuelvan a hacer las preguntas. Respondió que era administradora de la sociedad Gaviota Morena y apoderado Alfonso. No participó en la sociedad Zigana 2000, no sabe quién manejaba esta sociedad. No ha tenido relaciones con G. Export. No ha participado en el proyecto de la calle Toledo, núm. 86. Desconoce los juicios de desahucio que se dirigieron

contra este local. Alfonso tenía un cargo en el Banco de Inversión, pero no sabe qué cargo tenía. No ha recibido ningún tipo de dinero de la operación de la calle Toledo, núm. 86.

Joaquín, cuyo nombre artístico es Joaquín C., declaró en el Juzgado de Instrucción, con la intervención de los letrados de ambas partes, que su hermana Mariana fue administradora única de la sociedad Gaviota Morena, que adquirió los derechos sobre el local de la calle Toledo, núm. 86 para hacer un espectáculo; los pagos los llevaba su administrador Alfonso; el proyecto giraba en torno a su figura como bailarín. No recuerda si intervino en Gitana Producciones, Gaviota Morena y Zigana 2000, sí tuvo conocimiento a través de varios encuentros con los señores de G. Export, pero no recuerda si se hicieron aportaciones o no.

Cree que la participación de G. Export era de dinero, pero no recuerda la cantidad. No tiene conocimiento de ningún desvío de fondos de Alfonso. Desconoce si G. Export aportó una nueva cantidad para equilibrar, no sabe si sus sociedades presentaban asientos contables ni sobre la existencia de una cuenta en Sol Bank a nombre de Zigana 2000, reiterando que la persona que lo lleva es Alfonso. Solamente sabe que el proyecto de la calle Toledo núm. 86 no se pudo realizar. No firmó ninguna transferencia sobre el local. Al fracasar el proyecto no mantuvo reuniones con los socios de G. Export, las mantuvo Alfonso. No recuerda si firmó un contrato con Agustín.

En el acto del Juicio Oral declaró que no ratificaba su declaración en el Juzgado de Instrucción (folios 403 a 405); respondió que no adquirió unos derechos de un local en la calle Toledo de Madrid, no fue administrador de la sociedad Gaviota Morena, la administradora era su hermana, Mariana.

En Brasil posiblemente habló con un integrante de la sociedad G. Export sobre un proyecto multicultural en Madrid.

En Argentina habló con Ernesto y Alejandro para hacer un espacio cultural en Madrid, con estos señores la relación era cordial, no familiar. No recuerda haber firmada un contrato con los socios de G. Export sobre el local de la calle Toledo núm. 86 ni el contenido de dicho contrato. Conoce la existencia de la sociedad Zigana pero no sabe nada de ella, su hermana no estaba en la

sociedad Zigana. No sabe nada sobre los ingresos en el Banco de Inversiones porque no lleva esos asuntos.

Alfonso era empleado suyo, era un poco director general y llevaba todas sus empresas o sociedades; tenía con él una relación laboral e iban cerrando conciertos por todo el mundo porque él se dedica, como artista, a bailar. Alfonso era apoderado de la sociedad Gaviota Morena, no sabe si Alfonso retiró con su sola firma dinero de esa cuenta.

No fue informado de las reuniones que pudieron tener los socios de G. Export con Alfonso. Él no ha hablado con los señores argentinos ni les ha ofrecido devolverles el dinero. Desconoce si se les devolvió algún pago en relación al proyecto, no sabe si pendía una deuda en relación con los socios argentinos, él no ha recibido ningún tipo de dinero procedente de la sociedad.

Alfonso declaró en el Juzgado de Instrucción, con la intervención de los letrados de ambas partes, que era apoderado de las sociedades Gitana Producciones y Gaviota Morena, la otra sociedad Zigana 2000, S.L. nunca tuvo actividad pero no recuerda si fue o no administrador. El día 7 de octubre de 1998 se suscribió un compromiso con G. Export, en el que los socios de G. Export se comprometieron a aportar el mismo capital que Gitana. La sociedad G. Export aportó el importe pactado, pero no en los plazos acordados; se ingresaron 97.00.000 de pesetas en las cuentas de Zigana 2000 y Gitana, pero fueron ingresadas en distintas cuentas, haciéndose esas aportaciones fuera de los plazos pactados.

Cree que se hicieron otras aportaciones patrimoniales porque no se hicieron en los plazos previstos. La sociedad Zigana, 2000, se creó para la explotación mancomunada de los socios de esa sociedad pero no tuvo actividad alguna. Los socios de Zigana, 2000 al ver que el proyecto no se realizó decidieron formar otra sociedad para realizar otros proyectos.

El dinero aportado por G. Export no se desvía, cada aportación está reflejada en la contabilidad y en escritos de G. Export, ese dinero se ha utilizado en gastos de la sociedad, en alquileres de pisos, coches, etc.

No sabe si al incorporarse el nuevo socio a la sociedad se le dice que el reintegro de fondos de Zigana tiene que ser mancomunado. No recuerda si entre el día 20 y 27 de mayo de 2002 extrajo 94.000 euros ni para qué objetivo. Él no era el encargado de la contabilidad. Sobre el contenido del fax que obra en los folios 80 y 80 bis manifestó que la firma era similar a la suya y quizá el desvío de fondos se refiere al tema del desahucio y se destinó al pago de esos alquileres.

Cuando firmaron el contrato con G. Export no sabe ni había deudas con el local de la calle Toledo, pero si buscaron capital externo es porque lo necesitaban y en todo caso G. Export conocería este extremo. No sabe si en el Banco Sabadell había dos cuentas a nombre de Zigana, 2000, pero si está documentado será así, en ese momento el declarante trabajaba en una entidad financiera y movía muchas cuentas. No recuerda si extrajo de la cuenta corriente de Zigana los 94.000 euros, antes referidos. El proyecto de la calle Toledo, núm. 86 giraba en torno al nombre y la imagen de Joaquín C. y él era el representante de las actividades artísticas de Joaquín C.

En abril de 2002 se incorporó a este proyecto un nuevo socio que se llama Emilio que fue introducido por G. Export para aportar un millón de euros para finalizar las obras, ya que sus socios argentinos y la sociedad del declarante no tenía dinero. Al entrar el Sr. Emilio se crea una nueva sociedad y éste representa un 60% y se compromete a entregar un millón de euros en el momento de la firma. El otro 40% corresponde a partes iguales entre G. Export y Gaviota Morena, que se hace con el fin de reconocer las aportaciones de ambas sociedades. El Sr. Emilio sólo aporta el 10% de lo pactado y no da ningún tipo de excusa, posteriormente manifiesta que su dinero ha sido injustamente utilizado.

Finalmente, se hizo una auditoría y la querrella se desestimó.

En el acto del Juicio Oral manifestó que era apoderado de la sociedad Gaviota Morena, Mariana era la administradora, nunca apareció Joaquín. Las demandas del pago se pedirían a la sociedad, eran copropietarios de una parte de la finca para salvar su propiedad. No recuerda cuándo se dictó la sentencia de desahucio. La sociedad Zigana 2000, estaba constituida por Gaviota Morena y G. Export, ambas tenían poderes con firmas siempre mancomunadas. Fue empleado del Banco de Inversiones desde el año 1995 a

1999; esa cuenta se abre en ese banco porque necesitaban una cuenta corriente.

Gaviota Morena era una sociedad mercantil no patrimonial. Se aportaron los capitales pactados no en su totalidad y por supuesto fuera de plazo que les hizo presentarse situaciones complejas. Hay un escrito que lo deja muy claro donde se pone las aportaciones que se hicieron y en las plazos que se hicieron. No es cierto que el dinero de los argentinos tal como entra sale; ellos en Gaviota Morena adelantaban dinero muchas veces, se asocian con la sociedad argentina y salía rápidamente el dinero porque llegaba tarde y había que afrontar la deuda como podían. Si hay alguna irregularidad tendrán que ir al banco para verlo. Puede ser que hiciera un cotejo de firmas en el Banco Espíritu Santo. Los fondos no desaparecieron nunca, él cotejaba las firmas a la vez con el interventor del banco. Las reuniones con los socios argentinos las han tenido siempre con una buena relación y eran conocedores de todos los movimientos y se presentaban en las reuniones de riesgo porque estaban en Madrid. Los socios argentinos tenían información veraz, constante y al día. El gestor externo era Germán y hacía la gestión de aportar los informes.

Nunca ha hablado con los otros dos acusados de devolver el dinero porque no se han quedado con dinero.

Respecto al fax de fecha 21 de enero de 2001, en cuanto al destino de fondos a otros fines, manifestó que las aportaciones de los argentinos llegaban siempre con bastante retraso y como había que hacer pagos financiaban con la explotación de imagen de Joaquín C. En el otro fax de 13 de marzo de 2011 (folios 80 y 81) se trata del resumen de una reunión. Sabe que estaban negociando y los socios argentinos estaban al corriente de que estaban pendientes de una renovación por retraso de los pagos de los alquileres, pero con unos pagos de Zigana 2000 intentaron salvar la imagen y renovaron el contrato. La aportación de los argentinos no era sólo para construir el edificio, no cree que hablasen de que no había deudas, a lo mejor había plazos no pagados. Tenían una relación muy estrecha, han trabajado durante 10 ó 12 años.

Las oficinas de la calle Maldonado cree que era la oficina de una entidad bancaria. Respecto de una transferencia del año 1999 a las oficinas de la calle Maldonado manifestó que posiblemente fuese a otra oficina, pero a la misma cuenta de Zigana. Como asesor de Joaquín C. y persona de confianza acudió a

reuniones donde éste no podía asistir, pero en ningún caso les reclamaron dinero, sino que se intentaba buscar financiación para que el proyecto llegase a buen fin. Emilio era una tercera persona buscada por un gestor para que invirtiera. La cuenta de Zigana era una cuenta corriente que se necesitaban dos firmas mancomunadas de los dos accionistas para sacar dinero, no se debería haber sacado dinero sólo por una persona. El dinero de Zigana se destinó a las obras del local. Los gastos de los socios argentinos se cargaban a la cuenta de Zigana. En el fax que obra en el folio 81 se reflejan detalles de gastos que son los gastos del local. Los gastos del personal del local son las tres personas que adquirieron en el traspaso del local, Miguel y las dos personas de limpieza. El local estaba destinado a salones de bodas. Luego hay pagos a proveedores de las obras que se iban haciendo en el local. En cuanto a la relación de gastos no le pidieron aclaraciones o documentación. Después del 13 de marzo de 2001 vuelven a firmar un acuerdo con los mismos socios de G. Export y el nuevo socio donde se vuelven a repartir las acciones. No hubo preguntas por parte de los socios sobre lo que habían invertido hasta entonces, tuvieron que reducir su participación a un 20% para buscar financiación.

CUARTO.- En cuanto a la prueba testifical, Juan José, declaró en el juzgado a presencia de los abogados de ambas partes, que fue contratado por los Sres. Ernesto y Alejandro para que les aclarase las cuentas y les llevase la contabilidad de Gaviota Morena, S.L. Es autor del informe de fecha 24 de julio de 2002. Todo lo ocurrido con anterioridad entre las empresas del Sr. Ernesto y de los querellados, solamente tiene conocimiento a través de las manifestaciones de los socios de G. Export. Conoce el informe presentado por los querellados que obra en los folios 424 a 434, referido a Gaviota Morena II.

No conocía directamente la anterior relación entre G.Export y Gaviota Morena. Ernesto le refirió que las retiradas injustificadas de dinero era exactamente lo mismo que había ocurrido con anterioridad con G. Export, el dinero entraba en las cuentas de Gaviota Morena y a pesar de tener firmas mancomunadas, Alfonso se las ingeniaba para retirarlo con su sola firma, según las manifestaciones de Ernesto; éste le insistía que Joaquín C. le debía 700.000 euros que no le había justificado, no habían hecho borrón y cuenta nueva con los querellados.

En el acto del Juicio Oral declaró que contactaron con él en el año 2001 porque querían hacer un estudio sobre las cantidades aportadas para un proyecto, el objeto era identificar lo que se había pagado y gastado. Les pidió la documentación, acudió tres o cuatro veces a una oficina de la calle Antonio

Maura y como no le aportaron la documentación requerida les dijo que sin papeles no podía hacer nada, desistió de hacer informe alguno sobre la sociedad Zigana 2000. Le llevaron a ver el local de la calle Toledo y lo que habían hecho es una obra de demolición, allí no había actividad ni se apreciaban materiales. Le exhibieron los documentos que obran en los folios 499 y 515 que venía a ser un plan de negocio que se quería llevar a cabo y otro proyecto que era una presentación de lo que querían hacer con las actividades. No le entregaron documentos sobre la realidad de los ingresos y gastos. Hizo un informe sobre el Banco de Inversión. Los primeros pagos aportados por G. Export a Zigana desaparecen, constan ingresos que salían casi inmediatamente en un traspaso. Solamente hay dos pagos que según le indicaron podían tener relación con la obra, que eran 40.000 euros que se pagaban a una comunidad de bienes, el resto son traspasos de saldo, no se acredita que tenga que ver con la obra. Por ejemplo entran 90.000 euros y al día siguiente se van, pero no se acredita que sea para pagar la obra del local. En las reuniones de la calle Maura, la sociedad G. Export reclamaba el dinero. En las explicaciones que daba el Sr. Alfonso estaba implícito el reintegrar las cantidades, la explicación esencial era que cuando se cobrara lo de Joaquín C. en Nueva York o París reintegraban el dinero. El Sr. Alfonso reconocía que había destinado esos fondos a otros gastos que habían tenido, no daba una explicación concreta.

La documentación del Banco Espíritu Santo es más bien escasa, son básicamente extractos bancarios que respaldan las llegadas de fondos de Argentina y sobre determinadas disposiciones hay justificantes. En uno pone la firma del Sr. Héctor y debajo pone la firma del Sr. Alfonso. Luego hay otro documento cuya letra parece ser la del Sr. Alfonso escrito a mano y dice arriba "no se utiliza la impresora por estar averiada", consta el nombre de Alfonso y la firma de éste. Siendo la cuenta mancomunada tienen que firmar dos personas, si no lleva la firma de las dos personas autorizadas es imposible hacer ninguna extracción. Lo único es que el director del banco hacía las dos operaciones, la de firmar disponiendo y autorizar la disposición, de hecho hay un documento que señala a Alfonso como asesor de la cuenta.

Añadió que, en principio, le contrató la sociedad Zigana, que en aquella época no le paga nadie porque no llegó a hacer ningún trabajo y luego le han pedido un informe que se lo ha pagado el letrado de G. Export. De la documentación del banco no se identifica a qué corresponde la oficina de la calle Maldonado, se deduce que es la oficina del Banco de Inversión donde debe estar la cuenta de Gaviota Morena. Parece ser que se traspasó de la cuenta de Zigana a la cuenta de la calle Maldonado de Gaviota Morena. Los socios argentinos fueron

los que, en principio, reclamaron su servicio. Tiene conocimiento que la administración de la sociedad Zigana 2000 era mancomunada, fue lo que le dijeron en todo momento, no vio la escritura. La explicación que le dieron a él los señores argentinos era que por parte del Sr. Alfonso nunca les había dado ningún tipo de documentación acreditativa. Le contrataron el Sr. Alejandro y Ernesto para que realizase una contabilidad donde se recogiese de forma ordenada cuáles eran los fondos que habían llegado y a qué se habían destinado en la sociedad Zigana. El encargo fue verbal, como no le dieron la documentación dijo que no podía trabajar. No se le ha dado ninguna relación de gastos que hubiera en los autos. Fernando Guillermo Pindado García, abogado de la propiedad de la calle Toledo, manifestó en el Juicio Oral que tuvieron conocimiento de una escritura de traspaso, que se enteraron a posteriori y a partir de ahí tuvieron conocimiento de la existencia de Gaviota Morena. La administradora de esta sociedad era Mariana, no le consta nunca como administrador Joaquín C.

Interpusieron una demanda de resolución de contrato por falta de pago, la sentencia dictada en el año 2001 fue la que resolvió el contrato de arrendamiento por falta de pago.

Gaviota Morena tenía interés en mantener el contrato de arrendamiento, les dijeron que estaban buscando inversores para acelerar las obras, ellos pusieron un nuevo plazo en septiembre de 2001 y después como vieron que no se habían acabado las obras se desplazan a ver el local y estaba todo diáfano, les explicaron un proyecto de futuro allí no había nada hecho. La escritura de traspaso fue en el año 1997, se pagó la renta en muy pocas ocasiones, cuando se inició la demanda no sabe si se debían 15 meses. Después de la sentencia llegaron a un acuerdo transaccional, en función del cual se elevó a renta y se dio un plazo para acabar las obras.

Ernesto declaró en el Juzgado de Instrucción, con intervención de los letrados de ambas partes, que es administrador pero no recuerda si las otras partes eran también administradores, él llevaba la parte de ejecución de la empresa.

En el año 1997 ó 1998, la sociedad G. Export que tiene su domicilio social en Buenos Aires, se implicó en una operación con Gaviota Morena al conocer que Joaquín C. tiene un local en Madrid en el que tienen intención de instalar una discoteca, a raíz de esto hacen varios viajes a Madrid, hicieron tres pagos, el primero de 97.000.000 pesetas, posteriormente otro de 24.000.000 pesetas y

por tercera vez otro de 150.000 dólares. Los pagos se hicieron a través de transferencias bancarias a Solbanc, posteriormente Banco Sabadell. El señor Alfonso retiró el dinero para proyectos particulares porque tras realizar la transferencia no se justifica que fuera a parar al negocio. Le consta que el Sr. Alfonso retiró el dinero con su sola firma, cuando iban a algún lugar como notarías las firmas eran de dos. A veces se hicieron pagos de forma mancomunada, pero en el año 2001 se dieron cuenta de que faltaban 97.000 euros y al investigar se dieron cuenta de que el dinero lo destinaron hacia Gaviota Morena que no tenía que ver con el proyecto. El Sr. Alfonso en un fax de 23 de enero de 2001 les comunica que desviaban fondos. Estuvieron con Joaquín C. y su hermana en París, Brasil, en Punta del Este, siempre iba a comer todo el grupo.

Se dieron cuenta de que no había registros contables. Hasta el día 23 de enero de 2001 no sabía que les habían desahuciado del local de la calle Toledo. Recurrieron a un empresario conocido para realizar negocios de gran envergadura y se compromete a ayudar el proyecto. El trastorno fue tremendo porque la familia se traslada a vivir a Madrid junto con sus hijos.

Entre el año 1998 y el año 2002 su empresa realizó varias ingresos, vinieron a Madrid y vieron obras en el local de la calle Toledo, pero que no justifica la gran cantidad de dinero invertida en el negocio. Recuerda haber visto un informe hecho por un arquitecto sobre las obras realizadas pero no sabe dónde está. En el año 2002 había una gran parte de obra sin realizar y por ello buscan un tercer socio para cubrir un millón de euros que faltaba por aportar para terminar la obra.

El Sr. Emilio tiene una participación del 60%, Joaquín C. el 20% y G. Export el 20%. Estaban de acuerdo, pero su queja está en que el dinero que ingresaba su sociedad no iba a la obra o a pagar alquileres, sino a usos personales, y por esto les quitaron el local.

En el contrato de octubre de 2002 se manifiesta que el dinero se iba a destinar a pagar la obra, alquileres y sueldos desde esa fecha en adelante, no se registraban deudas anteriores. Añadió que recibió sueldos de forma mancomunada, también cobraron sueldos los socios de G. Export y el Sr. Alfonso.

El Sr. Emilio se encuentra enfadado con todos, aportó 150.000 euros, le pidió explicaciones y le remitió al Sr. Alfonso, que no se los da y ya no aporta más dinero.

En el acto del Juicio Oral ratificó su declaración prestada en la fase de instrucción, reiterando sus contactos con Joaquín C. en el año 1997, se vieron en Sao Paulo, Buenos Aires, Punta del Este, París, estuvieron de vacaciones con la familia, el proyecto de la calle Toledo, núm. 86 les pareció fabuloso, les presentó el plano del local y el proyecto (folios 499ª 515).

Viajaron varias veces a Madrid. Cuando hacen el giro, primero se asesoraron con su letrado, fueron al registro notarial con Mariana, Joaquín, Alfonso y Héctor. Fueron al Banco de Inversión que estaba cerca de la oficina de la calle Antonio Maura, y allí les presentó a la gente del banco, se quedaron tranquilos, firmaron; Joaquín les dijo que fueran al Banco de Inversión porque allí trabajaba Alfonso y tenían todo más fácil. Vinieron tres o cuatro veces a Madrid, a veces no estaba Joaquín y otras Mariana. Van a la obra y no ven nada construido, Alfonso les dice que no pudieron hacer nada con la obra porque habían tenido problemas con Rusia, Nueva York, etc., pero que se lo iban a devolver. Alfonso les dice que no hay dinero y que estaba el juicio de desahucio. No tenían licencia de espectáculos ni cree que tuvieran permiso de obra.

No recibió dinero de Zigana, si recibió fue un pago mínimo de su dinero, jamás recibió un cheque mancomunado que pudiera ir al banco y sacar dinero. Había veces que estaba más tiempo en Madrid y se quedaba sin dinero, todo era a cuentagotas, todo eran dilatorias, no le pagaron coches, móviles ni apartamentos. Se hospedaban en el hotel NH de Alcalá, los gastos los pagaban ellos, han pagado muchas comidas de todos.

Firmaron un contrato donde había que tener firmas mancomunadas, creyó en la buena fe y cumplió el contrato, se defraudó a toda la familia, que también puso dinero.

Emilio invirtió dinero en el mismo local de la calle Toledo, 86, para un local de fiesta, era un proyecto completamente distinto, es otra sociedad. La finalidad

era una sala de fiestas en el mismo local de la calle Toledo, 86, se hizo un proyecto diferente.

G. Export invirtió setecientos u ochocientos mil euros porque era un proyecto fabuloso; vieron el local antes de invertir, fueron a un notario e hicieron el contrato. En la cuenta de Zigana 2000 había firma mancomunada, los socios de G. Export podían firmar cualquiera de los tres. Él no ha dispuesto de ninguna cantidad de dinero, no recuerda que los socios hayan dispuesto de dinero.

Añadió que no llegó a trasladarse a Madrid, no recuerda si alguno de los socios se trasladó. Cobraron un dinero, pero el sueldo se lo paga G. Export y les han dado de su dinero, jamás les han dado un cheque mancomunado para que vaya a sacar dinero del banco. En el local de la calle Toledo no hicieron absolutamente nada. El Sr. Alfonso les reconoce que no se puede hacer nada porque han utilizado el dinero para otras cosas.

Reclaman la cantidad total que entregaron. Los 97.000 euros que dieron en el año 2006 es un desvío, pero después el Sr. Alfonso les reconoce que no han hecho nada. En el año 2006 es cuando dice que había una diferencia de 97.000 euros, pero cuando van al banco no hay ni un duro. Unas de las soluciones planteadas por Alfonso era conseguir un socio, pero que el dinero se lo iba a devolver. Él tenía firma mancomunada, pero no firmó ninguna vez en el banco, cuando iba al banco era todo un follón, sólo ponían problemas.

Tenían firma Héctor y él, pero él no sacó el dinero, en el banco le dijeron que el dinero se sacó sólo con la firma de Alfonso.

Alejandro declaró en el acto del Juicio Oral que conoció a Joaquín C. en el año 1997, ellos tenían en Brasil un restaurante que se llamaba "Gitana", tenía actuaciones de flamenco y allí se presentó Joaquín C. y les propuso a sus socios de G. Export hacer un proyecto parecido en un local que tenía en la calle Toledo de Madrid.

Hablaron en varios lugares y en diferentes momentos del proyecto que lo veían con entusiasmo. Mantuvieron con Joaquín C. una relación muy familiar. G.

Export tenía que aportar al proyecto casi 800.000 euros a lo largo de los años 1998 y 1999. Firmaron un contrato entre dos sociedades que se unen para formar una nueva sociedad que fue Zigana 2000, S.L. Esta sociedad abrió una cuenta en el Banco de Inversiones que era donde mandaban el dinero desde Argentina. Esta sociedad tenía firmas mancomunadas, por un lado tenían que firmar las personas que formaban Gaviota Morena y por el otro Héctor y Ernesto, era firma mancomunada de ambas partes de la sociedad. El dinero estaba destinado a la terminación de un local sito en la calle Toledo, 86 con el fin de hacer un restaurante con baile, escuela de flamenco, etc. Conoció el local en un viaje a Madrid, solamente estaban las paredes, no se terminó el local. Nunca les han dado informes contables ni facturas. Él no fue al Banco de Inversiones para ver qué había pasado con las cuentas, no ha recibido ayuda económica por los viajes. Varios años después se enteró que había una sentencia de desahucio. En las últimas reuniones que tuvieron con Alfonso les reconoció que desviaban dinero por deudas que tenían y que se lo iban a compensar. Era socio de G. Export, no recuerda el contrato del año 2002; Emilio Remo intervino para aportar más dinero. Las precauciones que tomaron para aportar tanto dinero fue un contrato, cogieron a un abogado y bajo un notario se firmo el contrato. Cree que tenía firma en las cuentas mancomunadas de Zigana pero no lo recuerda. El Sr. Emilio entró para el proyecto de la calle Toledo, 86 y era el mismo negocio.

La Sala ha contado también con la prueba documental que obra en la causa que analizaremos posteriormente.

QUINTO.- En relación con el delito de estafa es preciso subrayar que la Acusación Particular fundamenta dicho delito en la conducta desplegada por los acusados quienes, de mutuo acuerdo y a través de un supuesto proyecto empresarial de explotación de un local, sito en la calle Toledo núm. 86 de Madrid, como sala de fiestas y espectáculos, utilizan la figura afamada de Joaquín C., como bailarín de flamenco, y les presentan a los querellantes el “Proyecto Gitana”, convenciéndoles hábilmente para que aportaran una cuantiosa suma de dinero que aprovecharon en su exclusivo beneficio, sin tener intención real de realizar el supuesto proyecto.

Pues bien, la Sala considera que de la prueba practicada no se puede concluir que concurren todos los requisitos del delito de estafa objeto de acusación.

En primer lugar, la sociedad querellante, según se relata en el escrito de acusación “tiene negocios en diversos lugares, referidos a discotecas o lugares de esparcimiento...” y uno de los socios de G. Export, S.A., Alejandro manifestó que ellos tenían un restaurante flamenco en Brasil llamado “Gitana”, el proyecto que les propuso Joaquín C. era lo mismo que tenían en Brasil, por tanto los querellantes conocían la clase de negocio que les habían propuesto.

En el contrato de fecha 7 de octubre de 1998, celebrado entre la sociedad Gaviota Morena, S.L. y la sociedad querellante, representada por Ernesto y Héctor, cuyo contenido no ha sido cuestionado por la parte querellante, se hace constar que las actuaciones realizadas por Gaviota Morena, S.L. que fueron valoradas en 96.360.503 pesetas, y para obtener el 50% de la nueva sociedad, G. Export se compromete a aportar 97.300.000 pesetas, en cumplimiento de dicho contrato se constituyó el día 9 de diciembre de 1998 la sociedad Zigana 2000, S.L.; cuyos administradores mancomunados eran la sociedad Gaviota Morena, S.L. y la sociedad G. Export, S.A., por tanto nos encontramos ante la constitución de una sociedad con una equivalencia en las aportaciones de ambos socios.

Dicho contrato fue confirmado por otro de fecha 27 de mayo de 1999, suscrito por ambas partes y hacen constar expresamente que están de acuerdo con las aportaciones realizadas por Gaviota Morena, S.L. y se reconoce que la sociedad G. Export, S.A. hasta esa fecha ha aportado la cantidad de 95.798.294 pesetas.

En el contrato de intenciones de fecha 18 de abril de 2002, suscrito cuando ya han transcurrido casi cuatro años desde que se inició el “Proyecto Gitana” también se recoge en sus antecedentes que el grupo empresarial argentino, formado por Alejandro, Ernesto y Héctor, de reconocido prestigio en el mundo del negocio hostelero y de discotecas, ha verificado importantes emprendimientos hosteleros, con gran y reconocido éxito, que tiene probada su idoneidad para la gestión operativa del proyecto. En el “Proyecto Gitana” se integró Emilio y la sociedad L.S.B. con el compromiso de invertir un millón de euros a cambio de un participación en el negocio del 60%, con lo cual las partes firmantes del contrato entre los que se halla la querellante todavía creían en la viabilidad del proyecto iniciado cuatro años más tarde, tratándose del mismo negocio como manifestó Alejandro.

Por tanto, de los datos anteriormente expuestos no se aprecia un acuerdo de voluntades entre los acusados con la finalidad de beneficiarse económicamente, en perjuicio de de los socios de G. Export ni tampoco se puede concluir que existió ese engaño antecedente, causante y bastante que constituye el elemento esencial de la estafa. En consecuencia procede absolver libremente a los acusados del delito de estafa que se les acusa.

SEXTO.- Los hechos declarados probados tampoco son constitutivos del delito de apropiación indebida que se imputa a los acusados.

La parte querellante en su escrito de conclusiones les imputa a los acusados el haberse apropiado o distraído los fondos aportados por la sociedad G. Export S.L. al "Proyecto Gitana".

En el escrito de conclusiones provisionales concreta su aportación dineraria en la cantidad de 95.798.294 ptas., imputándoles a los acusados la apropiación de esta cantidad, mientras que en su escrito de conclusiones definitivas, dedujo de esta cantidad la suma de 7.494.015 ptas. que podrían haberse destinado al negocio, añadiendo la cantidad de 24.000.000 ptas. que, según su relato, había sido entregada posteriormente y reconocido por los acusados.

La Sala considera que del examen de la prueba documental y declaraciones prestadas por los acusados no aparece acreditada la entrega de 24.000.000 ptas., por ello en los hechos probados se ha fijado la aportación de la sociedad G. Export S.A., en 95.798.294 ptas., que fue la cantidad reconocida por ambas partes en contrato de fecha 27 de mayo de 1999.

Es preciso subrayar, a la vista del contenido de las imputaciones efectuadas por la parte querellante, que entre la sociedad Gaviota Morena S.L. y G. Export S.A. constituyeron la sociedad de responsabilidad limitada Zigana 2000, con una participación del 50% cada una de ellas, administrándose mancomunadamente por ambas sociedades, nombrando representantes legales a Augusto y a Héctor. El primer escollo que se presenta es que no consta Escritura pública de la constitución de la Sociedad ni los Estatutos que han de regir su funcionamiento, habiéndose aportado solamente los contratos de fecha 3 de octubre de 1998 y 27 de mayo de 1999. Ahora bien, habiendo

establecido una administración mancomunada ambos socios debían proceder conjuntamente.

También se debe resaltar que no se ha aportado a la causa los libros de la contabilidad, no se ha celebrado ninguna junta general de los socios, ni se han formulado las cuentas anuales, ni tampoco se ha procedido a la disolución y liquidación de la sociedad a pesar de que se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de conseguir el bien social pretendido, como se infiere de la propia presentación de la querrela. Tampoco se ha pactado entre los socios que funciones tenían que realizar cada uno para acondicionar el local de la calle Toledo núm. 86 para el fin pretendido ni las retribuciones que debían percibir por su trabajo cada uno de los socios o personas que los representasen.

En el contrato de 7 de octubre de 1998 se menciona un contrato de traspaso del local a favor de la sociedad Gaviota Morena S.L. de fecha 14 de febrero de 1997, fecha a partir de la cual dicha sociedad fue arrendataria del local, sin embargo, tampoco se ha aportado el contrato de arrendamiento, que se resolvió por falta de pago, en los primeros meses del año 2001, rehabilitándose posteriormente como manifestó Guillermo Pindado García, abogado de la propietaria del local de la calle Toledo 86, todo ello nos impide conocer el importe de la renta y las cantidades abonadas por cuenta de la sociedad Zigana 2000 S.L. durante un período tan largo.

Las omisiones descritas anteriormente son imputables a ambos socios de Zigana 2000 S.L.

La parte querellante fundamenta su acusación en las declaraciones e informe de Juan José, declaraciones de Alfonso, Ernesto y Alejandro, y documentos que obran en la causa. Los acusados Joaquín y Mariana han negado cualquier participación en los hechos y de las declaraciones ambiguas de Alfonso no se pueden extraer datos incriminatorios concluyentes.

En cuanto a la eficacia probatoria del informe y testimonio de Juan José, conviene subrayar, que es un testigo-perito propuesto por la parte querellante y aporta unos datos que son de referencia y emite una serie de afirmaciones que

son meras opiniones que no vienen corroboradas por ninguna otro dato incriminatorio.

En efecto, dicho testigo declaró que todo lo ocurrido entre las empresas del Sr. Ernesto y de los querellados solamente tiene conocimiento a través de las manifestaciones de los socios de G. Export S.A. Le encargaron que hiciera un informe sobre las cantidades que se habían pagado y lo que se había gastado en relación con la sociedad Zigana 2000 S.L, sin embargo desistió de hacer informe alguno porque no le facilitaron soportes contables.

Realizó un informe sobre el Banco Espíritu Santo pero la documentación del banco era más bien escasa, son básicamente extractos bancarios, le contrataron los Srs. Alejandro y Ernesto pero no le han facilitado ninguna relación de gastos que hubiera en los autos.

Respecto a las menciones que efectúa respecto a las firmas de Ernesto Héctor, que obran en los documentos que examina y su cotejo por Alfonso, no se ha realizado prueba caligráfica alguna que nos permita sostener su falsedad, que por otra parte, no ha sido alegada por la parte querellante.

Por tanto, la Sala considera que los datos aportados por el mencionado testigo en el informe y las declaraciones prestadas no proporcionan elementos incuestionables sobre el destino del dinero aportado por G. Export a Gaviota 2000 ni sobre las cantidades que dispusieron los representantes de Gaviota Morena, y G. Export S.A.

En esta línea no conviene pasar por alto que, una vez constituida la sociedad Zigana 2000, las aportaciones dinerarias efectuadas por la sociedad G. Export S.A. que ascienden a 95.798.294 euros formaron parte del capital social de aquella sociedad, integrado por las aportaciones de cada uno de los socios, con lo cual, en puridad de principios, la perjudicada con la supuesta apropiación o distracción de dinero sería la sociedad Zigana 2000. S.L y no solamente la sociedad G. Export S.A. como se aduce en la querella y en el escrito de acusación.

Respecto a la apropiación indebida o distracción del dinero que la querellante atribuye exclusivamente a los acusados, se observa en el folio 564 se hace constar que el día 23-12-1998 Héctor, como administrador mancomunado de Zigana 2000 S.L., autorizó transferir fondos de la cuenta de Zigana 200 S.L. a Gaviota Morena por un valor en ptas. de 27.364.469. Héctor no ha prestado declaración en la causa ni se ha practicado prueba pericial caligráfica que nos permita cuestionar la autenticidad de dicho documento.

En el escrito remitido al juzgado de Instrucción (folio 493) por el Banco Sabadell se dice que la calle c núm. 1047805, cuyo titular es Zigana 2000 S.L. entre el día 13 de abril de 1999 y 11 de noviembre de 1999, Germán y Héctor han realizado nueve operaciones por un importe total de 4.557.691 ptas. Aunque no se ha realizado una liquidación de los gastos realizados, sin embargo, en el folio 559 obra un fax remitido por Alfonso de fecha 12 de enero de 1999 en el que ordena una transferencia de la calle c de Gaviota Morena a favor de C.B. M^a Paz y 11 mas, por un importe de 4.500.000 ptas. Por los datos que obran en la causa la beneficiaria de la transferencia era la propietaria del edificio de la calle Toledo núm. 86, con lo cual dicha cantidad estaría destinada al pago del alquiler de la finca, cuyo importe mensual ascendería a 371.616 ptas. en el año 1999 y 384.967 ptas. en el año 2000, según se desprende de la relación de gastos que obra en el folio 84.

Es preciso también reseñar que Ernesto manifestó en el acto del juicio oral que no recibió dinero de Zigana, sí recibió un pago mínimo de su dinero, jamás recibió una cheque mancomunado que pudiera ir al banco y sacar dinero, había veces que se quedaban más tiempo en Madrid y se quedaban sin dinero, sin embargo en el juzgado de instrucción declaró que recibía sueldos de forma mancomunada y también cobraron sueldos los socios de G. Export y el Sr. Alfonso, añadiendo que su familia se trasladó a vivir a Madrid junto con su hijos.

Ante estas manifestaciones contradictorias parece razonable otorgar mayor credibilidad a su declaración el juzgado de instrucción que a la prestada en el acto del juicio oral por ser aquella más próxima a la fecha que ocurrieron los hechos, mientras que esta última viene precedida por la declaración en el anterior juicio oral en el juzgado de lo penal.

La Sala no quiere pasar por alto que por la documentación remitida por el área de urbanismo del Ayuntamiento de Madrid se acredita que en resolución de

fecha 12 de julio de 1999 se concedió licencia de modificación de actividades a favor de la sociedad Gaviota Morena S.L., en expediente tramitado al efecto 711/1997 que autoriza el uso de sala de fiestas, discoteca y restaurante con espectáculo en edificio exclusivo en calle Toledo 86, coordinada con la licencia de obras de rehabilitación por acondicionamiento otorgada con fecha 30 de julio de 1999. Añadiendo que con fecha 1 de agosto de 2008 se concede a Gaviota Morena S.L. licencia de funcionamiento para ejercicio de la actividad autorizada en licencia núm. 711/1997 al quedar acreditado que tanto el edificio como sus instalaciones y elementos industriales dan cumplimiento estricto a la normativa que le es de aplicación y a las licencias concedidas, con lo cual las manifestaciones efectuadas en el acto del juicio oral por Ernesto carecen de fundamento al relatar que nunca se concedió la licencia de espectáculos ni que tuvieran permiso de obra.

Finalmente reseñar que por la documental remitida a la Sala por el Registro de la Propiedad se acredita que la sociedad Gaviota Morena, S.L., en escritura pública de 30 de junio de 1999, compró una cuota indivisa del 3% de la finca sita en la calle Toledo núm. 86 de Madrid por un precio de 10.000.000 pesetas (60.101,21 euros) y, en escritura pública de 27 de abril de 2000 dicha sociedad adquirió también otro 3% de la misma finca por un importe de 2.500.000 pesetas (15.025,30 euros), adquisiciones que se produjeron cuando ya se había constituido la sociedad Zigana 2000 y estaba vigente el contrato de arrendamiento. Con lo cual dichas adquisiciones repercutirían favorablemente en Zigana 2000 en relación a la fijación del importe de la renta del local al ostentar la doble condición de copropietario-arrendatario.

Pues bien, la Sala sin perder de vista que, en base a las declaraciones practicadas por los acusados y testigos, resulta acreditado que en el local sito en la calle Toledo núm. 86, no se han realizado las obras de acondicionamiento necesarias para el negocio proyectado, sin embargo, los datos anteriormente expuestos impiden declarar probado que los acusados se apoderaran o distrajeran el dinero que les imputa la parte querellante, ni que efectuaran una administración desleal, pues como dice el auto de la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial de fecha 29 de enero de 2004, que obra en las actuaciones “se trata de una cuestión ajena al ámbito del Derecho Penal, que no tiene como fin conciliar a las partes enfrentadas a la hora de liquidar un negocio fallido, ni cuantificar qué suma de dinero corresponde reintegrar al socio capitalista, ni, en fin, dilucidar tampoco lo acertado o no de las inversiones realizadas”.

En definitiva, no se ha acreditado que los acusados desplegasen las conductas que se les imputa, encontrándonos ante cuestiones que se deben plantear y resolver por otra vía que no sea la penal, la cual está prevista para el reproche y castigo de lo que son verdaderas conductas delictivas.

Procede, en consecuencia, declarar la libre absolución de Joaquín, Mariana y Alfonso de los delitos continuados de estafa y apropiación indebida en su modalidad de administración desleal.

SÉPTIMO.- En aplicación del art. 123 del Código Penal y art. 240 de la LECrim. procede declarar de oficio las costas procesales.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Joaquín, Mariana y Alfonso de los delitos continuados de estafa y apropiación indebida en su modalidad de administración desleal que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas procesales causadas en este procedimiento.

Una vez firme esta resolución déjense sin efecto, en su caso, las medidas cautelares acordadas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Olatz Aizpurua Biurrarena.- Rafael Mozo Muelas.- Alberto Molinari López-Recuero.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha asistido de mí la Secretaria. Doy fe. Madrid a ----- . Repito fe.