



Roj: **AAP SE 2994/2006 - ECLI:ES:APSE:2006:2994A**

Id Cendoj: **41091370012006200524**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2006**

Nº de Recurso: **4941/2006**

Nº de Resolución: **566/2006**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **PEDRO IZQUIERDO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo 2

Tlf.: . Fax:

NIG: 4109137P20060002855

RECURSO:Apelación Penal 4941/2006

ASUNTO:100950/2006

Ejecutoria:

Proc. Origen: Diligencias Previas 7716/2003

Juzgado Origen :JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE SEVILLA

Negociado:E

Apelante:. Elena y Andrés , Elena

Y Gerardo .

Abogado:.JAVIER GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA

Procurador:.MACARENA PEÑA CAMINO y HEBRERO CUEVASy JESÚS

Apelado: Salvador Y Aurelio

Abogado:BAENA BOCANEGRA FRANCISCO MARIA

Procurador:ORDILLO CAÑAS, MAURICI

A U T O N° 566/2.006

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

D. MIGUEL CARMONA RUANO

MAGISTRADOS:

DÑA. INMACULADA JURADO HOTELANO

D. PEDRO IZQUIERDO MARTÍN

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE SEVILLA

APELACIÓN ROLLO Nº 4941/2006

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 7716/2003





En la ciudad de SEVILLA a catorce de diciembre de dos mil seis.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado en la diligencias referenciadas, cuyo recurso fue interpuesto por D^{ña}. Elena , que está representada por la Procuradora D^{ña}. MACARENA PEÑA CAMINO y asistida por el Letrado D. JAVIER GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, adhiriéndose al recurso D. Andrés , que está representado por el Procurador D. JESUS HEBRERO CUEVAS; igualmente presenta recurso de apelación D. Andrés , D^{ña}. Elena Y D. Gerardo . que están representados por el Procurador D. JESÚS HEBRERO CUEVAS. Es parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y D. Salvador Y D. Aurelio que están representados por el Procurador D. MAURICIO GORDILLO CAÑAS y asistidos del Letrado D. FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla, el día 31 de Enero de 2.006, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "Que debo acordar y acuerdo el SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO de este procedimiento. ...".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de D^{ña}. Elena ; por otra parte interpone recurso de reforma la representación de D. Andrés , D^{ña}. Elena Y D. Gerardo , desestimándose la reforma por auto de fecha 21 de Junio de 2.006 y contra el que posteriormente interpone recurso de apelación y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo quedando pendiente para la votación y decisión del recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado D.PEDRO IZQUIERDO MARTÍN, quien expresa el parecer el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- La Procuradora D^a Macarena Peña Camino, en representación de Elena , y el Procurador D. Jesús Hebrero Cuevas, en representación de Andrés y de sus hijos menores Elena Y Gerardo , impugnan las resoluciones dictadas, por la que se acuerda el archivo de las actuaciones al amparo de lo establecido en el artículo 779 1 1º en relación con el 641 1º de la L.E.Cr , al no resultar debidamente justificada la perpetración de los delitos que han dado lugar a la formación de la causa.

Es cierto que el alcance de la impugnación es distinto. Así, para la recurrente Elena el objeto de la querella "... no es la autorización del testamento por parte del señor Aurelio ...", sino la conducta del Notario Aurelio y del Letrado Salvador con posterioridad al óbito de Celestina cuando realizaron actos de apropiación de bienes de la herencia susceptibles de integrar los requisitos del artículo 252 del Código Penal "... amparándose en sus respectivos nombramientos de albaceas y con la excusa de estar realizando actos de administración..." (Folio 1.075). Para su esposo Andrés e hijos, además de esta conducta de apropiación, se considera también penalmente relevante la autorización por parte del Notario Aurelio de varios testamentos, "... singularmente del último otorgado por Doña Celestina el 10.05.99...", que califica como constitutiva de un delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos del artículo 439 del Código Penal (Folio 1.149), y la conducta de este último y de Salvador al desempeñar sus cargos de Albaceas "... consistente en encargar a personas de su entorno familiar o personal reiterados encargos, rebasando además las facultades que son propias del cargo...", y que entiende tiene encaje en el artículo 440 del Código Penal (Folio 1.165).

Pero también lo es que, bien por la vía de adhesión de la recurrente Elena al recurso interpuesto por su esposo (Folio 1.096), o por haberlo este último interesado de forma expresa en su escrito de 14 de julio de 2.006, "... solicito de la Sala la devolución de las actuaciones y del citado recurso de apelación (el interpuesto por Elena) al Juzgado de Instrucción de procedencia o, alternativamente, que se abstenga de conocer del mismo hasta que el recurso de apelación también interpuesto por esta representación procesal llegue a la misma altura... pues es de Justicia que la Sala pueda conocer simultáneamente de ambas alzadas... (Rollo de la Sala 4.941/06), resulta patente la coincidencia de intereses, que deben por tanto ser objeto de un pronunciamiento conjunto, y ello aunque se hayan articulado con un planteamiento procesal diferenciado por razones que sólo a ellos compete, aunque, como se expondrá, no parece estar desencaminada la objeción formulada de contrario respecto a la distinta vinculación de una y otro recurrente con algunos de los hechos denunciados y, también hay que mencionarlo, expresando de forma distinta las razones de su disenso, en cuanto uno de ellos, Andrés , ha utilizado expresiones, "... profesionales y albaceas a quienes en el Auto se otorga mayor credibilidad que a los querellantes probablemente porque uno de los albaceas sea Notario..." (Folio 1.070), que desde luego exceden los límites razonables del ejercicio de los derechos.





SEGUNDA- Esta Sala, en su resolución de 6 de mayo de 2.004, ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre los hechos denunciados en el sentido de estimar en ese momento la procedencia de practicar diligencias, confirmando lo resuelto por el Instructor, todo ello sin perjuicio de lo que en un sentido contrario pudiera acordarse con posterioridad, que sólo podrá justificarse desde el derecho del que se ve injustamente sometido a un procedimiento de evitar el mismo, incluso desde un inicio, cuando esta circunstancia resulte de forma patente. Decíamos que se habían denunciado hechos que tenían una indiciaria justificación en la documental aportada, y que el rechazo de plano de su investigación, sin perjuicio de su resultado, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en su aspecto esencial de garantizar el acceso a la jurisdicción penal, al haberse denunciado conductas, como el pago de facturas de elevada cuantía contra la herencia yacente por trabajos efectuados por uno de los querellados o personas vinculadas al mismo, y con el posible asentimiento del otro (Folio 692).

En cumplimiento de lo resuelto se ha procedido por el Instructor a la practica de diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, recibiendo declaración a personas aludidas en los sucesivos escritos de denuncia y procurando la aportación de numerosa documental, llegándose a la conclusión de la inexistencia de indicios de que en su condición de Notario, albacea y administrador de la herencia el denunciado Aurelio se haya procurado una participación económica en los negocios y actividades propias de la actividad encomendada, al igual que el otro denunciado el Letrado Salvador en su condición de albacea y contador partidario, lo que permite descartar también conductas de apropiación por parte de ambos por personas interpuestas, sin perjuicio del derecho que asiste a la recurrente a interesar la correspondiente rendición de cuentas.

TERCERO- Como se refiere en la STC 94/2001, de 2 de abril , el querellante o el acusador particular penal no tiene derecho, en sentido estricto, a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino que, al confluir en éste el derecho de acción y el derecho material de penar, que corresponde al Estado, el derecho de acción en estos procesos se traduce en un ius ut procedatur, esto es un derecho a que, si existe base para ello, se practiquen por el órgano judicial competente las actuaciones necesarias de investigación y se decida la apertura de la fase de plenario o, por el contrario, la terminación anticipada por alguna de las causas legalmente previstas; criterio que nuevamente señala el Tribunal Constitucional (entre otras en S.ª 81/2002, de 22 de abril), al referir que el derecho de acción penal reconocido al querellante no se presenta como un derecho incondicional a que se siga un proceso penal a su instancia. La naturaleza misma del proceso penal, como ejercicio de la potestad punitiva del Estado, implica que sólo cabe seguir un proceso de esta naturaleza, incluso desde su fase inicial de investigación, cuando existan indicios de la comisión de una infracción penal, sin que quepa su utilización en ausencia de tales indicios. Si de lo actuado no existen estos, o no tienen una mínima consistencia, no resulta procedente la continuación precisamente por los perjuicios que en sí mismo conlleva la imputación de una conducta de esta naturaleza.

Por otro lado, el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal implica que las conminaciones penales no tienen por que extenderse a cualquier ilícito y que la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a las más graves y más intolerables, de tal manera que la reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena.

No toda controversia jurídica puede pues amparar el ejercicio de una acción penal sobre todo cuando la misma puede y debe resolverse en otros órdenes jurisdiccionales. La función de la instrucción penal es la de averiguar si se han llevado a cabo hechos delictivos y determinar quiénes pueden ser sus responsables, por lo que cuando resulta la inexistencia de delito, la instrucción agota su función, sin que le corresponda ya el recabar materiales probatorios que puedan servir para otras posibles actuaciones legítimas de las partes

CUARTO- Insiste el recurrente Andrés en que la conducta del Notario Aurelio al autorizar los testamentos de Celestina integra los requisitos del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos del artículo 439 del Código Penal , al recibir de la causante demenciada "... el nombramiento de Administrador de su cuantiosa herencia, cargo distinto del de albacea o del de contador-partidario, que son los únicos nombramientos permitidos al Notario autorizante de un testamento...", poniendo también de manifiesto la duración del encargo, quince años, y la circunstancia de haber sido exonerado de prestar fianza y rendir cuentas (Folio 1.149).

La cuestión ya fue planteada y resuelta en el procedimiento seguido a instancia de Elena ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de esta Ciudad, a diferencia de la sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta de ésta Audiencia, que se limita a anular el testamento al apreciar en "... Doña Celestina vicio en su consentimiento...", sin pronunciarse sobre otra de las irregularidades denunciadas de los testamentos otorgados por Daña Celestina y su hijo Don Augusto , "... contener ambos disposiciones favorables al propio Notario autorizante...", si bien es cierto que no nos vinculan los pronunciamientos dictados al respecto en el orden jurisdiccional civil, que por otro lado no han adquirido firmeza, en orden a determinar la existencia de indicios de la presunta comisión de una conducta con relevancia penal.





La resolución dictada por el Juez de Instancia partía de la limitación prevista en el artículo 754 del Código Civil, que establece la prohibición al testador de disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, llegando a la conclusión que la designación como administrador del Notario Aurelio más que un beneficio se representaba como una carga teniendo en cuenta la gratuidad con la que se comprometió a desarrollar el cargo, y que lo preceptuado en el artículo 139 de Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, que respecto al Notario le impone la prohibición de autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, exceptuándose en el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores partidores, "... no puede suponer que la designación como administrador al Notario autorizante del testamento suponga un beneficio para él legalmente proscrito..."

Pues bien, no nos parece desacertada la conclusión asumida por el Juez de Instancia, que tampoco debió de parecerlo a la Sala que, no obstante constituir el primer motivo de impugnación, nada refirió de contrario, lo que desvirtúa la pretensión del recurrente que pretende anudar consecuencias penales a la simple aceptación por parte del Notario denunciado de su nombramiento como administrador, además de cómo albacea, en los testamentos por él autorizados.

En este sentido el artículo 901 del Código Civil establece que los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes, sin que pueda entenderse una contravención a éstas la aceptación por parte de aquéllos del desempeño gratuito de determinados actos de administración, circunstancia esta, la gratuidad del encargo conferido y aceptado por el Notario, "... no fue contador repartidor de esta herencia porque el dicente no quiso pese a que lo pidió expresamente Dña. Celestina y precisamente no quiso porque ese cargo es remunerado y el dicente no quería cobrar dinero alguno ..." (Folio 628), que no consta desvirtuada por la acreditación de percepciones retribuidas directamente al mismo. Entendemos con el Juez a quo que la concurrencia en los denunciados Aurelio y Salvador de los cargos de albaceas- administradores, y en el segundo además el cargo de contador partidor, sin más datos carece de relevancia penal a los efectos prevenidos en los artículos 439 y 440 del Código Penal. Siguiendo con su argumentación, otra cosa podrá ser si en el desempeño de sus respectivos cargos hubieran incurrido en conductas con relevancia penal, como el trasvase de fondos de la herencia a sus patrimonios en las modalidades denunciadas, esto es, directamente o a través de sociedades interpuestas.

QUINTO- La resolución de la cuestión planteada requiere indagar por un lado en la voluntad de los causantes respecto a algunas de las limitaciones que se consideran inaceptables por los recurrentes, así como las previas relaciones de los denunciados Aurelio y Salvador, en su respectiva condición de Notario y Letrado, con los causantes, y los concretos actos de apropiación imputados.

El recurrente sostiene de forma reiterada que "... la autorización del último testamento, lejos de constituir un suceso aislado, espontáneo, constituyó la culminación de un largo proceso de preparación en el cual el Notario autorizante fue perfilando el testamento que presentaría a la firma de la Sra Celestina, la cual por su estado de salud apenas sería capaz de leerlo y entenderlo..." (Folio 1.161).

Pues bien, la maquinación denunciada parece que tendría que haberse iniciado en las tempranas relaciones de los causantes con los denunciados, e incidir, lo que parece difícil, en la toma de decisiones muy personales de aquéllos, si se tiene en cuenta que algunas de las limitaciones que se consideran inaceptables por los recurrentes, por considerar que se impone a los herederos un régimen limitativo de su capacidad de obrar contrario al estatuto de la personalidad y a derechos fundamentales, tienen de alguna forma su precedente en anteriores testamentos de Celestina y Augusto, y que por parte de aquella se encomendó un seguimiento de personas relacionadas con la recurrente Elena, por lo que no debe descartarse que existiera un interés, no inducido por los denunciados y sin que en este procedimiento nos corresponda determinar la posible incidencia de la voluntad de uno de los causantes respecto al otro, y que llevara a Celestina a decidir tal régimen de administración y sustituciones. En este sentido, en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de 15 de octubre de 2.003 antes mencionada se refiere que "... la abuela ... ofreció a sus nietos más de lo que la Ley le obligaba a hacer (el tercio de libre disposición), ahora bien, estableció, por las razones que fueran, que si lo querían- y tan sólo respecto de éste- debían voluntaria y libremente aceptar las mencionadas condiciones y limitaciones..." (Folio 440). En la misma resolución se hace referencia a las circunstancias por las que se cuestiona la alegación de la actora, ahora recurrente, respecto a la incapacidad de la testadora "... desde el punto y hora que ésta, con su conducta en momentos determinados, ha venido tácitamente a reconocer la capacidad de obrar de aquélla.... vinculación de la actora con sus propios actos que le impide negar capacidad de juicio a quien se la admitió fuera del mismo cuando le convino...". No resulta muy admisible que respecto a la intervención de Celestina en el nombramiento de la recurrente como Consejera Delegada de la entidad, Carmen Delgado Barea S.A." en el mes de enero de 2.000, y por tanto en fechas casi inmediatas al fallecimiento de aquella en el mes de febrero con un previsible grado de deterioro más acentuado que en los años 1.995, 1.996 y mayo de 1999, se refiera que "... pese a su enfermedad su abuela entendió la





propuesta que era simplemente que fuera ella la que continuara al frente de la sociedad..." (Folio 1.005), y al mismo tiempo se niegue la simplicidad al hecho de que Celestina hubiera podido expresar, y querer que se documentara, su preocupación respecto a sus nietos en relación con el destino de sus bienes, sin perjuicio de la complejidad jurídica de la plasmación de su deseo que lógicamente correspondía efectuar a los profesionales de su confianza, teniendo además en cuenta que aquella preocupación se remonta en el tiempo al testamento otorgado en el año 1.995, y es reiterada en los sucesivos.

Así en el testamento otorgado por Celestina el día 15 de diciembre de 1.995, después de legar a su nieta Elena el remanente del tercio de libre disposición, acuerda que "... la legataria no podrá disponer de ninguno de los bienes que herede, objetos de este legado, durante el plazo de diez años a contar desde el fallecimiento de la testadora, sin contar para ello con el consentimiento de dos de cualesquiera de los tres siguientes señores: DON Augusto , DON Leonardo Y DON Salvador , o el que de ellos viva. Asimismo, durante el indicado plazo administrará los bienes DON Leonardo y para el caso de que el mismo fallezca, dicha administración se encomienda MANCOMUNADAMENTE a Don Augusto y D. Salvador , o cualquiera de ellos por renuncia, incapacidad o fallecimiento del otro...", imponiendo como condición de este legado "... que si la legataria contrae matrimonio, dentro del plazo de diez años del fallecimiento de la testadora o lo hubiera contraído antes, deberá pactar capitulaciones matrimoniales estableciendo como régimen económico el de separación absoluta de bienes, régimen que deberá mantenerse al menos durante el indicado plazo de DIEZ AÑOS, contados a partir de fallecimiento de la testadora...". Nombra asimismo albaceas solidarios de su herencia a Salvador y Leonardo , con prórroga del plazo legal de hasta once años, y Contador-Partidor a Salvador , con prórroga de plazo hasta once años con las más amplias facultades. (Folios 142 a 145).

En el también otorgado por Celestina el día dos de octubre de 1.996, después de legar a su nieta Elena el remanente del tercio de libre disposición de su herencia "... o ese tercio entero, esto último en el caso de que el nieto de la testadora Don Eloy no acepte la condición impuesta en la disposición segunda (prohibición de disponer durante el plazo de quince años), acuerda que "... la legataria no podrá disponer de ninguno de los bienes que herede, objetos de este legado, durante el plazo de diez años a contar desde el fallecimiento de la testadora, sin contar para ello con el consentimiento de dos de cualesquiera de los tres siguientes señores: DON Augusto , DON Leonardo Y DON Salvador , o el que de ellos viva. Asimismo, durante el indicado plazo administrará los bienes DON Leonardo y para el caso de que el mismo fallezca, dicha administración se encomienda MANCOMUNADAMENTE a Don Augusto y D. Salvador , o cualquiera de ellos por renuncia, incapacidad o fallecimiento del otro...", imponiendo también como condición de este legado "... que si la legataria contrae matrimonio, dentro del plazo de diez años del fallecimiento de la testadora o lo hubiera contraído antes, deberá pactar capitulaciones matrimoniales estableciendo como régimen económico el de separación absoluta de bienes, régimen que deberá mantenerse al menos durante el indicado plazo de DIEZ AÑOS, contados a partir de fallecimiento de la testadora...". Nombra asimismo albaceas solidarios de su herencia a Salvador y Leonardo , con prórroga del plazo legal de hasta once años, y Contador-Partidor a Salvador , con prórroga de plazo hasta once años con las más amplias facultades. (Folios 147 a 151).

En cuanto a los testamentos otorgados por Augusto , en el de 6 de noviembre de 1.996, si bien en el remanente de su herencia instituye heredera a su sobrina Elena , también acuerda que "... no podrá disponer de los bienes, durante el plazo de quince años a contar desde el fallecimiento del testador, sin contar para ello con el consentimiento de DON Aurelio y de DON Salvador , quienes actuarán MANCOMUNADAMENTE...", imponiendo como condición resolutoria: "... si la heredera contrae matrimonio, dentro del plazo de quince años del fallecimiento del testador o la hubiera contraído antes, deberá pactar capitulaciones matrimoniales estableciendo como régimen económico el de separación absoluta de bienes, régimen que deberá mantenerse al menos durante el indicado plazo de QUINCE AÑOS...".

En el otorgado el 27 de enero de 1.999 se dispone que "... en el sesenta por cierto restante de su herencia, instituye herederos fiduciarios por iguales partes a sus sobrinos Don Eloy y Doña Elena y heredero fideicomisario condicional a las HERMANAS DE LA CRUZ para que den a lo heredado el mismo destino que el que figura en el legado anterior... la fiducia se concreta al plazo determinado de 20 años ... serán administradores de los bienes fideicomitidos DON Salvador Y DON Aurelio quienes actuarán MANCOMUNADAMENTE... los administradores, administrarán e invertirán a su criterio los frutos de los bienes fideicomitidos, sin que tengan que rendir cuentas a nadie... el montante de dichos frutos se irán entregando por los administradores a los fiduciarios exclusivamente en caso de primera necesidad, en la cuantía y plazos que libremente determinen pudiendo incluso entregarlos todos al finalizar la fiducia... los herederos fiduciarios, en tanto lo sean, podrán disponer de los bienes fideicomitidos en los supuestos d necesidad o utilidad pero necesitarán para ello el consentimiento expreso de los dos administradores... los bienes fideicomitidos sólo pasaran al heredero fideicomisario (Las Hermanas de la Cruz) en el supuesto que, al cumplirse 20 años del fallecimiento del testador, los fideicomisarios hubieran contraído matrimonio y, en algún momento del mismo, su régimen económico matrimonial hubiese sido el de gananciales... nombra Albaceas de su herencia con las



más amplias facultades, incluida las de entregar legados, que podrán ejercitar durante veintiún años contados desde el fallecimiento del testador, a DON Salvador , Letrado de éste Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y al Notario autorizante, DON Aurelio , quienes actuaran MANCOMUNADAMENTE... nombra Contador-Partidor con las más amplias facultades que, podrá ejercitar durante veintiún años, contados desde el fallecimiento del testador, a DON Salvador ... (Folios 8 a 12).

Pero es que además, como se ha anticipado, no dejan también de ser significativas las gestiones encomendadas a la Agencia Walkers,s Detectives en el mes de julio de 1.997 (Folios 294 a 309), "... considera que esto fue ordenado por su tío..." (Folio 1.005), en cuanto relacionadas con las disposiciones testamentarias antes mencionadas que, aunque figuren encargadas por Salvador , lo fueron "... en calidad de Letrado y en representación de uno de sus clientes...", circunstancia ésta que resulta corroborada por las manifestaciones de Leonardo "... se refiere dicha nota a un pago a una agencia de detectives y fue Dña. Celestina la que dio instrucciones de que pagara dichos servicios entregando la cantidad al Sr. Salvador ... fueron Dña Celestina y D. Augusto quienes encargaron al Sr. Salvador que pusiera un detective para investigar a Dña Elena y fue Dña Celestina directamente la que le ordenó el pago... se le pagó con conocimiento de D. Augusto porque Dña Celestina no ocultaba nada a su hijo...fue Dña Celestina la que decidió contratar a la agencia de detectives..." (folio 1.008), y que también se corresponde con la voluntad manifestada en sus testamentos, tanto por Augusto como Celestina , de preservar el haber hereditario, resultando muy difícil sostener que la decisión adoptada respondiera a la maquinación denunciada, y no a la preocupación, admisible o no, de los causantes, respecto al destino final de la mayor parte de sus bienes;"... no deseaba que las personas próximas de su entorno, en aquellos momentos, pudieran contraer matrimonio con ella para lucrarse a resultas de su herencia, al punto de que quería que se condicionara la situación de su nieta en régimen de separación de bienes y mantuviese dicha separación durante quince años..." (Folio 628).

SEXTO- Por lo que se refiere a las previas relaciones de los denunciados Aurelio y Salvador con los causantes, en su respectiva condición de Notario y Letrado, en su inicial denuncia el recurrente Andrés refiere que Aurelio "...era Notario habitual de D^a Celestina , de D. Augusto y de la mercantil " Celestina , S.A." ante él constituida y cuyo objeto social es la actividad inmobiliaria. En conjunto, los causantes y la mercantil citada otorgaron escrituras en la Notaría del denunciado por importe superior a SIETE MIL MILLONES DE PESETAS (7.000.000.000- Ptas)..." (Folio 5), datos que constan en la certificación expedida por Leonardo el día 10 de septiembre de 2.001 (Folios 54 a 62). La plena relación de confianza de Augusto y Celestina con los denunciados es también admitida por la otra recurrente, "... la confianza depositada por doña Celestina y su hijo don Augusto en don Salvador era total. No menos que la que tenían en don Aurelio "su notario", hasta el punto de ser a él al que se le consultaban todas las cuestiones familiares, incluidas, por supuesto, las económicas y financieras..." (Folio 332); "... los testadores, don Augusto y su madre doña Celestina , encomiendan a los querellados, dos personas de toda confianza, don Aurelio y don Salvador , la administración del tercio de libre disposición de las herencias yacentes durante quince años..." (Folio 344 bis).

No deja de ser significativo que respecto a los testamentos incorporados a la actuaciones, el Letrado Salvador aparece designado en todos ellos, y por tanto desde el año 1995, como albacea, administrador y contador-partidor, y el Notario Aurelio como albacea y administrador en los otorgados en 1.996 y 1.999 por Augusto , no resultando por otro lado ilógica la explicación ofrecida respecto a la aceptación por primera vez de su nombramiento en el otorgado por Celestina en 1.999, que la justifica en el deseo de la causante, ante la edad avanzada de Leonardo , que en esa fecha era muy próxima a los 74 años , y dejar también fuera a su hijo Augusto que no mantenía buenas relaciones con sus sobrinos, "... no tenía la dicente buena relación con su tío..." (Folio 1.004).

Pero es que además esta previa relación de confianza en cuanto al encargo de gestiones por los causantes, es también predicable respecto al menos a otro profesional al que los recurrentes vinculan con los actos de apropiación denunciados, como Pedro Jesús , socio de la entidad Guitea Asesores de Empresas S.L, "... conocía a Pedro Jesús como asesor fiscal de su abuela..." (Folio 1.004), "... en vida de Dña Celestina y de D. Augusto el Sr. Salvador y el Sr. Pedro Jesús fueron asesores jurídico y fiscal respectivamente tanto de ellos como de la sociedad..." (Folio 1.008).

SÉPTIMO- En cuanto a los concretos actos de apropiación son dos las modalidades de apropiación denunciadas. Bien de forma directa, por haber percibido el Letrado Salvador honorarios de forma indebida, o bien por derivar ambos albaceas y administradores, Salvador y Aurelio , gestiones relativas a las herencias a personas de su entorno familiar y profesional en perjuicio de los bienes de las mismas.

Respecto a los primeros se imputa el libramiento por parte de Salvador de dos facturas el 3 de mayo de mayo de 2.000, una por importe de 16.168 euros, contra la herencia de Celestina , por "...oposición recurso de alzada del director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la A.E.A.T. contra la resolución T.E.A.R. de Andalucía en expediente 41/000 12/97 y 41/000 13/97: Base 105.420.633; norma 107.1. (Folio 390), y otra



por importe de 1.006,34 euros, contra la herencia de Augusto , por "...reclamación económico administrativa. Liquidación provisional I.R.P.F. 1991. Base 18298801; norma 122.1...". (Folio 391).

Ya se ha mencionado la vinculación de Salvador con el asesoramiento fiscal y jurídico de los causantes, resultando especialmente significativo el documento remitido por el Letrado de la recurrente D. Vicente Hornillos, "... te acompaño copia del Recurso de Alzada interpuesto por la A.E.A.T contra la resolución favorable a D^a Celestina por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía en el Asunto de la Venta Guinness- Cruzcampo. Elena ha dado instrucciones a los mismos Abogados que obtuvieron la resolución favorable que lo contesten..." (Folio 640 Tomo II).

La propia recurrente admite que "... es cierto que el Sr. Hornillos era su abogado, y unas veces él y otras la dicente directamente se entendían con los albaceas..." (Folio 1.003). Sostener ahora que "...no es cierto que diera esas instrucciones... nunca las dio y en su momento desautorizó al Sr. Hornillos... cuando se enteró del cruce de comunicaciones escritas entre el Sr. Hornillos y los albaceas así como los profesionales que realizaban trabajos jurídicos y fiscales pidió al Sr. Hornillos que se abstuviera de librar comunicaciones sin su previo conocimiento...", no se corresponde con lo actuado, pues no sólo es difícil que su Letrado actuara por propia iniciativa, y menos contraviniendo sus indicaciones, sino que tampoco existe constancia fehaciente de que ese desacuerdo íntimo trascendiera a los denunciados y a los profesionales a los que éstos ya les habían encomendado las correspondientes gestiones, "... no recuerda cuando mostró su oposición al Sr Hornillos... no tuvo confianza en éstos profesionales y además considera que no era necesario continuar en el tiempo los litigios contra la Agencia Tributaria y era más favorable haberlo pagado... no ordenó a su abogado que comunicara su postura a los albaceas ni a los abogados aunque si hizo ver su opinión al Sr. Hornillos..." (Folio 1.003). La afirmación de que "... sabe que por parte de Carmen Delgado Barea S.A. y con cargo a un crédito que ostentaban los causantes frente a la sociedad se hicieron pagos de servicios jurídicos y fiscales a los querellados y a sus sociedades... sin embargo no conoció éstos pagos al tiempo de producirse...", resulta más que cuestionable dada la posición que ostentaba la recurrente en la referida entidad como Consejera Delegada, asistida de un Letrado de su libre elección que mantuvo una estrecha relación profesional con el albacea Salvador (Folios 665 a 672).

Por lo que se refiere a las gestiones encomendadas a la entidad "Forimprofit S.L., siendo cierto lo referido por los recurrentes respecto a la constitución de la misma el 18 de octubre del año 2.000 ante el Notario Aurelio ; domicilio social, en la calle Puente y Pellón número 4, que hasta fechas recientes fue sede del despacho profesional de Salvador ; socios, uno de ellos Ismael , hermano de Salvador , y Natalia ; cargos, Salvador como administrador único de la sociedad; y que existe coincidencia de su objeto social con el de la entidad Carmen Delgado Barea (Folios 176 a 178), lo relevante será determinar si los estudios y trabajos jurídicos que se facturaron responden a la realidad, si se hicieron con asentimiento, o conociéndose al menos sin contradicción, de los interesados en el haber hereditario, y en beneficio de este.

Como concretos actos de apropiación se refieren la facturación el día 31 de enero de 2.001 de 20.457,61 euros, con cargo a la herencia de Augusto , "... provisión fondos para atender honorarios y gastos devengados por las gestiones realizadas por el contador partidario Salvador ..." (Folio 392), y ese mismo día otra por importe 20.915,22 euros, con cargo a la herencia de Celestina , "... provisión fondos para atender honorarios y gastos devengados por las gestiones realizadas por el contador partidario Salvador ..." (Folio 393). Así también se alude a una facturación de 3.000 euros en el mes de mayo de 2.002, "... interposición recurso contencioso administrativo..."; otra por importe de 8.980 euros en el mes de julio de 2.002, "... interposición de un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional..."; por importe de 14.046 euros el día 20 de noviembre de 2.002, "... presentación de recurso ordinario de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central..."; y facturas de importe no determinado en el mes de agosto de 2.002, "... interposiciones de reclamaciones y, en su caso, ante el Tribunal Económico Administrativo...". (Folios 338 y 339).

Pues bien, frente a lo expuesto constan incorporada a las actuaciones la relación de los recursos elaborados por la entidad Forimprofit, hasta quince (Folios 893 y 894), que hay que entender en beneficio de la herencia al no constar la futilidad de los mismos, y más concretamente, respecto a las facturas antes mencionadas, otra relación incorporada por escrito de 12 de diciembre de 2.005 (Folios 1.012 a 1.018) en las que se ofrecen explicaciones detalladas respecto a las gestiones efectuadas de cuestiones que se prolongan en el tiempo, incluso con anterioridad al fallecimiento de los causantes, con intervención de los profesionales que conocían los antecedentes.

Acreditada pues la realidad de lo encargos, queda por determinar si se hicieron con asentimiento, o conociéndose al menos sin contradicción, de los interesados en el haber hereditario, y en beneficio de esta. Y en este sentido, a la vista de la documentación aportada, debemos hacer nuestra la argumentación del Juez a quo, en el sentido que "... estos pagos venían a remunerar un trabajo profesional realizado por encargo de los herederos...no fueron actuaciones jurídicas superfluas ni fútiles, y fueron remunerados en cuantía acorde





a las normas orientativas de honorarios aprobadas por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Sevilla ..." (Folio 1.036). Forzoso es recordar lo antes expuesto sobre la privilegiada situación de la recurrente en la entidad Celestina , Consejera Delegada, y la acreditada intervención del Letrado de su libre elección en la defensa de sus intereses, y lo referido por Leonardo , "... en vida de Dña Celestina y de d. Augusto el Sr. Salvador y el Sr. Pedro Jesús fueron asesores jurídico y fiscal respectivamente tanto de ellos como de la sociedad. A la muerte de Dña Celestina no se plantearon sustituir a éstos señores ni prescindir de su asesoramiento. Simplemente continuaron hasta que pasados dos meses el Sr. Ismael renunció a continuar con su actividad de asesoramiento. Entonces se decidió encomendar a D. Vicente Hornillos el asesoramiento de la sociedad. La sociedad no encargó según cree ningún trabajo a los querellados tras la muerte de Dña Celestina . Es cierto que pagó las facturas por minutas de honorarios devengados por los Srs Salvador y Pedro Jesús en su asesoramiento a la sociedad y en asuntos de la herencia tras la muerte de Dña Celestina pero consultó todos los pagos antes de realizarlos con Dña Elena y ella dijo que si que había que pagarlos se pagaban. También comentó los pagos con el Sr Hornillos y no se opuso a que se pagaran. Todos los pagos que realizó fueron decididos en vida por el hijo de Dña. Celestina , que era consejero delegado, después por la propia Dña. Celestina muerto aquél, y finalmente por Dña. Elena cuando fue consejera delegada... reconoce su firma y letra en menciones junto a las firmas de los documentos 180, 181, 182, 183, 209, 210, 211, 213, 641, 642, 643, 684... es cierto que conocía que existió un acuerdo entre D. Augusto de un lado y los Srs Salvador y Pedro Jesús de otro para que estos facturaran por debajo de sus normas de honorarios y cobraran idéntica cantidad por el asunto en cuestión en el que se hacían precisos trabajos de asesoramiento tanto jurídico como fiscal... de ese documento obrante al folio 684, dio conocimiento a Dña Elena ..." (Folio 1.008).

En cuanto a la entidad "Guitea, Asesores de Empresas S.L.", al igual que antes se ha mencionado, siendo ciertos los datos referidos por los recurrentes respecto a su constitución, el día 11 de enero del año 2.001 ante el Notario Don Joaquín Serrano Valverde, como sustituto de su compañero Don Aurelio .(Folio 399); domicilio social, en la calle Puente y Pellón número 4, que hasta fechas recientes fue sede del despacho profesional de Salvador ; socios, Pedro Jesús , concuñado de Salvador , Bernardo y Natalia ; y objeto social, similar al de Forimprofit S.L. y Carmen Delgado Barea S.A., lo relevante será también determinar si los estudios y trabajos jurídicos que se facturaron responden a la realidad, y se hicieron con asentimiento, o conociéndose al menos sin contradicción, de los interesados en el haber hereditario, y en beneficio de éste.

Como concretos actos de apropiación se refieren la facturación el día 3 de mayo de 2.000, lo que debe ser un error al constituirse la sociedad en el año 2.001, por importe de 2.690.155 pesetas contra la herencia de Celestina , "... asesoramiento recurso de alzada del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la A.E.A.T. contra resolución T.E.A. R. d Andalucía en Expediente 41/000 12/97 y 41/000 13/97; y el día 15 de enero de 2001 por importe de 6.822.930 pesetas, contra la herencia de Celestina Concepto "... 75% Honorarios profesionales Reclamación Económico administrativa...". De nuevo debe de tenerse en cuenta la documentación aportada al objeto de tener por acreditada la realidad de los trabajos encomendados, y lo también referido respecto a la duplicidad en el pago en virtud del acuerdo existente entre Augusto y Salvador y Pedro Jesús , resultando significativo respecto a este acuerdo el documento fechado el día 16 de octubre de 2.000 remitido a la entidad Carmen Delgado Barea "... según el acuerdo alcanzado en su momento, con D. Augusto , referente a las actuaciones profesionales realizadas por el que suscribe conjuntamente con el letrado D. Salvador ... le reiteramos que el compromiso pactado fue abonar por dicho concepto el mismo importe que el minutado por el referido Letrado..." (Folio 877).

Pues bien, acreditada la existencia de los servicios profesionales efectuados en beneficio de las herencias que, también hay que decirlo, no consta que hayan sido cuestionados por el otro heredero Eloy , no puede entenderse que tenga relevancia penal la decisión de los albaceas de afrontar algunas de las facturas derivadas de los mismos con cargo a una parte del haber hereditario, sin perjuicio de las explicaciones que puedan ser exigidas en la correspondiente rendición de cuentas.

En atención a lo expuesto no podemos sino asumir la conclusión, antes mencionada, a la que ha llegado el Instructor, en el sentido de la inexistencia de indicios de que el denunciado Aurelio , en su condición de Notario, albacea y administrador de la herencia, se haya procurado, en los términos exigidos en los tipos penales imputados, una participación económica en los negocios y actividades propias de la actividad encomendada, al igual que el otro denunciado el Letrado Salvador en su condición de albacea y contador partidor, lo que permite descartar también en ambos conductas de apropiación por personas interpuestas, no siendo suficiente el que para algunas de las gestiones hayan acudido, entre otras, a personas de su confianza, incluso de su entorno personal, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a los recurrentes a interesar la correspondiente rendición de cuentas.

En conclusión, los encargos profesionales cuestionados aparecen como continuación de recursos o asesoramientos jurídicos iniciados en vida de los causantes por los profesionales a los que se encomiendan,





por lo que no concurrirían en ellos las notas características de las conductas sancionadas en el artículo 443 del Código Penal , y la realidad de las gestiones o trabajos profesionales facturados hace que tampoco pueda hablarse de apropiación indebida incardinable en el artículo 252 del mismo Código .

OCTAVO- No existen motivos de temeridad o mala fe para la imposición de las costas de esta alzada a los recurrentes.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Por cuanto antecede LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por la representación de DÑA. Elena , y la representación de D. Andrés , DÑA. Elena Y Gerardo . contra auto de fecha 31 de Enero de 2.006 y el desestimatorio de la reforma de fecha 21 de Junio de 2.006 dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 4 DE SEVILLA, D.P. 7716/03 y CONFIRMAR dichas resoluciones, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución para su ejecución.

Así, por este nuestro Auto, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.Doy fé.

