

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA SECCIÓN SEGUNDA

---

### ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA BIGARREN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18 2ª planta - C.P./PK: 01008 Tel.: 945-004821 Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 01.02.1-13/015865

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2013/0015865

#### **Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 9/2016-F**

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: ESTAFA

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: UPAD Penal - Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz / Zigor-arloko ZULUP - Gasteizko Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 3744/2013

**Contra: JOAN VILLADELPRAT BERNAL**

Letrada: MARINA MUÑOZ /// Procurador: JUAN USATORRE IGLESIAS

**Contra: PHILLIP MARK PAYNE**

Letrado: JOAN JOSEP MONNER CANALS /// Procurador: ISABEL GÓMEZ PÉREZ PÉREZ DE MENDIOLA

**Responsable Civil Subsidiario: EPIC RACING SL**

Letrada: JAIONE MUGURUZA LANAS /// Procuradora: MARTA PAUL NÚÑEZ

**MINISTERIO FISCAL**

La Audiencia Provincial de Álava, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, Dª Elena Cabero Montero y D. Raúl Aztiria Sánchez, Magistrados, ha dictado el día 26 de julio de 2016 la siguiente

### SENTENCIA Nº 225/2016

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente procedimiento abreviado nº 3744/13, Rollo de Sala nº 9/16, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz, seguido por los delitos de administración desleal, insolvencia punible y alzamiento de bienes, contra **JOAN VILLADEPRAT BERNAL** con N.I.F. nº 37314518-P, nacido el día 15/11/1955 en Sant Cugat del Valles (Barcelona) y vecino del mismo municipio, hijo de Ramón y de Josefa, con instrucción, sin antecedentes penales, declarado parcialmente solvente por el juzgado instructor por Auto de 06/10/15, dirigido por la letrada Dª Marina Muñoz y representado por el procurador D. Juan Usatorre Iglesias y contra **PHILLIP MARK PAYNE**, con N.I.E. nº X-1817679-N, nacido el día 29/09/1955 en Winchester (Gran Bretaña) y vecino de Canredondo de la Sierra (Soria), hijo de Gavin Edwin Francis y de Esther, con instrucción, sin antecedentes penales, declarado insolvente por el juzgado instructor en Auto de 06/08/15, dirigido por el letrado

D. Joan-Josep Monner Canals y representado por la procuradora D<sup>a</sup> Isabel Gómez Pérez de Mendiola, siendo Responsable Civil Subsidiario la mercantil **EPIC RACING SL**, dirigida por la letrada Jaione Muguruza Lanas y representada por la procuradora Marta Paul, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Il<sup>l</sup>mo. Sr. Magistrado D. Jesús Alfonso Poncela García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 05/02/2016 se recibieron en esta Audiencia Provincial los autos Procedimiento Abreviado 3744/13 procedente del Juzgado de Instrucción número 1 de Vitoria, dando lugar a la incoación del Rollo Penal abreviado 9/16. Dichos autos recogían las diversas calificaciones efectuadas por las partes. La calificación legal de los hechos por el Ministerio Fiscal era la siguiente:

Los hechos son constitutivos de:

- A)** Un delito societario, tipificado y penado en el artículo 295 del Código Penal.
- B)** Un delito de insolvencia punible, tipificado y penado en el artículo 260.1 y .2 del Código Penal, o subsidiariamente, de un delito de alzamiento de bienes, tipificado y penado en el artículo 257.1.1º .2 .3 y .4 –en relación con el 250.5º- del Código Penal.

De dichos delitos responden criminalmente los acusados en los términos que a continuación se detallan:

Del delito **A)**, responden penalmente en concepto de COAUTORES los dos acusados, de conformidad con los artículos 27 y 28 del Código Penal.

Del delito **B)**, responde penalmente en concepto de AUTOR el acusado JOAN VILLADEPRAT I BERNAL, y en concepto de COOPERADOR NECESARIO el acusado PHILLIP MARK PAYNE, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de los acusados.

Procede imponer a cada uno de los acusados por el delito societario del artículo 295 del CP, la pena de 2 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para administrar o representar entidades mercantiles durante el tiempo de la condena.

Por el delito de insolvencia punible del artículo 260 CP, la pena de 6 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para administrar o representar entidades mercantiles durante el tiempo de la condena, y la pena de 24 meses de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros, sujetos a la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago de la misma, o subsidiariamente por el delito de alzamiento de bienes del artículo 257 CP, la pena de 4 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para administrar o representar entidades mercantiles durante el tiempo de la condena, y la pena de 24 meses de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros, sujetos a la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del

Código Penal en caso de impago de la misma.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, los dos acusados y EPIC RACING S.L. indemnizarán, de forma conjunta y solidaria, a EPSILON EUSKADI SL, en calidad de entidad mercantil perjudicada, mediante la restitución de los bienes transmitidos o mediante el pago de la cantidad de 899.263,89 euros por los perjuicios económicos ilegítimamente irrogados, sin perjuicio de lo que resulte en el ámbito jurisdiccional mercantil a los efectos de evitar un posible enriquecimiento injusto. Esta cantidad devengará los intereses legales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede la condena en costas de los acusados.

**SEGUNDO.-** Notificado debidamente el Auto de apertura de juicio oral, la calificación legal provisional de los hechos por las defensas y la responsabilidad civil consistieron en mostrar su disconformidad con todas las conclusiones provisionales de la calificación hecha por el Ministerio Fiscal y solicitando la libre absolución de sus patrocinados.

**CUARTO.-** Los días 27, 28, 29 y 30 de junio, se celebró el Juicio Oral, elevando a definitivas sus conclusiones tanto el Ministerio Fiscal (si bien consideró cooperador necesario y no coautor al señor Payne del delito de administración desleal), las defensas de los acusados y el responsable civil subsidiario con las alegaciones que constan en el acta de juicio quedando los autos vistos para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** La mercantil Epsilon Euskadi, S.L. (en adelante, Epsilon) fue constituida por escritura pública de 7 de febrero de 2003 e inscrita en el Registro Mercantil el 5 de marzo del mismo año.

En Junta General Extraordinaria celebrada el 20 de agosto de 2007 se acordó modificar el órgano de administración y se nombró administrador único por tiempo indefinido al acusado Joan Villadeprat i Bernal.

Ese año Epsilon inició un ambicioso proyecto consistente en la construcción de un centro de innovación e investigación de alto rendimiento para el desarrollo de componentes avanzados de automoción. Suscribió en abril de 2007 un convenio de cooperación con el Parque Tecnológico de Álava (en adelante, P.T.A.) y se elaboró un proyecto, también en abril de 2007, para la puesta en marcha de ese centro.

En el llamado “Business Plan 2008-2017” se explica la expansión del proyecto, y conforme al mismo, Epsilon desarrollaba su actividad empresarial en cuatro campos, a

saber, formación (principalmente, Master postgrado de Especialización Técnica en Competición Automovilística, en colaboración con la Universidad de Mondragón), diseño e investigación (destacando en esta rama el Centro de Procesamiento de Datos, en desarrollo, y un túnel de viento de suelo rodante), fabricación (con capacidad para la producción de prototipos de vehículos y diversos componentes) y gestión de equipos deportivos.

Con la colaboración del P.T.A., obtuvo la sociedad financiación del Ministerio de Educación y Ciencia y del de Ciencia e Innovación, en los años 2007 y 2008, y en concreto, 11,7 y 4,7 millones de euros respectivamente, con carencias de 3 años e inicio de pago en 2012 y 2013.

En 2008 Epsilon compró un solar al P.T.A. por un precio de 2.625.840 euros, vía préstamo al 3% anual, con un primer pago el 28 de septiembre de 2010, y se constituyó hipoteca a favor del P.T.A. en garantía del precio aplazado. En esa finca se edificó el nuevo centro de investigación e innovación, al que la empresa trasladó su domicilio social en 2010.

En 2009, ante la reducción de la financiación procedente de la Administración Central, la sociedad suscribió en escritura pública de 14 de enero de 2009 préstamos con garantías hipotecarias con las entidades bancarias Kutxa y Caja Vital por importes de 8.000.000 euros cada uno y con carencia hasta febrero de 2011. A su vez, mediante escritura pública de la misma fecha, el P.T.A. cedió su rango hipotecario, quedando en virtud de ello la hipoteca del Parque con rango posterior a las de las Cajas.

**SEGUNDO.-** La apertura del centro de innovación de Epsilon coincidió con la crisis financiera mundial, lo que supuso restricciones en las inversiones relacionadas con la innovación y la investigación industriales y una contracción del mercado en el ámbito automovilístico.

Al cierre del ejercicio contable de 2009, en octubre, las cuentas anuales, elaboradas a 31 de enero de 2010, pusieron de manifiesto que las previsiones contenidas en el plan de 2008 no se estaban cumpliendo: La cifra de negocio se había reducido de los 10.175.416 euros del ejercicio de 2008 a 7.164.198 euros en el ejercicio 2009; las pérdidas se incrementaron de los 712.890,41 euros del ejercicio de 2008 a 1.315.363,20 euros en el ejercicio 2009.

En esta tesitura, el administrador único decidió mantener la actividad durante 2010, asumiendo para ello nuevas deudas (un préstamo reembolsable del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por importe de 350.692 euros, dos nuevos préstamos con

las entidades BBK y La Caixa, por importe de 300.000 euros cada uno, y una subvención del Gobierno Vasco por importe de 642.746,41 euros), mientras buscaba un inversor que inyectara fondos con los que poder completar el despliegue del proyecto empresarial y así poder invertir la tendencia de los resultados.

**TERCERO.-** En febrero de 2011, el administrador único Sr. Villadeprat se encontró sin perspectivas inmediatas de lograr la inversión externa que buscaba, con dos créditos hipotecarios cuya carencia había terminado y no tenía modo de pagar, las ramas de actividad de fabricación y de diseño e investigación sin terminar de desarrollar o sin clientes y el equipo de competición sin patrocinios bastantes para cubrir los gastos de los campeonatos de la temporada que pronto comenzaría.

El 2 de marzo de 2011 Epsilon Euskadi S.L. comunicó al Juzgado de lo Mercantil de Vitoria el inicio de negociaciones con sus principales acreedores a fin de lograr un acuerdo, ante la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones exigibles.

A la vista de la difícil situación económica y de la probabilidad de cierre y pérdida de empleos, el acusado Philip Mark Payne, director financiero de Epsilon, junto a Imanol Zubikaray y Claudio Corradini, empleados en la rama de competición, idearon adquirir ésta y se lo plantearon al administrador único Sr. Villadeprat, quien, en torno a las mismas fechas, buscó sin éxito compradores alternativos.

Para el 11 de marzo convocó el Sr. Villadeprat una reunión con Kutxa, Caja Vital y P.T.A. a fin de explicarles la situación de la compañía y proponerles un “plan de viabilidad económica” para ese año. Como a esta reunión no acudió nadie en representación del P.T.A., convocó otra para el 17 de marzo, a la que sí compareció persona responsable del Parque.

En ambas reuniones propuso a los tres acreedores, entre otras medidas, un “management buy-out del equipo de competición”, esto es, la venta a trabajadores de Epsilon de la unidad productiva dedicada a la competición automovilística. Las entidades bancarias Kutxa y Caja Vital le dieron de manera informal su asentimiento a la enajenación de la rama de competición, y el P.T.A. no se posicionó de ningún modo, no asintió ni opuso objeciones ni planteó condiciones, ni solicitó más información sobre la operación.

**CUARTO.-** Mediante escritura pública de 15 de marzo de 2011 se constituyó la mercantil Epic Racing, S.L. (en adelante, Epic), siendo socios fundadores los mencionados Philip Mark Payne, Imanol Zubikaray y Claudio Corradini y el primero administrador único de la compañía.

El 4 de abril de 2011 Epsilon, representada por Joan Villadeprat, suscribió contrato de compraventa con la mercantil Epic, representada por Philip Mark Payne, por el que transmitía todos los activos afectos a la rama de competición, junto con las relaciones comerciales vinculadas a la rama y los trabajadores adscritos a la misma.

El precio se fijó en 200.000 euros, con un pago inmediato de 100.000 y pagos aplazados por otro tanto. Los 100.000 euros iniciales fueron abonados, pero no se cumplieron los plazos, porque la compradora se vio en la necesidad de satisfacer ciertas deudas con proveedores que tenía pendientes la vendedora, llegando a satisfacer por diversos conceptos 148.168,74 euros de deudas de Epsilon.

Aunque el valor contable de los activos transmitidos era de 1.099.263,89 euros, no se ha probado que el precio acordado fuera inferior a su valor de mercado.

En la estipulación novena pactaron una opción de compra a favor de Epsilon por plazo de un año sobre la unidad productiva transmitida, sujeta a una serie de condiciones y reglas, que Epsilon no podría cumplir si continuaba su situación de insolvencia.

Esta actividad, la competición, proporcionaba a Epsilon la mayor parte de sus ingresos, a través de los servicios de patrocinio, de forma que estos ingresos supusieron en el año 2010 el 97,59% de los ingresos totales de la sociedad. La rama de competición constituía el escaparate y reclamo para impartir estudios, para generar inversiones en investigación y desarrollo y para obtener ventas de vehículos y componentes.

Los patrocinios conseguidos en 2011 eran insuficientes para cubrir los gastos de las competiciones del equipo. Desprendiéndose de la rama de competición, Epsilon se ahorraba algunos costes laborales y financieros, se evitaban nuevas deudas y se obtenía algún numerario.

**QUINTO.-** Epsilon solicitó el concurso voluntario el 4 de julio de 2011, presentando, a juicio inicial de la administración concursal, un activo de 38.349.670,29 euros y un pasivo de 39.625.072,95 euros.

**SEXTO.-** En 2011 y después de diversas ampliaciones de capital y compraventas de participaciones sociales, Epsilon tenía tres socios: Joan Villadeprat i Bernal con 74.790 participaciones, COMYFISA, S.A. con 9.233 participaciones y Jorge Catón Jiménez con 8.310.

No se ha probado que el contrato con Epic causara perjuicio económico a los socios de Epsilon.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Previo**

En el presente proceso no es la realidad de los hechos la principal materia de debate, sino, más bien, la interpretación de los mismos desde la vertiente jurídica y la dimensión económica; debido a ello, la motivación fáctica de esta sentencia acompañará a la jurídica de manera inseparable en su fundamentación y seguirá la pauta de los tipos penales objeto de acusación, ya que la interpretación de los hechos aparece como más relevante que su prueba (muchos de los principales son incontrovertidos) y aquélla es inescindible de la motivación jurídica.

En todo caso, respecto a la valoración probatoria, anticipamos que no se ha formulado tacha contra la autenticidad y veracidad de los documentos obrantes en la causa y su autoría y contenido han sido constatadas por otros documentos o por los deponentes en el juicio. Como tampoco hay tacha contra la credibilidad de éstos, siendo el caso que las manifestaciones de los testigos aparecen corroboradas por más de un testimonio coincidente, sin que los haya discrepantes.

Y aunque no sea preciso, conviene empezar la presente resolución, ratificando las decisiones adoptadas en la vista oral sobre sendas peticiones del Ministerio Fiscal. La presencia de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia era superflua, atendidas las previsibles incidencias de la vista oral, y así lo consideraron las defensas frente a la opinión de la parte acusadora, por lo que no concurría el supuesto de necesidad de intervención regulado en el artículo 743.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y la documentación propuesta como prueba por el Ministerio público al inicio de la segunda sesión del juicio era inadmisibile por no hallar cobertura en el artículo 729 de la Ley de ritos, versar sobre hechos accesorios y no determinantes de los que enjuicamos y estar parte de ella ya unida a las actuaciones.

### **SEGUNDO.- Acerca del requisito de procedibilidad del artículo 296**

Aclarado lo anterior, nos encontramos con un primer delito de administración fraudulenta o desleal del artículo 295 del Código Penal (vigente al momento de los hechos), al que la defensa del Sr. Villadeprat opone la ausencia del requisito de procedibilidad del artículo 296 (*“Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada (...) No será precisa la*

*denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”).*

La cuestión fue planteada al recurrir el auto de 5 de octubre de 2014, por el que el Juzgado instructor transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado, y fue resuelta en auto de este Tribunal de 27 de febrero de 2015 (folios 1569 a 1573). Entonces dijimos que, “*en principio*”, concurría el caso del apartado segundo de la norma, ya que el supuesto delito afectaba a “*una pluralidad de personas*”, que identificamos con “*la pluralidad de los acreedores concursales de la sociedad*” (razonamiento jurídico tercero). Hay motivos para dar ahora al asunto un tratamiento más profundo del que recibió al resolver un recurso frente a un auto de trámite procesal.

Al efecto, traemos la cita de la sentencia del Tribunal Supremo nº 260/2004, de 4 de junio, que del siguiente modo razonaba:

*“Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del principio de mínima intervención del derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias.*

*En el caso de autos, no ha existido tal denuncia de las personas agraviadas, que no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados.*

*Ciertamente que el párrafo segundo de dicho artículo, exime de dicha presentación de denuncia cuando el delito “...afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. En el presente caso no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito.*

*No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional --ámbito que debe delimitar aquel concepto--, o al menos, nada se ha acreditado al respecto en autos. De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas”.*

En el presente caso, no consta (ni se alega) que la comisión del supuesto delito afectara a “*los intereses generales*”, concepto indeterminado al que, como vemos, el Tribunal Supremo ha dado una interpretación restrictiva. Más aún el Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, que en auto de 15 de mayo de 2002 identificaba los intereses generales con “*los intereses económicos de amplios sectores de la población o de sectores especialmente relevantes o trascendentes para el correcto funcionamiento de la economía general*”.



Respecto a la pluralidad de personas, este mismo auto citado la interpreta “*en el sentido de "multiplicidad", esto es, referido a muchas personas, según viene a reconocerse, respecto a la estafa, por el Tribunal Supremo, o, en todo caso, a un número considerable de ellas*” (en el mismo sentido, A.AP.Sevilla, Secc. 1ª, 9-marzo-2009). Ahora bien, tratándose de un delito societario, al seno de la sociedad ha de referirse el círculo de las múltiples personas afectadas, dados los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de este capítulo del Código.

El concepto de “persona afectada” no puede estar lejos, por tanto, del de “agraviada”. “*Agraviada será la propia sociedad como persona jurídica, cuando realmente funcione como tal, cuyos intereses pueden verse perjudicados por alguna de las conductas tipificadas como delitos societarios. (...) Agraviadas serán también las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de socios, siempre que el hecho delictivo les suponga una pérdida o una reducción de sus legítimos beneficios*” (A.AP.Madrid, Secc. 17ª, 12-enero-2007). En el caso que nos ocupa, el artículo 295, título de acusación, identifica a las personas que pueden verse afectadas por el delito, y entre las mismas no están los acreedores de la sociedad, cuyos créditos, intereses y derechos protegen otros tipos penales, singularmente los demás que señala la parte acusadora en su calificación (arts. 257 y 260 Cp.).

Si excluimos a los acreedores concursales del ámbito de las personas afectadas por el delito societario de administración desleal, ya que lo serían por la comisión, no de éste, sino de los delitos de insolvencia punible y frustración de la ejecución, habremos de concluir que no concurre el caso regulado en el artículo 296.2; este supuesto delito aquí enjuiciado no habría afectado a una pluralidad de personas, no se da la salvedad prevista en la norma citada. La inmediata consecuencia de ello es que en el proceso no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, que en este caso no puede suplir el Ministerio Fiscal, lo que determina la imposibilidad de acusar y condenar por el delito del artículo 295.

### **TERCERO.- Sobre la norma aplicable en el delito de administración desleal**

Con todo, fue este Tribunal en su mencionado auto de 27 de febrero de 2015 quien permitió una acusación por este tipo penal y la propia defensa del acusado Sr. Villadeprat solicitó de la Sala, en sus alegaciones finales, un pronunciamiento sobre el fondo de esta acusación, de donde deriva la conveniencia de ofrecer una respuesta razonada a la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal, a la materia sustantiva debatida, por respeto al derecho a la tutela judicial efectiva del que son titulares las partes del proceso.

En primer lugar, debe determinarse qué normativa ha de ser aplicada, la vigente al momento de los hechos enjuiciados o la redacción actual del Código tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Sobre ello inquirió el Tribunal a las

partes (art.2.2 Cp. y D.T. 1ª de la L.O. 1/2015), manifestando el Ministerio Fiscal y la defensa del Sr. Payne que consideraban más favorable la regulación anterior, mientras la defensa del Sr. Villadeprat expresaba su opinión de que venían a ser parejas. La Sala aplicará el artículo 295 del Código (hoy vacío de contenido) por estimarlo norma más favorable para los acusados.

En efecto, “[d]el examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, al contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se exige que actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta con que de la infracción de las facultades resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable. Con independencia del alcance que finalmente se atribuya, por vía de aplicación interpretativa, a cada una de los requisitos exigidos en el artículo 252, lo cierto es que era subsumible en el artículo 295, tal como se hizo en la sentencia cuya revisión se pretende, la conducta del que ocupando la posición de administrador de una sociedad, es decir, teniendo facultades para administrar el patrimonio de ésta, abuse de sus facultades, es decir, las infrinja, excediéndose en su ejercicio, y de esa forma cause un perjuicio al patrimonio administrado. Y lo es ahora en el artículo 252, aunque en éste se haya ampliado el ámbito de la conducta típica y, consiguientemente, se exijan menos requisitos que en aquel” (S.TS. nº 220/2016, de 15 de marzo).

Consecuentemente, la punición por el delito societario de administración desleal del artículo 295 requería de la concurrencia de unos precisos presupuestos objetivos y subjetivos que no existen en el delito patrimonial de administración desleal del vigente artículo 252, por lo que aquél resulta más favorable a los acusados y será el que tratemos en la presente resolución.

#### **CUARTO.- Sobre la comisión de un delito de administración desleal**

Uno de esos precisos requisitos contenidos en la descripción típica del artículo 295 es la causación directa por el autor de “**un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren**”.

Como apuntaba la sentencia del Tribunal Supremo nº 91/2010, de 15 de febrero, en relación a los sujetos pasivos del delito, “[c]iertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal

*perjuicio hacia los socios. Ya hemos dicho que no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación”. Y añade la sentencia nº 841/2006, de 17 de julio de 2016, que “[t]anto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal”.*

En definitiva, por exigencia de la descripción del tipo, el hecho delictivo debe provocar un perjuicio al patrimonio social administrado, con una incidencia o traslación a los intereses económicos individuales de los socios (excluimos de nuestro estudio a los demás terceros mencionados en el artículo 295, porque no existen en el presente caso). Aunque incluyamos a la propia sociedad en la lista de sujetos pasivos del delito que recoge el precepto, no podemos prescindir de la dimensión individual del perjuicio, siquiera con afectación refleja en el patrimonio o los intereses económicos de los socios.

Al momento de los hechos objeto de acusación, a la celebración del controvertido negocio con Epic Racing, S.L., Epsilon Euskadi, S.L. tenía tres socios: el coacusado Joan Villadepat i Bernal (74.790 participaciones), Jorge Catón Jiménez (8.310 participaciones) y COMYFISA, S.A. (9.233) (folios 93 y 94 de las actuaciones, correspondientes al informe de la administración concursal del art. 75 LC.). De los otros dos socios de Epsilon, sólo el Sr. Catón ha sido llamado como testigo (a propuesta de las defensas) y vino al juicio oral a decir que no considera rara o irregular la administración llevada a cabo por el Sr. Villadepat, que tomó las decisiones correctas y, a preguntas del Tribunal, que no se siente perjudicado por los actos del administrador coacusado. Además de sus propias palabras, constatamos que no hay prueba directa ni indicio alguno de la existencia de un perjuicio “económicamente evaluable” a los otros dos socios de Epsilon Euskadi, S.L. Los eventuales perjuicios a los acreedores no integran un elemento constitutivo de este tipo penal.

El propio entendimiento del perjuicio merece un tratamiento detallado. Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº 841/2006, de 17 de julio, “[h]an sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación,

*en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.*

*De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada” (en igual sentido, S.nº 91/2010, de 15 de febrero).*

Así pues, el perjuicio al que se refiere el tipo penal es “*un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación*”, valoración que nos conduce a otros elementos del delito, “*como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación*”.

El adverbio “*fraudulentamente*” con que adjetiva el artículo 295 la disposición patrimonial del administrador se identifica con el empleo de fraude, esto es, de un artificio o engaño, y conecta con el “*abuso de las funciones propias de su cargo*”. No se incluye en este delito la administración simplemente irregular, sino únicamente la desleal y fraudulenta. “*Si esto es así, el desvalor de acción del artículo 295, objeto de estudio, se centra en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con la sociedad y con los socios*” (S.AP.Girona, Secc. 3ª, nº 83/2000, de 4 de mayo). Es el quebrantamiento “*de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo*” (S.TS. nº 1217/2004, de 2 de noviembre). “*No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que*

*son dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales. La actuación -en este caso- sin poner en conocimiento de sus copartícipes la realización de tal acto de disposición, traspassa las barreras de la buena fe, e incurre en el abuso típico que exige el precepto penal que interpretamos” (S.TS. nº 91/2010, de 15 de febrero).*

En el caso que nos ocupa, sucedió lo contrario de lo expuesto en esta última sentencia citada. El negocio jurídico en que la parte acusadora concreta la supuesta administración fraudulenta fue planteado como parte de un plan de viabilidad de la empresa, puesto por escrito (folios 1241 a 1246 y 1755 a 1761) y comunicado a los principales acreedores (testificales de los Sres. Larrañaga, Martínez Fernández y Catón); negocio de cuya génesis y celebración tenían puntual conocimiento el abogado de la sociedad Sr. Martínez Fernández y el socio Sr. Catón. Desconocemos qué sabía de ello COMYFISA, S.A., tercer socio de Epsilon Euskadi, S.L., pero la prueba sobre este hecho, acerca de una posible ignorancia deliberadamente provocada por el administrador, correspondía a la parte acusadora. Con la prueba practicada y obrante en autos, hemos de concluir que no hubo ocultamiento, ni trama ni ardid para engañar a los socios, que ni antes ni después de la consumación del contrato de compraventa con Epic Racing, S.L. éstos percibieron un artificio que defraudase sus expectativas o confianza. No hay prueba de que el Sr. Villadeprat infringiera, al celebrar el contrato litigioso, el deber de lealtad con los socios inherente a su cargo de administrador.

Y respecto a *“la lealtad propia de todo administrador (...) con los intereses sociales”*, no puede predicarse su vulneración de manera abstracta, desligada de la expresión y percepción de los componentes del substrato individual de toda sociedad mercantil (los socios), que, en este caso, no aprecian fraude o deslealtad alguna ni afectación negativa a los intereses sociales ni a los suyos individuales. Ni puede referirse al eventual perjuicio de terceros ajenos a la relación de personas mencionadas en el artículo 295 (en este caso, acreedores concursales), titulares de un bien jurídico protegido por tipos penales distintos de éste. Es decir, no podemos considerar como perjuicio económicamente evaluable a la sociedad, constitutivo del elemento objetivo de este delito, la imposibilidad de satisfacer todas sus deudas, porque eso no entraña un perjuicio a los socios (era una sociedad de responsabilidad limitada) y porque supondría ampliar el bien jurídico protegido por el artículo 295, confundiéndolo con los intereses de los acreedores (tutelados, como decimos, por otras normas penales) y vulnerando el artículo 4.1 del Código Penal (*“las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”*).

En cuanto a los efectos que tuvo el contrato con Epic en la actividad empresarial y viabilidad de Epsilon, resulta predicable lo dicho en el párrafo anterior y es cuestión más propia del delito que seguidamente tratamos.

En definitiva, por las expuestas razones procesales y sustantivas, no cabe condenar al acusado Joan Villadeprat como autor directo de un delito de administración desleal del artículo 295 del Código (vigente al momento de los hechos), ni, en consecuencia, al acusado Philip Mark Payne como cooperador necesario.

#### **QUINTO.- Acerca de la norma aplicable en el delito de insolvencia punible**

En concurrencia con el delito de administración desleal del artículo 295 antes tratado, el Ministerio Fiscal acusa por un delito de insolvencia punible, tipificado y penado en el artículo 260.1 y 2 del Código Penal, vigente al momento de los hechos (conclusión segunda del escrito de calificación).

La regulación de este delito ha sido reformada por la Ley Orgánica 1/2015, de modo que ahora está recogido en el artículo 259. El Preámbulo de esta Ley, en su apartado XVI, expone que la nueva norma *“delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Para ello, tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio que es garantía del cumplimiento de las obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor”*. La paridad del antiguo artículo 260 y el vigente artículo 259 es destacada por la sentencia del Tribunal Supremo nº 220/2016, de 15 de marzo, conforme a la cual *“el artículo 260.1 castigaba al que fuere declarado en concurso cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. En el artículo 259.1 actual se castigan conductas que, aunque con redacción diferente, tienen el mismo significado y contenido. Se castiga en este precepto al que encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente realice alguna conducta de la serie contenida en los números siguientes, hasta el 9º, de cuya descripción resulta que indudablemente se trata de actos que supondrán un agravamiento de aquella situación, finalizando con una cláusula de cierre en el último apartado, que se refiere a realizar “ cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o de su actividad empresarial “. Y en el artículo 259.2 se castiga con la misma pena a quien, mediante alguna de las conductas del apartado anterior, cause su situación de insolvencia”*.

Como en el delito anterior, la parte acusadora y la defensa del Sr. Payne consideraron más favorable para los acusados la regulación vigente a la fecha de los hechos, esto es, el antiguo artículo 260. Efectivamente, lo es. Aunque las penas del anterior artículo 260 son más graves, el actual artículo 259 prevé una comisión

imprudente no contemplada en el anterior artículo 260, y amplía las situaciones de posible comisión a otras anteriores a la declaración de concurso (“*cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”), requerida en la norma reformada; además, describe el nuevo artículo 259 una serie de acciones típicas que exceden de la causación o agravación dolosas de la crisis económica o insolvencia del deudor, cuales son las referidas a la ocultación de la situación económica real del deudor o de su actividad empresarial y, a reserva de la interpretación jurisprudencial que se haga del precepto, sanciona las acciones que constituyan “*una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos*”, que parece exceder del dolo expresamente exigido en el antiguo artículo 260.

Así pues, trataremos sobre la aplicación de esta norma, conforme dispone la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/2015.

#### **SEXTO.- Análisis de los hechos relacionados con el delito de insolvencia punible**

Los hechos por los que acusa el Ministerio Fiscal son “sacar de manera fraudulenta del patrimonio de la sociedad la mayor parte de sus activos, en concreto la rama dedicada a la actividad y competición automovilística, la cual suponía prácticamente la única rama con algún tipo de valor económico y que suponía la mayor parte de sus ingresos, esto es, el alma mater de la sociedad”, a través de la compraventa de “los activos afectos a la rama de la actividad por un precio muy inferior al real, al objeto de que los mismos no pudiesen ser adquiridos o entregados a los acreedores de Epsilon Euskadi, S.L., privando así a esta última del pilar fundamental de la empresa y dejándola sin viabilidad futura. Esta disposición patrimonial maquinada por ambos acusados como artificio de desnaturalización de la entidad Epsilon Euskadi, S.L. agravó sobremanera la situación de insolvencia de la mercantil, que perdió su única vía de subsistencia”; a lo que añade que “como contraprestación, Epic Racing, S.L. se obligaba contractualmente al pago de 200.000 euros como precio de los activos transferidos. Esta cantidad estipulada como contraprestación a cargo de Epic Racing S.L. nunca se llegó a abonar, evidenciando nuevamente la voluntad delictiva de los imputados” (conclusión primera del escrito de acusación).

Sobre tales hechos, debemos empezar precisando que, aunque la parte acusadora insiste en su escrito sobre dos de ellos (“la rama de la actividad automovilística, es decir, el objeto del contrato, suponía el 80% del activo patrimonial de Epsilon Euskadi, S.L. y su valor era notablemente superior al precio estipulado en la operación”; conclusión primera), no hay prueba en autos de los mismos.

La administración concursal cifró los activos transmitidos a Epic Racing, S.L. en 1.099.263,89 € (informe emitido al amparo del art. 169 LC.; folios 573 a 580), que era su valor neto contable (anexo I del referido contrato; folios 479 y 480) y el total de los activos patrimoniales de la sociedad vendedora lo cifró en 38.258.050 € (informe emitido

al amparo del art. 75 LC.; folios 72 a 311 y, concretamente, folio 191). Así pues, sólo una mínima parte de los activos de la empresa fueron objeto del controvertido negocio jurídico (un 3,07% según cálculo de la perito Sra. Pérez Sarasola; folios 1828 a 1858, y, en concreto, folio 1839). Cuestión distinta es que la rama de actividad de competición automovilística, cuyos activos se transmitieron en el contrato litigioso, aportara a la sociedad “más del 80% de sus ingresos vía esponsorización” (folios 577, relativo al informe del art. 169 LC., y 145, referente al informe del art. 75), pero no cabe confundir la cifra de negocios de las distintas ramas de actividad empresarial que desarrollaba Epsilon con el valor de los activos patrimoniales de la sociedad.

Tampoco se ha probado que el valor de mercado de los bienes vendidos fuera notablemente superior al precio pactado en la operación (200.000 €; folio 473 vuelto, estipulación segunda del contrato).

El P.T.A. solicitó en la sección sexta del concurso que se calificara de culpable y sostuvo su pretensión aportando un informe pericial de valoración emitido por el Sr. Aracil (ingeniero), Sr. Mínguez (abogado) y Sr. Otaduy (empresario y periodista), quienes calcularon en 1.022.867,05 € el valor de los activos transmitidos (folios 495 a 509). Los dos primeros comparecieron en juicio y el dictamen fue sometido a contradicción. Aclararon que habían efectuado la valoración sin haber visto los bienes y comprobado su estado, que lo hicieron con la documentación que les facilitó la administración concursal, basándose en sus conocimientos y experiencia y en un estudio de mercado, y que quisieron aplicar un criterio cauto a las cifras de la valoración. Por su parte, el acusado Sr. Villadeprat aportó un informe pericial emitido por el Sr. Sánchez Martín, Sr. Fábrega y Sr. Fernández (ingenieros y empresarios), según el cual el precio pactado “debe ser considerado adecuado o ajustado a la situación actual del mercado” (folios 1329 a 1337). Al ratificarse en su informe, aclararon que sí conocían el estado real de los bienes transmitidos, que cada tres años las organizaciones de los campeonatos donde competía Epsilon obligaban a cambiar los monoplazas y esa es la proyección temporal de cualquier equipo que empieza, pero que en 2011, debido a la crisis del sector automovilístico, los equipos consiguieron posponer la obsolescencia un año, que se les concediera una temporada extra con los mismos vehículos y esa era toda la proyección de los principales activos que adquiriría Epic Racing. El perito Sr. Fernández añadió que se interesó por la venta proyectada por el Sr. Villadeprat y le hizo una oferta por 150.000 €. También ha presentado el acusado una carta firmada por el Sr. Alguersuari (presidente de RPM Racing, organizadora de los campeonatos donde competía Epsilon) y el Sr. Castells (director deportivo de RPM Racing) donde se informaba que “en función de otras transacciones similares en años anteriores, fehacientemente probadas, podemos decir que el precio oscilaba entre 200.000 € y 400.000 €”, si bien precisaban que “operaciones similares por estos valores se habían hecho con la expectativa de 2 años de uso mínimo”, mientras que los monoplazas de Epsilon “deberían ser substituidos en la próxima



temporada (2012)” (folios 1291 a 1293). El Sr. Alguersuari aclaró en el juicio oral que los vehículos de competición tienen ciclos de tres años por exigencias del campeonato, de modo que hay diferencias en su valor a lo largo de ese ciclo, siendo que en el tercer año los monoplazas se devalúan muchísimo.

No vamos a efectuar un análisis pormenorizado del valor de cada partida y concepto del anexo II del contrato de compraventa (folios 479 a 493) a la vista de los dos informes periciales contrapuestos; basta decir que los Sres. Aracil, Mínguez y Otaduy no conocían el estado de los bienes transmitidos y los Sres. Sánchez Martín, Fábrega y Fernández, sí. En realidad, estima la Sala que la tasación al detalle no tiene sentido cuando lo vendido es una unidad productiva y que el valor de mercado debe referirse, en el presente caso, a un mercado muy cerrado y específico, el de los equipos de competición. Se trata de un mercado, según ha quedado probado, donde el tiempo es fundamental y determinante en cada momento del valor de los principales bienes de la equipación de una escudería (pericial de los Sres. Sánchez Martín, Fábrega y Fernández, y testificales de los Sres. Alguersuari y Castells), un tiempo que, cuando se celebró el contrato, estaba al final de su ciclo de uso en competición. La convicción que ha extraído el Tribunal es que un equipo automovilístico (básicamente, esto fue lo transmitido) vale lo que alguien está dispuesto a pagar por él, como sucede en algunos mercados muy específicos de otro tipo (coleccionismo, antigüedades, arte, etc.). Cabe hacer un cálculo del precio, sin duda, pero es eminentemente circunstancial. Que algunos activos pudieran tener un uso alternativo y un valor mayor en otros ámbitos del automovilismo no deja de ser una simple posibilidad, puesto que, frente a las aclaraciones en este sentido de los peritos Sres. Aracil y Mínguez y la mención de los administradores concursales de que consiguieron vender un monoplaza a un coleccionista por 60.000 €, hay constancia de un equipo francés quebrado de cuyos bienes nada se pudo sacar (testifical del Sr. Castells) y algo parecido sucedió en el posterior concurso de Epic Racing, S.L. (informe del administrador concursal a los folios 1542 a 1547).

El caso es que pechaba sobre la parte acusadora la carga de acreditar que el valor de los bienes transmitidos fue “notablemente superior al precio estipulado en la operación” (escrito de conclusiones) y no lo logra con la prueba pericial practicada a su instancia. La misma prueba se ofreció en la sección de calificación del concurso de Epsilon y, tras valorarla junto con la pericia discrepante, la Jueza del concurso terminó concluyendo que “realmente resulta imposible a esta Juzgadora discernir cual es la opinión especializada más correcta” y que no puede “establecerse a ciencia cierta el valor real de mercado del conjunto de activos transferidos” (fundamento jurídico octavo de la sentencia nº 133, de 12 de noviembre de 2013; folios 1616 a 1650). Si en la jurisdicción civil corresponde probar los hechos a quien los alega, mayor es la exigencia en la jurisdicción penal, donde despliega su eficacia el derecho a la presunción de inocencia; si el dictamen pericial ofrecido por el Ministerio Fiscal no bastó para probar en el concurso el hecho del precio

ruin, más señalada es su insuficiencia para acreditarlo en el proceso criminal, donde cualquier duda debe resolverse a favor del acusado. Aquí las defensas han practicado prueba sobrada para desvirtuar la fuerza acreditativa de la prueba de la acusación sobre este extremo.

Tampoco se ha probado que Epic Racing no abonara el precio de 200.000 €. Cuando la administración concursal emitió en diciembre de 2011 el informe previsto en el artículo 75 de la Ley Concursal, no señaló a Epic Racing como deudora de Epsilon (folio 197) y sí como acreedora por valor de 48.168,74 €, a causa de que había satisfecho deudas de ésta (folios 209 y 250). Los administradores concursales Sres. Saracibar, Benito y Barainca afirmaron en el juicio oral que los 100.000 € de pago inmediato (estipulación tercera del contrato) sí se abonaron y que el resto no se satisfizo en los plazos pactados, sino pagando a proveedores de los que era deudor Epsilon, pagos que fueron documentados y reconocidos. Aunque dijeron que la cantidad del precio abonada por medio de esta compensación no alcanzaba a la totalidad del resto pendiente, la lista de acreedores nos indica lo contrario, que Epic pagó de más (lista definitiva de acreedores ex art. 96.5 LC.; folios 250 y 290 del rollo de Sala). Así lo aseveran los acusados y los testigos Sr. Zubikaray y Sr. Corradini, socios de Epic Racing.

Consecuentemente, tenemos que el contrato entre Epsilon Euskadi, S.L. y Epic Racing, S.L. tenía por objeto una pequeña parte de los activos patrimoniales de la primera, que el precio pactado no era manifiestamente inferior a su valor de mercado y que se abonó en su integridad.

**SEPTIMO.-** Queda por analizar el hecho de “sacar de manera fraudulenta del patrimonio de la sociedad (...) la rama dedicada a la actividad y competición automovilística, la cual suponía prácticamente la única rama con algún tipo de valor económico y que suponía la mayor parte de sus ingresos, esto es, el alma mater de la sociedad” (conclusión primera del escrito de acusación).

La Jueza del concurso consideró que “el Administrador único desgajó de la sociedad la actividad que constituía la principal fuente de ingresos y la que dotaba de valor a las restantes ramas, la que constituía el escaparate y reclamo para impartir estudios, para generar inversiones en investigación y desarrollo y para obtener ventas de vehículos y componentes. Y ello cuando el Administrador único era consciente de la situación de insolvencia de la sociedad, de las nulas expectativas de un potencial inversor y de lograr un acuerdo con los principales acreedores para la refinanciación de la deuda” (hecho probado tercero de la sentencia nº 133/2013, de 12 de noviembre; folio 1623).

Las cifras de negocio de las distintas ramas de actividad de Epsilon no dejan lugar a dudas (informe ex art. 75 LC.; folio 145). Como señala la sentencia del Juzgado mercantil, “de la información obtenida de las Cuentas de Resultados de los años 2007-2011 por la Administración concursal (pág. 72, doc. 8), resultan los siguientes

datos: Ingresos por servicios de patrocinio en 2007: 4.906.589 euros, de los 5.719.882 euros totales de cifra de negocios. Año 2008: 7.915.301 euros por servicios de patrocinio, de los 10.175.416 euros totales. Año 2009: 6.271.424 euros, de los 7.164.198 euros totales. Y año 2010: 6.080.116 euros, de los 6.229.678 euros totales. Ejercicio de 2011 (cerrado a 7 de septiembre, cuando la venta se había producido en abril): 947.970 euros de los 1.748.504 euros totales. De esta forma los ingresos por servicios de patrocinio, directamente vinculados a la rama de competición, supusieron en el año 2007, el 85,7% de sus ingresos; en el año 2008, el 77,78%, en el año 2009 el 87,53% y en el año 2010 el 97,59%” (fundamento jurídico octavo; folio 1640).

A ello se añade que la idea empresarial de Epsilon suponía que “el concepto de negocio es integral, esto es, precisa de todas y cada una de sus líneas de negocio, y del mismo modo unas refuerzan a otras”, siendo que “la competición es el gran elemento que valida el conjunto del proyecto, situando a la marca en el ámbito internacional. En este apartado confluyen todas las disciplinas y es, como se acaba de comentar, el examen final de todo el trabajo” (“Business Plan 2008-2017”; folios 900 a 951 y, concretamente, folios 915 y 916).

En definitiva, este hecho de la acusación (referido a las cifras de negocio y a la relevancia de la rama de competición dentro de la actividad global de la empresa) sí ha sido probado y, por otro lado, no ha sido discutido por las defensas. El debate se centra, como indicamos al principio de los presentes razonamientos, en la interpretación de los hechos desde la vertiente jurídica y la dimensión económica.

#### **OCTAVO.- En torno a la aplicación del derecho a los hechos**

Las transcritas consideraciones de la Jueza del concurso fundamentaron (junto con otras que no vienen al caso) la calificación como culpable de la insolvencia y la condena del administrador único Sr. Villadeprat, pero, como enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº 620/2006, de 6 de junio, “*en relación al delito del art. 260 CP. del contenido de sus apartados 3 y 4, se infiere que a los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo esencial no es ya el dato jurídico-formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al Juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto.*

*Naturalmente esto no quiere decir -como ya precisó la anterior sentencia de esta Sala 682/2004 de 28.5 y 1316/2005 de 9.11 - que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal,*

*ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional”.*

De modo que hemos de acudir a la configuración del tipo penal del artículo 260 del Código (en su redacción anterior), para lo cual traemos la cita de la sentencia del Tribunal Supremo nº 940/2006, de 6 de octubre:

*“Como dijimos en la STS 1316/2005, de 9 de noviembre "el núcleo del delito lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concretado en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS 28.4.2003), y requiere los siguientes requisitos, citados en la STS. 25.10.2002 y ATS. 27.2.2003:*

- 1) Que la quiebra, concurso o suspensión de pagos -en la actualidad tras la Ley 15/2003 de 25.11, se ha suprimido los términos "quiebra" y "suspensión de pagos"- haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra.*
- 2) El fraude, que requiere actuación dolosa, esto es, dolo directo concretado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores.*
- 3) Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia.*
- 4) El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo.*

*De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal", añadiendo esa misma STS. que "la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida”.*

En consideración a los remedios previstos en el Derecho mercantil para estas situaciones, **la jurisprudencia interpreta de manera restrictiva el artículo 260**, y así, la sentencia nº 1316/2005, de 9 de noviembre, enseña que *“en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente -a diferencia de los modelos del derecho europeo- carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y cesación de pagos, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la "prisión por deudas" y el efecto de*

*irradiación del art. 38 CE , que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”.*

*“Y ello porque el derecho penal debe interpretarse de conformidad con el principio de última "ratio", no desbordando aquellos desvalores de los injustos que tengan ya la oportuna sanción en otros ámbitos del derecho” (S.TS. nº 40/2008, de 25 de enero).*

*De este modo, para empezar, “[r]especto del **elemento subjetivo**, el artículo 260.1 exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas dolosamente por el autor. Como recuerda la STS nº 237/2004, de 26 febrero, citando la STS 1799/2000, de 20 de noviembre, "este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas".*

*Es decir, no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos. En este sentido, la STS nº 452/2002, antes citada, señalaba lo siguiente: "En efecto, la insolvencia, dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente. Desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo éstos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores" (S.TS. nº 620/2006, de 6 de junio).*

*En ello insiste la sentencia nº 40/2008, de 25 de enero: “La mención "dolosamente" no puede ser entendida estrictamente en el concepto de " dolo" (como elemento de la culpabilidad), pues el delito lo es, por imperativo del art. 12 del Código penal, ya que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley", y aquí no existe tipo imprudente. De modo que el concepto de este " dolo" no es éste, sino la equiparación con el fraude, esto es, la ley debe interpretarse en el sentido de que la conducta del deudor esté presidida por la intención de perjudicar (dolosa y fraudulentamente) a sus acreedores, con un comportamiento que comprenda la voluntad de atentar contra sus legítimos derechos e intereses jurídicos, originándose un perjuicio patrimonial”.*

*Aunque alguna resolución contempla la comisión de este delito con dolo eventual (S.TS. nº 756/2014, de 28 de octubre), la jurisprudencia mayoritaria, por las razones expuestas, exige “un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (SSTS de 28 de*

*septiembre, 26 de diciembre de 2000 , 31 de enero y 16 de mayo de 2001 ), ( STS núm. 440/2002, de 13 de marzo )” (S.TS. nº 60/2014, de 5 de febrero); el dolo directo entendido como “el propósito reflexivamente formado de ocasionar el resultado descrito en la norma, que consiste en perjudicar a los acreedores” (S.TS. nº 741/2014, de 12 de noviembre).*

Al respecto, el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones finales, destacó que, en una situación en la que Epsilon carecía de liquidez y debía afrontar pagos inminentes (comunicación de concurso ex art. 5.3 LC.-hoy art. 5 bis-, folio 422; e incoación judicial, folios 430 a 432), el administrador único Sr. Villadeprat, en connivencia con el director financiero de la sociedad, Sr. Payne, plenamente conocedores por sus cargos de la situación económica de Epsilon, desgajaron la principal actividad de la empresa, prácticamente la única que proporcionaba ingresos en ese momento y que suponía el escaparate del proyecto empresarial, y lo hicieron a favor de una sociedad de recientísima creación (inscripción registral a los folios 24 a 29), constituida con el capital mínimo, concediendo a la adquirente unas ventajas (aplazamiento de parte del precio, por ejemplo) impropias del patrimonio y garantías que podía ofrecer a la transmitente. Y la compradora echó a andar sin pilotos ni patrocinadores, ni nadie en la empresa que supiera buscar la esponsorización, supuestamente sin el activo que entrañaba la reputación empresarial del Sr. Villadeprat en el mundo automovilístico. La sucesión de empresas no sólo se deduce de la transferencia de empleados de una sociedad a otra, sino también de que Epic Racing permaneció varios meses en las instalaciones de Epsilon y allí fijó su primer domicilio social (folio 24), y de que las dos empresas se prestaron servicios mutuos de manera informal, pero efectiva (declaraciones de los acusados y testimonios de los Sres. Catón, Zubikaray y Corradini). Pero, de este modo, habían conseguido extraer de la masa activa de Epsilon, con inevitable y conocido perjuicio a los acreedores, la principal actividad empresarial, vaciándola y dejándola inactiva e inviable.

Ahora bien, ha quedado acreditado que el controvertido negocio jurídico no fue iniciativa del administrador único Sr. Villadeprat, sino que surgió de una conversación habida entre el Sr. Payne, entonces director financiero de Epsilon, y el Sr. Zubikaray, empleado en la rama de competición, después de que aquél informara a la plantilla de la situación económica de la sociedad y de la probabilidad de cierre; que éstos hablaron con el Sr. Corradini, también empleado en la rama de competición, y los tres se lo plantearon al administrador, quien les advirtió de los riesgos que corrían con la iniciativa empresarial que tenían en mente. Era su intención salvar puestos de trabajo y no afrontar el desempleo en un momento de la temporada en que era difícil que les ficharan en otros equipos (declaraciones de todos ellos y del testigo Sr. Catón).

También se ha probado que Epic Racing, S.L. no fue la única opción manejada por el Sr. Villadeprat para transmitir el equipo de competición, pues buscó compradores alternativos (testificales de los Sres. Alguersuari y Castells y manifestaciones del perito

Sr. Fernández), cuando la búsqueda de inversores extranjeros se frustró (documental a los folios 1006 a 1008 y testificales de los Sres. Alguersuari, Castells, Catón y Larrañaga). Hechos ambos que descartan que Villadeprat y Payne “idearan” la constitución de Epic Racing, S.L. como instrumento de la trama y arrojan sombras sobre la tesis de un plan defraudador tramado entre los acusados, de una *“cierta forma de engaño, que ha de concurrir”* (S.TS. nº 771/2006, de 18 de julio).

Y no es compatible con un ánimo defraudador que el administrador único convocara a una reunión a los acreedores principales con créditos recientemente vencidos. Las entidades bancarias Caja Vital y Kutxa habían concedido dos préstamos hipotecarios de ocho millones de euros cada una con carencia hasta febrero de 2011, operaciones en las que había intervenido el P.T.A. con diversos compromisos por su parte (así resulta del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de calificación del concurso, folios 1628 y 1629). A los tres llamó el Sr. Villadeprat para informarles de la situación (no se había conseguido un inversor que inyectara fondos) y proponerles “un plan de viabilidad” que incluía un “management buy-out del equipo de competición” (documental a los folios 1241 a 1256). La primera reunión se celebró el 11 de marzo de 2011 y sólo acudieron las entidades bancarias, de modo que el acusado convocó otra para el 17 de marzo, a la que sí fue persona responsable del P.T.A. (documental a los folios 1755 a 1772, del mismo contenido que la anterior y distinta fecha). No sólo se les entregó el documento a estos tres acreedores, sino que se dieron todo tipo de explicaciones, según declara el Sr. Martínez Fernández, abogado de la sociedad (en similar sentido, los socios Sr. Villadeprat y Sr. Catón).

Las Cajas acreedoras asintieron a la operación que proponía el acusado, aunque no dieron una respuesta oficial (testifical del Sr. Larrañaga, responsable de empresas en Kutxa) y el P.T.A. no dijo nada (testificales de los Sres. Martínez Fernández y Catón; documental a los folios 17 a 21 del rollo de Sala sobre la reunión del Consejo de Administración del P.T.A. de 24 de marzo de 2011).

Una vez celebrado el contrato con Epic Racing, se informó de ello a Kutxa, Caja Vital y P.T.A. (folios 1361 a 1364 y testificales de los Sres. Larrañaga y Martínez Fernández).

Alega la parte acusadora que el Sr. Villadeprat no ofreció información relevante a estos tres acreedores, no les expuso las condiciones del contrato, que sólo les planteó una idea. Pero la idea principal del “plan de viabilidad” era el “management buy-out del equipo de competición” y el denominado MBO, como es conocido, es una operación que supone la transferencia de la propiedad o del control de una empresa a un grupo de personas y entidades, entre las que figuran con carácter relevante directivos, gestores o empleados de la misma (según definición publicada por el diario “Expansión”). Esto es, los tres acreedores sabían que la propuesta de la deudora incluía vender la rama de

competición a empleados de Epsilon. El eventual impacto de la compraventa en el devenir de Epsilon no procedía del precio pactado o de las condiciones de la opción de compra, sino del hecho mismo de desprenderse del equipo de competición. Las entidades bancarias se mostraron conformes y el P.T.A. no tomó posición.

Dice el Ministerio Fiscal que no responder no es asentir, pero el P.T.A., implicado en el proyecto empresarial de Epsilon desde 2007 (folios 802 a 899, correspondientes a convenio y proyecto de cooperación) y directamente interesado en su futuro por los riesgos asumidos en ello, no se opuso a que se vendiera la rama de actividad que aportaba la mayor parte de los ingresos y que constituía la imagen más visible de la empresa, no pidió más información ni puso objeciones o condiciones a la operación, ni antes ni después de la celebración del contrato, hasta que en julio de 2012 y en la sección sexta del concurso planteó su discrepancia (folios 454 a 467). Si tardó quince meses en ver fraude en la operación, fácil es pensar que no lo había. El testigo Sr. Larrañaga, representante de Kutxa, sigue sin verlo.

Dice también el Ministerio Fiscal en su informe final que los acusados actuaron a hechos consumados, sin esperar una respuesta oficial de las entidades acreedoras, pero ha quedado acreditado en el juicio que la operación era urgente, porque los campeonatos estaban a punto de empezar (calendario al folio 1827) y Epsilon se arriesgaba a importantes sanciones pecuniarias por parte de la organización (y, consecuentemente, a aumentar sus deudas) si no acudía a los eventos (testificales de los Sres. Alguersuari, Castells, Catón, Zubikaray y Corradini).

Insiste la acusación en las cláusulas pactadas en el contrato, que asevera gravosas para Epsilon y muy ventajosas para Epic, a lo que se oponen de manera igualmente argumentada las defensas, cada parte desde una visión parcial de los efectos directos y posibles de las estipulaciones. Sobre ello, acerca del equilibrio de contraprestaciones, concluye la Sala que no hay una evidencia manifiesta que ofrezca objetivamente un indicio de fraude. La reintegración de los activos afectos a la rama de competición, prevista como opción de compra en la estipulación novena (folio 479), no habría sido imposible en los términos acordados (como sostiene la parte acusadora) si Epsilon hubiera conseguido al inversor que seguía buscando (testifical del Sr. Martínez Fernández). De hecho, resulta revelador que las contratantes incluyeran esta posibilidad, pues podían haber decidido no hacerlo. De ello podría deducirse que, aun cuando la búsqueda de un inversor fuera de éxito improbable en esos momentos, la idea no se había abandonado. Desde luego, Epsilon no podía ejercitar el derecho de opción de compra si continuaba en situación de insolvencia, como así fue, pero es de destacar que la administración concursal tampoco ejercitó la acción de reintegración prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal, ni siquiera para recuperar activos realizables, por las razones que expuso en su informe de noviembre de 2012 (folios 573 a 580) y que completaron los administradores en su comparecencia a juicio. Tal vez tengan razón, que fuera antieconómico en ese



momento ejercitar esa acción, pero lo que resulta claro es que la acción regulada en el precepto citado convertiría en humo todas las condiciones y reglas dispuestas en la estipulación novena del contrato, por lo que los activos transmitidos no estaban fuera del alcance de los acreedores concursales; no podían estarlo, y el administrador único, asesorado jurídicamente en el precurso y en la celebración del contrato, no podía ignorarlo, por lo que es difícil apreciar indicio de fraude a los acreedores en el pacto sobre opción de compra.

Pero lo más importante es que no es posible apreciar “*actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores. (...) una o varias acciones que de manera maliciosa e intencionada estén encaminadas a provocar una situación de crisis o insolvencia*” (S.TS. nº 743/2009, de 20 de julio) en un administrador que informa de sus intenciones y busca el asentimiento de sus más inmediatos e importantes acreedores antes de llevar a cabo el supuesto fraude, y les informa más tarde sobre la efectividad de la transmisión. El Tribunal no estima concurrente el elemento subjetivo del tipo penal, ese “*elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos*” (S.TS. nº 60/2014, de 5 de febrero).

Por otro lado, como hemos visto en la jurisprudencia transcrita, **el elemento objetivo** del tipo penal está constituido por “*actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil*” (S.TS. nº 1316/2005, de 9 de noviembre), “*requiere que el autor haya producido mediante sus acciones una disminución del patrimonio, no compensada por beneficio alguno*” (S. nº 1105/2006, de 20 de noviembre). Así lo apreciaron los órganos jurisdiccionales civiles de primera y segunda instancia al declarar culpable el concurso (sentencias a los folios 1616 a 1666), pero desde los parámetros de valoración penales no podemos ignorar el informe pericial de la economista Sra. Pérez Sarasola (folios 1828 a 1858), ratificado en el juicio oral, según el cual, con el montante de la financiación obtenida en aquel momento a través de patrocinadores y pilotos, era inviable desarrollar la actividad de competición en 2011, pues hacerlo generaría más pérdidas a Epsilon; algo que ya apuntaron los administradores concursales en el informe emitido en virtud del artículo 75 de la Ley Concursal (folios 83, 91 y 145). Desprendiéndose de la rama de competición, se ahorraban algunos costes, se evitaban nuevas deudas y se obtenía algún numerario. Podrán plantearse ciertas objeciones a la visión ofrecida por la perito economista y las defensas, podrá sostenerse que “el remedio fue peor que la enfermedad”, pero desde el criterio valorativo “*in dubio pro reo*”, la Sala no puede afirmar que la operación careciera de toda “*justificación económica*” (en terminología empleada por el vigente artículo 259), según el contenido que se le debe dar al concepto en esta jurisdicción.

En definitiva, el Sr. Villadeprat no cometió un delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código (en su redacción anterior) y tampoco, por tanto, el Sr. Payne, al que se acusa como cooperador necesario de aquél en dicha comisión.

#### **NOVENO.- En torno al delito de alzamiento de bienes**

Subsidiariamente, el Ministerio Fiscal acusa por un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1º, 2,3 y 4, en relación con el artículo 250.1.5º, ambos del Código Penal.

A estos efectos, resulta llamativo que ni la administración concursal en su informe, ni el Ministerio Fiscal en su dictamen (art. 169 LC.; folios 573 a 580 y 583 a 590) incardinaron esta operación con Epic Racing, de la que hablan, en el supuesto de concurso culpable previsto por el artículo 164.2.5º de la Ley Concursal (“*cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*”), como así lo destacó la sentencia nº 277, de 5 de noviembre de 2014, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava (folios 1651 a 1666; fundamento jurídico tercero). La similitud de esta causa de culpabilidad del concurso, no alegada entonces, con el delito de alzamiento de bienes hace relevante aquella omisión.

No queda claro en el escrito de acusación si se sostiene la tesis de que la enajenación fue real y se hizo en beneficio de terceros (los socios de Epic Racing, S.L.) o fue ficticia y se creó una mera apariencia para que el Sr. Villadeprat siguiera manejando el equipo de competición con personas interpuestas.

Hemos concluido en su momento que el contrato entre Epsilon Euskadi, S.L. y Epic Racing, S.L. tenía por objeto una pequeña parte de los activos patrimoniales de la primera, que el precio pactado no era manifiestamente inferior a su valor de mercado y que se abonó en su integridad. Estos hechos fundamentan la convicción de que fue una operación real, no una simulación contractual.

Ciertamente, el Ministerio Fiscal no ha propuesto prueba alguna de la que derivar una ficción negocial con uso de testaferros, y aunque en los interrogatorios incidió en los hechos de que Epic Racing fijó su primer domicilio social en las instalaciones de Epsilon y allí ejerció su actividad empresarial los primeros meses y que ambas sociedades se prestaron servicios mutuos efectivos, aunque no formalizados, los deponentes ofrecieron explicaciones plausibles. Los socios de una y otra mercantil afirmaron en juicio que Epic se creó de manera precipitada, por la urgencia de dar una salida a la rama de competición antes de que empezaran los campeonatos, de modo que al principio carecía de instalaciones propias, pero se mudaron en cuanto encontraron el pabellón industrial adecuado y lo acondicionaron. Epic no pagaba nada por el uso de las instalaciones de Epsilon, pero tampoco cobraba nada por la colaboración del Sr. Payne con la

administración concursal de Epsilon, ni por permitir a los alumnos del master de Epsilon hacer prácticas en el equipo. Los testigos Sres. Alguersuari y Castells aseveraron que en la temporada 2011 no vieron al Sr. Villadeprat por los eventos de los campeonatos. Tampoco consta qué ventajas obtenían los tres socios de Epic, antiguos empleados de Epsilon, haciendo de testafierros del acusado.

Consecuentemente, debemos declarar probado que la compraventa fue real y el equipo cambió efectivamente de manos, que el acusado Sr. Villadeprat enajenó bienes y activos de Epsilon a favor de tres de sus empleados, constituidos en socios de la compradora, a cambio de una contraprestación efectiva que no se ha demostrado ruin.

Aclarado en fundamentos precedentes que lo enajenado no fue “la mayor parte de sus activos” (apartado primero del escrito de calificación de la acusación), sino una mínima parte de ellos, hemos de rechazar ahora que la actividad empresarial transmitida supusiera “prácticamente la única rama con algún valor económico” (ídem), pues sólo el túnel de viento, que se hallaba operativo, aunque sin clientes, tenía un valor económico de diez millones de euros, casi diez veces más que el valor contable de los activos vendidos a Epic (informe ex art. 75 LC.; folio 186). Por la misma razón, no es asumible que la operación vaciara “de contenido empresarial” (ídem) a la vendedora. Las afirmaciones del escrito de acusación de que el controvertido contrato privó a Epsilon del “pilar fundamental de la empresa” y la dejó “sin viabilidad futura”, sin “su única vía de subsistencia” no pueden ser analizadas en el delito de alzamiento de bienes, porque son propias de la insolvencia punible ya tratada.

En efecto, el artículo 257 no regula un delito de insolvencia punible, como el anterior, sino un delito de frustración de la ejecución de los créditos (vid. S.TS. nº 33/1998, de 24 de enero), por lo que no viene al caso volver a tratar si el hecho enjuiciado agravó la crisis económica o insolvencia de Epsilon. La Jueza del concurso entendió que “el Administrador único de Epsilon no podía ignorar el perjuicio que a los acreedores se causaba con el empobrecimiento que la salida de tales activos suponía para la mercantil, entendida, insisto, no tanto en la posible diferencia entre el precio pactado y el valor real de mercado de los bienes y derechos transmitidos, sino en la depreciación que sufría la empresa como proyecto de negocio” (fundamento jurídico noveno de la sentencia; folio 1645), pero no es ésta la valoración que nos ocupa, no tratamos ahora de las consecuencias económicas en la actividad y situación empresarial de Epsilon de la enajenación de la rama de competición (ni nos vinculan las conclusiones sobre ello de los jueces mercantiles), sino de si existe “*la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse*” (S.TS. nº 551/2002, de 30 de abril).

Comenzando el tratamiento jurídico del delito del artículo 257 con **el elemento subjetivo**, recordamos que “*la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma*

*mayoritaria que la expresión "en perjuicio de sus acreedores" que contiene el texto del art. 257 CP, ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS. 2068/2001 de 8.11, 440/2002 de 13.5, 1716/2003 de 17.12, 7/2005 de 17.1, 1522/2005 de 20.12, 1117/2007 de 28.11, 538/2008 de 1.9, 557/2009 de 8.4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptuado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS. 667/2002 de 15.4, 974/2002 de 27.5, 590/2006 de 29.5, 557/2009 de 8.4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS. 2170/2002 de 30.12, 161/2003 de 6.2, 944/2004 de 23.7, 1564/2005 de 4.11, 234/2005 de 24.2).*

*La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.*

*La doctrina mayoritaria viene considerando, ciertamente, que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto típico" (S.TS. nº 63/2015, de 18 de febrero).*

*"El dolo del delito de alzamiento no requiere una conformación especial, basta con conocer la existencia de las obligaciones para con los acreedores y la realización de actos dirigidos a perjudicar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores" (S.TS. nº 925/2013, de 4 de diciembre).*

Y aquí hemos de traer de nuevo las conclusiones alcanzadas sobre el elemento subjetivo del tipo en el fundamento jurídico anterior. Malamente se puede sostener que los actos de los acusados (el polémico contrato de compraventa) estaban "*dirigidos a perjudicar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores*", se vea ello como dolo genérico o como ánimo específico defraudatorio, cuando de la operación mantuvo informados el Sr. Villadepat a sus tres acreedores principales (entre los inminentes por el vencimiento de sus créditos), siendo uno de ellos, el P.T.A., cooperador del proyecto empresarial, y buscó su asentimiento a la operación. Y lo obtuvo de las dos entidades bancarias.

Añadamos, respecto del **elemento objetivo**, que en la sociedad quedaron bienes y derechos por valor de 38.349.670,29 € y en el déficit patrimonial (1.275.402,66 € sin contar créditos contingentes; informe de la administración concursal ex art. 96.5 LC., folios 215 a 349 del rollo de Sala, y, concretamente, folio 223) resulta especulativo ver

por causa la enajenación de los activos de la rama de competición, habida cuenta de las dificultades que presentaba el mercado automovilístico en 2011 para poder realizarlos como una unidad productiva en beneficio de los acreedores (testificales de los Sres. Alguersuari y Castells y aclaraciones a la pericia de los Sres. Fernández, Fábrega y Sánchez), las dificultades que tuvo la administración concursal para una enajenación unitaria de los demás activos como un conjunto productivo (informe a los folios 437 a 449 del rollo de Sala), la aguda depreciación que los activos de la rama de competición sufren con el transcurso de las temporadas (testificales de los Sres. Alguersuari y Castells) y el incierto aprovechamiento de los mismos en mercados residuales y alternativos relacionados con el automovilismo, como ya dejamos expuesto. Esto es, que no hay constancia de que la enjuiciada enajenación de activos realmente dificultara la ejecución de los créditos de Epsilon Euskadi, S.L. Con independencia de que el administrador único Sr. Villadeprat sea o no culpable de agravar la insolvencia de Epsilon Euskadi, S.L. (sobre lo que se ha pronunciado la jurisdicción civil), sus actos carecen de relevancia criminal.

También, obviamente, los del Sr. Payne, a quien se acusa como cooperador necesario.

#### **DECIMO.- Sobre la responsabilidad civil**

La absolución de los acusados conlleva la de Epic Racing, S.L., a la que se ha traído a juicio como responsable civil solidaria, sin citar una norma de cobertura. No habiendo delito, no hay responsabilidad civil derivada del mismo para ninguno de los tres sujetos pasivos del proceso.

#### **UNDECIMO.- Costas**

En virtud de los artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben declararse de oficio las costas del proceso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Absolver a Joan Villadeprat i Bernal y a Philip Mark Payne de los delitos de administración desleal, de insolvencia punible y de alzamiento de bienes, con todos los pronunciamientos favorables.

Absolvemos a Epic Racing, S.L. de los pedimentos deducidos contra ella.

Declaramos de oficio las costas del proceso.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándose ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días desde el siguiente al de su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.