

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066872

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 779/2023, de 18 de octubre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 6767/2021

**SUMARIO:****Derecho a la defensa letrada. Alegación de indefensión. Sentarse junto abogado. Declaración del acusado en último lugar. Declaración del acusado. Incongruencia omisiva. Derecho a un juez imparcial.**

Se denuncia infracción de precepto constitucional, al haber impedido el tribunal que el acusado contribuyera a su propia defensa, no permitiéndosele sentarse junto a su letrado, ni declarar en último lugar, con infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

La posición de la persona acusada en la sala de Justicia debería ser aquella que, por un lado, le permita el contacto defensivo con su letrado en los términos reclamados por el sistema convencional y, por otro, le posibilite reconocerse y ser reconocido como una persona que goza con plenitud del derecho a la presunción de inocencia, que comporta el derecho a ser tratado como inocente. No puede apreciarse la nulidad postulada, por cuanto con independencia de que se trate de un derecho que puede pedir la parte para consultar cualquier cuestión el letrado a su cliente acusado, ello no impide que si se hubiera dado el caso hubiera podido interesar el letrado del Tribunal que le hubiera permitido realizar cualquier consulta el letrado al acusado, si no estaba cerca de él en estrados como interesó. No consta dato concreto, incidencia o pregunta que se le quiso hacer y no se hizo por prohibición expresa, más allá del mero alegato de la formalidad de haberse denegado la petición general de ubicación en estrados, que por sí mismo no puede conllevar la nulidad del juicio. Para ello sería preciso alegar y probar en qué medida se perjudicó en el caso concreto el ejercicio del derecho de defensa ni la necesidad de esa proximidad.

Inexistencia de impedimento alguno para acordar, con carácter general o cuando así lo solicitara la defensa, reservar la declaración del acusado al momento posterior a la práctica del resto de la prueba, pero evidentemente la decisión del presidente del Tribunal, acordando proceder, de acuerdo con la regla general contemplada en la LECRim. norma, de ningún modo podría considerarse contraria a la misma ni, con carácter general al menos, limitativa del derecho de defensa del acusado. Tampoco la parte ha sido capaz, ni en el marco de su recurso de apelación que se rechaza el alegato porque no se determina en que se le ha producido indefensión.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 132, 252, 290, 291 y 293.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 161, 467, 471, 472, 585, 589, 591, 597, 683, 701, 708, 709, 732, 738, 786, 788 y 850.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 267.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, art. 6.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.1.

Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948, art. 10.

**PONENTE:***Doña Susana Polo García.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 779/2023

Fecha de sentencia: 18/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6767/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/10/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6767/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D.<sup>a</sup> Susana Polo García  
D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 18 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto recurso de casación nº 6.767/2021, interpuesto por las representaciones procesales de D. Nemesio, representado por el procurador D. José Antonio Hernández Gómez, bajo la dirección letrada de D. Tarsicio Arroyo Fuentes, y por D. Pablo, representado por el procurador D. José Antonio Hernández Gómez, bajo la dirección letrada de D. Julio Gómez Esteban, contra Sentencia nº 48/2021, de fecha 9 de Noviembre de 2021 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación penal nº 40/2021, por delitos societarios del artículo 293 del C.P., falsedad en documento mercantil, administración desleal y apropiación indebida.

Ha sido parte recurrida D. Rodrigo y D.<sup>a</sup> María Milagros, representados ambos por el procurador D. Enrique Ocampo Marcos, y defendidos por D. Jaime Alberto Vega San Martín.

Interviene el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Naval Moral de la Mata, instruyó el Procedimiento Abreviado nº 152/2017, por delitos societarios del artículo 293 del C.P., falsedad en documento mercantil, administración desleal y apropiación indebida, contra Nemesio y Pablo, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Abreviado nº 4/2021, cuya Sección dictó sentencia nº 174/2021, en fecha 22 de junio de 2021, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"A.-) Se declara probado que efectivamente el acusado Pablo, sin antecedentes penales, constituyó mediante Escritura Pública de fecha 26/9/2000, la sociedad mercantil de responsabilidad limitada laboral "Sendabus S.L.L.", junto con los también socios, Adoracion, María Milagros, Rodrigo y Jose Antonio.

Como administrador único de dicha entidad mercantil fue nombrado el acusado Pablo, a la vez que se estableció el domicilio social en la C/La Huerta nº 7 de la localidad de Robledillo de la Vera y siendo su objeto social "el transporte público de viajeros y mercancías en general por carretera, tanto por servicio regular como por servicio discrecional con vehículos propios o alquilados, pudiendo establecer para ello estaciones de autobuses, mercancías y agencias".

B)-Desde el inicio de la explotación mercantil en dicha empresa (año 2000) y con la confianza de los demás socios, el acusado Pablo desempeñó el cargo de administrador de derecho (y único) hasta el día 23/7/2012, momento en el que se nombraron administradores solidarios de "Sendabus SLL" tanto a Pablo como al otro acusado y también hijo, Nemesio, mayor de edad penal y sin antecedentes penales. Ahora bien y para ese cambio del órgano de administración de la mercantil, el acusado Pablo actuando en la condición de administrador de hecho hizo constar la celebración de una Junta General Extraordinaria Universal, con asistencia de todos los socios y, en la que por unanimidad de los reunidos y firmada por todos los socios, se efectuaba dicho cambio. La citada junta General Extraordinaria se elevó a Escritura pública de fecha 24/7/2012, sin que ella hubiera tenido lugar en los términos en que se hizo constar en dicha escritura pública sin que los socios querellantes hubieran sido llamados, ni asistido a la misma, a la vez que tampoco en ningún momento informados ni de hecho ni legalmente de su celebración por los acusados.

Desde la puntual fecha (23/7/2012) y en los términos expuestos, los acusados han venido desempeñando solidariamente dicho cargo hasta el día 13/1/2017 en que se inscribe en el Registro Mercantil de Cáceres, el cese en dicho cargo del acusado Nemesio.

Durante dicho periodo de explotación de la empresa, los dos acusados no han remitido a los socios - querellantes ninguna información sobre la explotación y resultado económico del negocio de transporte; negándoles toda información que los mismos le solicitaban a través de sus representantes legales, a la vez que tampoco les han permitido participación alguna en la gestión de dicho negocio. Nunca fueron convocados por los acusados en su condición de administradores solidarios a las Juntas Universales de 30 de junio de los años anteriores al 2012, pese a hacer constar que todos los socios habían sido convocados a las respectivas Juntas, que habían asistido y que, por unanimidad de los reunidos se habían aprobado las distintas cuentas anuales, cuando ello nunca fue ni ocurrió así.

Los socios querellantes no fueron convocados por los acusados Pablo y Nemesio, en su condición de administradores solidarios de la citada sociedad, a la Junta General extraordinaria de 23/7/2012 ni a las correspondientes Juntas Generales Ordinarias que correspondía celebrar durante los años o ejercicios posteriores para la aprobación de las cuentas anuales. Si bien, con anterioridad a esos periodos y cuando era administrador único de "Sendabus S.L.L." ,el acusado Pablo, tampoco les convocaba a junta alguna ni se levantaba acta de las mismas, pero entonces todos los que eran socios e inclusive los hoy querellantes Rodrigo y María Milagros estaban de acuerdo y todos consintieron en la no celebración de las correspondientes Juntas Generales(ordinarias y extraordinarias)en debida forma por la confianza personal existente entre todos, así como por la relación familiar que les unía.

C)- La situación de confianza y familiar entre los socios, sin embargo cambia y, aproximadamente a partir de la primera fecha antes indicada (mes de julio del año 2012)se rompe, comienzan las discrepancias entre los socios querellantes y los acusados Pablo y Nemesio en su condición de administradores solidarios omiten y no convocan a los socios querellantes a ninguna Junta General ordinaria ni extraordinaria a partir de ese momento, a la vez que durante los periodos posteriores de explotación tampoco les han dado información sobre la explotación y resultado económico del negocio de transporte de la mercantil.

Y así ocurriendo que, con fecha 29/12/2015, los socios querellantes requirieron notarialmente al acusado Pablo en su condición de administrador de la sociedad "Sendabus S.L.L.", (dado que formalmente no les constaba el nombramiento del otro acusado Nemesio como administrador solidario) para que convocara Junta General Extraordinaria a los fines que constan en dicho instrumento público o notarial. El acusado convocó la Junta para el día 26/2/2016 y la misma acabó celebrándose el día 4/3/2016.Si bien y con carácter previo a la misma los querellantes notarialmente habían requerido información societaria consistente en: informe completo del estado de

la sociedad, contratos vigentes y extinguidos, inventario de bienes, libros diario y mayor, libro de ruta, facturas y demás documentos al respecto. Y ello, no fue atendido, no les fueron remitidos en su totalidad los documentos interesados y en el propio acto de la Junta pedidos los que faltaban o no entregados, los acusados y asistentes ambos en calidad de administradores solidarios, les denegaron nuevamente completar la información pedida.

El acusado Pablo convocó Junta General Ordinaria de la empresa para el día 30/6/2016 con el objeto de aprobar las cuentas del ejercicio del año 2015 de "Sendabus S.L.L.". Y con carácter previo a la misma, el día 24/6/2016, los socios querellantes requirieron notarialmente a los acusados información societaria consistente: en informe completo del estado de la sociedad, contratos vigentes y extinguidos; inventario de bienes; libros diario y mayor; libros de ruta; facturas y demás documentos al respecto, pero esas documentales tampoco les fueron remitidos en integridad por los acusados. Si bien, la Junta se celebra finalmente el 26/7/2016, presidiéndola en ese caso el acusado Nemesio y en la misma se les vuelve a denegar la información completa antes solicitada.

D)- Un poco más adelante y tras el requerimiento notarial por los socios querellantes de información y documentación de la entidad en fecha 14/6/2017, el acusado Pablo convocó Junta General ordinaria para el día 30/6/2017 con el objeto de aprobar las cuentas anuales del ejercicio correspondiente al año 2016 de "Sendabus S.L.L.", Pero y aun, cuando con anterioridad (el precitado día 14/6/2017), los socios querellantes igualmente les habían requerido notarialmente información y documentación societaria respecto al orden del día de la misma, tampoco se les proporcionó en su totalidad y en el acto de celebración de la Junta, la misma se mantuvo incompleta y además se les negó información en varios puntos relacionados con la explotación de la empresa ,bajo la alegación de que no correspondía darla, dado que no entraba en el orden del día.

E).-Con aquiescencia y conocimiento del acusado Pablo en su condición de administrador solidario de "Sendabus S.L.L.",el otro acusado y siendo igualmente administrador solidario de la misma, Nemesio en fecha 8/7/2016 pasó a ser nombrado en la entidad mercantil "Autocares Juárez S.L." administrador solidario junto con su esposa, la Sra. Estrella, cargo que se inscribió en el registro mercantil de Cáceres en fecha 26/8/2016. La actividad u objeto social de la citada empresa era "el transporte urbano y suburbano de pasajeros y mercancías en general ,tanto por servicio regular como discrecional ,con vehículos propios o alquilados" coincidente con el propio de Sendabus S.L.L." y en el cargo de administrador solidario de Sendabús S.L.L.,se mantuvo hasta el día 18/10/2016, si bien su cese no se inscribió en el Registro Mercantil hasta el 13/1/2017.

Durante dicho periodo los acusados Pablo y Nemesio hicieron uso indistinto de las instalaciones de Sendabús S.L.L., para uso propio de las necesidades de "Autocares Juárez S.L.", Así, los autobuses de esta última eran aparcados en las cocheras de Jaraíz de la Vera alquiladas a Sendabus S.L.L. y, a su vez, los autobuses de Sendabus aparcados en las cocheras alquiladas por Autocares Juárez S.L., a una abuela de la esposa de Nemesio (si bien no consta acreditado pago alguno de alquiler )en Aldeanueva de la Vera y cuyos gastos de luz se pagaban por la entidad "Sendabus S.L.L.". E igualmente algunos trabajadores de Sendabus S.L.L., y el propio acusado Nemesio conducía tanto autobuses de Sendabus S.L.L como de Autocares Juárez S.L.". A la vez que hacían uso particular de bienes muebles de titularidad de Sendabús S.L.L. ,como de un teléfono móvil e incluso de sus dos vehículos taxi (de un Mercedes, modelo E-320 CDI con matrícula ....XGH y de un Toyota, modelo Verso, matrícula ....KYM ),los cuales eran usados principalmente por el acusado Sr. Pablo (él y en concreto, el vehículo Mercedes )y también por las respectivas esposas de los dos acusados en sus necesidades diarias, cotidianas y no destinándolos a las propias que le correspondían en la actividad empresarial(transporte de viajeros).

Así, como cargando a cuenta de "Sendabus S.L.L." las cuotas a la seguridad social del régimen de autónomo y correspondientes, en particular a Pablo, quien se beneficiaba y lógicamente perjudicaba económicamente a la citada entidad mercantil, pues se detraían unas cantidades económicas de la misma y ellas no empleadas o dedicadas a las finalidades propias que les correspondía en dicha mercantil. Por otra parte, los dos acusados habrían llevado una administración de las cuentas o de la contabilidad de "Sendabus S.L.L.", de forma irregular y anómala, no reflejando la situación real de la actividad de la entidad mercantil en los diferentes ejercicios económicos anuales y en concreto provocando que, en el ejercicio económico del año 2015, existiese un daño patrimonial para la misma evaluable en la cantidad de 326.523,10 euros."

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a cada uno de los acusados Pablo y a Nemesio como autores responsables de los delitos, ya definidos, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas siguientes:

-Por el delito societario del art.293 a la pena de NUEVE MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, en conformidad con el art. 53 cp.

-Por el delito societario continuado del art. 290 cp en concurso medial con el delito continuado de administración desleal del art. 252 en relación con el art.250.1.5º y 74 del cp , a las penas TRES AÑOS y SIETE MESES DE PRISIÓN con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para el cargo de administrador social durante el tiempo de la condena. Y a la pena de DIEZ MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 cp.

En conformidad con lo ya expuesto, se absuelve al acusado Pablo del delito de falsedad en documento mercantil.

Debiéndose abonar, en su caso, el tiempo que hayan estado o podido estar privados de libertad por esta causa.

Asimismo y en concepto de Responsabilidad civil, los dos acusados Pablo y Nemesio deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la entidad mercantil "Sendabus S.L.L." en la cantidad de 326.523,10 euros, más los intereses legales correspondientes

Las costas procesales de esta causa se imponen a los acusados por mitad.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por medio de escrito firmado por abogado y procurador, dentro de los diez días siguientes a la notificación.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución ( art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno ( art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución."

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Nemesio y por Pablo, dictándose sentencia nº 48/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en fecha 9 de noviembre de 2021, en procedimiento Rollo de Apelación penal 40/2021, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se aceptan los de la sentencia de instancia que se dan por reproducidos."

### **Cuarto.**

La Sala de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por Nemesio y por Pablo contra la sentencia dictada por la sección segunda de la AP de Cáceres de fecha 22 de junio de 2021, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS citada resolución, imponiendo las costas causadas en esta alzada a las partes recurrentes-condenadas por mitad, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado, dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución ( art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución."

### **Quinto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon los recursos de casación por las representaciones legales de los condenados, Nemesio y por Pablo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

#### **Sexto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

##### *Nemesio*

Motivo Primero. - Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación con la garantía de tutela judicial efectiva.

Motivo Segundo. - Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a ser informados de la acusación formulada contra el acusado y de los cambios relevantes en los hechos, con infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y un proceso con todas las garantías, al no haberse sustanciado el incidente de recusación del perito de la acusación particular, D. Damaso, y haber fundado la condena en la pericial realizada por el técnico.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, como consecuencia de la vulneración del derecho a un Juez imparcial, derivado del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 de la Constitución española), así como de la sentencia que lo resuelve.

Motivo Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al haber impedido que el acusado contribuyera en su propia defensa, derivado del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 de la Constitución española).

Motivo Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al haber impedido que el acusado prestase declaración en último lugar, derivado del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2º de la Constitución española).

Motivo Séptimo.- Por error en la valoración de la prueba, basado en los documentos que obran en autos, ex artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Octavo.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal.

Motivo Noveno.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 290 del Código Penal.

Motivo Décimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 293 del Código Penal.

Motivo Decimoprimer.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.5º del Código Penal que regula la atenuante de reparación del daño.

Motivo Decimosegundo.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 132º del Código Penal que regula el instituto de la prescripción.

##### *Pablo*

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación con la garantía de tutela judicial efectiva.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a ser informados de la acusación formulada contra el acusado y de los cambios relevantes en los hechos, con infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y un proceso con todas las garantías, al no haberse sustanciado el incidente de recusación del perito de la acusación particular, D. Damaso, y haber fundado la condena en la pericial realizada por el técnico.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, como consecuencia de la vulneración del derecho a un Juez imparcial, derivado del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 de la Constitución española), así como de la sentencia que lo resuelve.

Motivo Quinto.- Por error en la valoración de la prueba, basado en los documentos que obran en autos, ex artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal.

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 293 del Código Penal.

Motivo Octavo.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.5º del Código Penal que regula la atenuante de reparación del daño.

Motivo Noveno.- Por infracción de ley, por ministerio del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 132º del Código Penal que regula el instituto de la prescripción.

### **Séptimo.**

Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida solicito la íntegra impugnación de los motivos formalizados por los recurrentes; rogando su inadmisión o, en su día, su desestimación.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

### **Octavo.**

- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de octubre de 2023.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### *Recurso de Pablo*

#### **Primero.**

**1.1.** En el enunciado del primer motivo se alega infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación con la garantía de tutela judicial efectiva.

Ahora bien, del contenido del motivo se desprende que lo que realmente denuncia el recurrente es incongruencia omisiva, ya que expresamente dice que la sentencia de instancia no da respuesta a la petición formulada en el recurso de apelación consistente en denuncia del derecho a la presunción de inocencia por la parquedad argumentativa de la primera sentencia, por lo que al no hacer la sentencia referencia alguna al motivo de apelación, ello hace visible el vicio denunciado, solicitando se declare por ello la nulidad radical de la sentencia recurrida dictada por el TSJ de Extremadura.

**1.2.** Importa reproducir aquí las consideraciones que este Tribunal dejó efectuadas, entre muchas otras, en nuestra reciente sentencia número 804/2022, de 6 de octubre: "[P]odemos traer a colación, de nuestra STS 746/2022, de 21 de julio de 2022, el siguiente pasaje: "Respecto a la incongruencia omisiva, hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita, ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso ( STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3), que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para eso debe hacerse previamente uso del remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ que la jurisprudencia de esta Sala -por todas citamos la sentencia 648/2018, de 14 de diciembre- ha convertido en presupuesto insoslayable previo de un motivo por incongruencia omisiva".

**1.3.** En el supuesto, el recurrente no ha hecho uso del remedio procesal al que se refiere el art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones que ello supone, pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo "...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas."

A lo anterior debemos añadir que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso, y de la lectura de los distintos razonamientos de la sentencia recurrida al dar respuesta a otros motivos planteados, se desprende implícitamente la desestimación de la alegación formulada por el apelante, en concreto, como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal, cuando se analiza la invocada parcialidad de uno de los peritos o el error en las conclusiones de ese perito en relación con la cuantía del perjuicio causado a la entidad por los acusados-.

El motivo se desestima.

## **Segundo.**

**2.1.** En el segundo motivo se denuncia infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a ser informados de la acusación formulada contra el acusado y de los cambios relevantes en los hechos, con infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 118 de la Ley de la Enjuiciamiento Criminal.

En el desarrollo se indica que no ha respetado el Tribunal enjuiciador, ni el que resuelve la alzada previa, el contenido del Auto de Transformación en Procedimiento Abreviado como objeto delimitador de los hechos a enjuiciar. Se afirma que, si se compara el tenor del Auto de 5 de febrero de 2020, con los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones pública y particular, se advierte que existe una manifiesta falta de congruencia entre los mismos en lo que tiene que ver con el resultado fáctico, que es lo relevante a efectos de la pretensión que contiene el presente motivo. Esa extralimitación finalmente se ha visto plasmada en la sentencia del Tribunal de Instancia y ratificada por el autonómico, lo que ha provocado indefensión al acusado, al encontrarse ante una acusación sorpresiva de la que no pudo defenderse.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres y el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura -lo que resulta relevante a estos efectos casacionales -se apartan de esta interpretación y añaden en el apartado de Hechos Probados una serie de resultandos fácticos que consideran probados, pero que desbordan el contenido que se había fijado en el Auto de prosecución.

**2.2.** Hemos dicho en sentencia 111/2022, de 9 de febrero, que: "Qué haya de entenderse por "determinación de hechos punibles" ( artículo 779.1. 4º LECrim), obliga a tomar en consideración el sentido y finalidad de tal acto procesal, acto dirigido a delimitar los hechos que han de ser objeto de enjuiciamiento, pero carente de finalidad acusatoria, tarea reservada a las acusaciones. Como dice, la STS 467/2018, la expresión "hechos punibles" ha de tener el contenido fáctico que al expresado precepto -art. 779- 1-4º- ha querido conferir el legislador y no puede ser otro que una relación sucinta de hechos, al modo como el auto de procesamiento configura el ordinario (art. 384).

Resulta obligado precisar que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas ( STS 430/2023, de 1 de junio). Sobre éstas y no sobre las provisionales ha de resolver la sentencia. La fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría de sentido a los artículos 732 y 793.7 (ahora art. 788.4) de la LECrim y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral ( SSTC 12/1981 de 10 de abril; 20/1987 de 19 de febrero; 91/1989 de 16 de mayo y 284/2001 de 28 de febrero). Por tanto, ni el procesamiento, ni tampoco el auto de conclusión de la instrucción en el procedimiento abreviado vinculan de manera absoluta al Tribunal sentenciador ( SSTS de 7 de septiembre de 1989; 1273/1991 de 9 de junio; 2.222/1992



de 30 de junio; 2389/1992, 11 de noviembre; 490/1994 de 14 de febrero; 1/98 de 12.1 y STC 33/2003 de 13 de febrero).

**2.3.** En primer lugar, debemos apuntar que este recurrente no planteó en momento alguno que los términos en que se concretaron definitivamente las acusaciones contra el mismo sobrepasaran los límites fijados en el auto de acomodación, ni que añadieran sorpresivamente una nueva acusación, ni en las intervenciones previstas en el art. 786.2 de la LECrim, turno de alegaciones que abrió el tribunal, ni en el trámite de calificación definitiva del art. 788.3 de la ley procesal.

En estas circunstancias procesales no es procedente argumentar sobre la indefensión de los acusados, que conocieron y tuvieron puntual conocimiento de la acusación como apunta la sentencia de instancia. La irregularidad procesal derivada de la discordancia entre el auto de apertura de juicio oral y el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular, en ningún momento, generó indefensión a los acusados que en todo caso pudieron defenderse de las acusaciones contra ellos formuladas.

Además, la sentencia de instancia indica que los hechos del auto de PPA ya especificaban que se ocultaban las cuentas y el estado financiero de la empresa, no dando información a los socios, certificando la celebración de juntas ordinarias sin haberse producido, nombrando administradores que la junta de accionistas desconocía, que se falsearan las cuentas, lo que por sí mismo implica extralimitación de los administradores susceptible de causar perjuicio económico, que los querellantes habían fijado en su escrito inicial y sobre los que había declarado los investigados asistidos de letrado.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado, al carecer de viabilidad la desarmonía total denunciada entre los hechos recogidos en el auto de transformación y los que aparecieron en el escrito de conclusiones definitivas de las acusaciones.

Es exigible cierta congruencia entre aquel auto y los escritos de acusación, pero no un mimetismo absoluto, no una vinculación fuerte o rígida que impediría variar ni un ápice lo narrado (en relato que no tiene por qué descender a todos los detalles) en el auto de transformación. Esta idea salta a la vista perfectamente si se atiende a la funcionalidad de tal interlocutoria: supone la constatación de que existe fundamento para abrir el juicio oral porque hay indicios de unos hechos que revisten caracteres de delito. Su función no consiste en perfilar en sus últimos detalles los hechos, sino dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que en lo sustancial ha de ser respetado pero que puede ser objeto de matizaciones, modulación o transformaciones siempre que no supongan un cambio esencial del objeto procesal.

El motivo se desestima.

### **Tercero.**

**3.1.** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y un proceso con todas las garantías, al no haberse sustanciado el incidente de recusación del perito de la acusación particular, D. Damaso, y haber fundado la condena en la pericial realizada por el técnico.

Todo ello con base en la relación existente entre los querellantes y el citado Sr. Jose Antonio al haber intervenido este último como asesor de aquellos en numerosas juntas de Sendabus S.L.L, y en que tenía interés directo en el procedimiento, como ya se denunciaba en el Recurso de Apelación. A pesar de que se pusieron de manifiesto ante la Ilma. Sala los lazos que unían a los querellantes y al profesional -tanto en el incidente de recusación, como en la cuestión previa que se planteó-, la pericial que elaboró el Sr. Jose Antonio apuntala la sentencia condenatoria, constituyendo su base, como reconoce la dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

**3.2.** La sentencia de instancia rechaza la alegación ahora planteada con distintos argumentos. En primer término, refiere que el informe que este perito emitió se presentó con la querrela inicial, y de ello tuvo íntegro conocimiento la defensa porque tuvo acceso desde que fueron citados para declarar en calidad de investigados del contenido de la querrela, y de los documentos que a la misma se acompañaban, entre los que estaba el informe emitido por este perito. Nada en ese momento se alegó ni expuso en relación con el mismo, ni la participación que en la emisión de ese informe tenía. Es cierto que el art 467 LECrim se refiere a la recusación de un perito judicial, pero también lo es que, constando en ese momento inicial del procedimiento y conocidas por la defensa todas las cuestiones que posteriormente se expusieron para recusar al mismo, bien podían haberse puesto de manifiesto al juez de instrucción en ese primer momento. No es hasta que a este perito se le propone para que declare en tal cualidad para el acto del juicio oral cuando se presenta la recusación del mismo.

Por otro lado, con cita de jurisprudencia de esta Sala, concluye que es posible la recusación del perito dentro de los 3 días siguientes al de haberse dado traslado del escrito de conclusiones provisionales donde aparecía ese perito propuesto para que declarase en el juicio oral, podía ser objeto de recusación. Pero rechaza la alegación,

entre otras cosas, porque no fue hasta el inicio de las sesiones del juicio oral cuando pretendió alegar indefensión por no haberse tramitado esa recusación, motivo que ahora vuelve a plantear, interesando la nulidad por indefensión, pero que no puede tener acogida favorable por este Tribunal ya que la indefensión que se dice le produce por pérdida de imparcialidad del perito, la parte la conocía y sabía de ello cuando se presentó la querrela y se le dio traslado para su declaración inicial, obsérvese que todos los motivos o circunstancias que se recogen en el escrito de recusación, se refieren a cuestiones previas a la presentación de la querrela y que obraban en las actuaciones, y a pesar de ello, se esperó hasta que ese perito fue propuesto para oírlo en declaración.

Y, finalmente, concluye afirmando que, en todo caso, nos podríamos encontrar ante una infracción procesal, pero no ante una indefensión de la parte que conlleve la nulidad pretendida. La defensa conocía las conclusiones de ese informe y durante años, nada opuso a ello, el perito compareció al juicio oral, pudo ser interrogado por todas las partes, declaró a presencia del Tribunal que oyó sus razonamientos y de donde extrajo sus conclusiones, salvaguardando el principio de inmediación, es más, la defensa al inicio de las sesiones del juicio oral incorporó un informe económico sobre los mismos extremos sobre los que versaba el informe pericial del Sr. Jose Antonio emitido por el Sr. Marcelino, y también la acusación particular aportó otro informe pericial contable redactado por el Sr. Sebastián, y todos ellos, los tres peritos declararon conjuntamente, y todas las partes pudieron formular sus preguntas y contrarrestar las conclusiones de todos esos peritos. Todo ello permitió a la Sala descartar algún tipo de indefensión y por ello la nulidad pretendida.

**3.3.** Se afirma por el recurrente, que debería haberse tramitado la recusación porque no fue extemporánea, exponiendo, además el Sr. Jose Antonio tiene interés directo y particular en que se dicte una sentencia condenatoria, ya que desde antes de la interposición de la querrela trabajaba para los querellantes, por lo que se vería beneficiado directo o indirectamente si finalmente se recogía el perjuicio fijado por el mismo como responsabilidad civil tal y como ocurrió, por lo que interesa la nulidad de la sentencia y del juicio oral, o que se extraiga del acervo probatorio el citado informe.

El motivo no puede prosperar. Esta Sala Segunda tiene dicho con reiteración, que no se produce la pérdida de imparcialidad de los peritos por el solo hecho de pertenecer a un determinado organismo encargado de la tramitación de expedientes administrativos que preceden a la incoación del procedimiento penal, por haber sido encargados de la investigación judicial en fase de instrucción, o por tener relación con las partes, precisamente porque se trata de peritos de parte.

En efecto, la STS 636/2012, de 13 de julio, rechaza que afecte a la imparcialidad la relación de los peritos y las acusaciones al margen del procedimiento penal, señalando que: "se insiste, incluso para tal hipótesis, en que el motivo no es acogible, pese a que la defensa estima que los peritos que intervinieron en el acto de la vista oral reconocieron haber mantenido entrevistas previas con los representantes del Ministerio Fiscal y con los Letrados de las acusaciones, y que, según aquella defensa, ello habría supuesto una " ...contaminación de la prueba testifical-pericial, que produce una directa indefensión del acusado" y que debería determinar su nulidad, con la consiguiente expulsión del resultado de la misma, al haberse infringido los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías ( art. 24.1 de la CE). No se acoge el motivo porque el juicio de autoridad no se ha fundamentado por el órgano sentenciador a partir de esas entrevistas, desplazando el resultado probatorio ofrecido por los debates del juicio oral. Y, no solamente se descarta cualquier censura por esa práctica, denunciada por el recurrente, sino que se establece que: No parece que el modelo vigente excluya todo contacto previo entre el perito y la parte que lo propone.

De hecho, el art. 471 de la LECrim, autoriza a las partes a designar su propio perito, debiendo aportar en tal caso "... los comprobantes de tener la cualidad de tal perito la persona designada" ( art. 472 LECrim). Es evidente que la propuesta del propio perito presupone esos contactos previos, indispensables para concluir la idoneidad del candidato a elaborar el informe ofrecido por la parte. Si bien se mira, lo que sugiere la defensa es que esas entrevistas pudieron alimentar una relación extraprocesal entre el Fiscal, las partes acusadoras y los peritos informantes que habría actuado en detrimento de la imparcialidad de los técnicos que depusieron en el juicio oral. Sin embargo, si ese es el defecto al que el recurrente liga la nulidad de esas pruebas -la parcialidad de los peritos, el art. 467 de la LECrim otorga a los litigantes la posibilidad de activar el instrumento procesal encaminado a eliminar ese riesgo, que no es otro que la recusación. Y si lo que teme el recurrente es que el informe pericial pudo estar sesgado por la parcialidad, tiene a su alcance el ejercicio de las acciones penales previstas en nuestro sistema penal frente a aquellos peritos que "... faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen" ( art. 459 CP) o "... sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterasen con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que les fueran conocidos" ( art. 459 CP)".

Por su parte, la STS 586/2014, de 23 de julio, avanzando un paso más y con cita de la sentencia anterior, se muestra contundente en rechazar la comparativa de la función auxiliar a la jurisdiscente en términos de imparcialidad objetiva: Si lo que se pretende cuestionar es la imparcialidad del perito, no habría otra trascendencia, derivada de ello, que el reflejo que pudiera tener sobre la credibilidad de su informe. Lo que es ajeno a toda tacha dirigida hacia la validez del medio probatorio pericial.

Hemos dicho en la sentencia 436/2023, de 7 de junio, que la igualdad entre las partes constituye otro argumento deslegitimador del intento de vetar al perito colaborador con la acusación. Y es que la defensa puede libremente designar como perito a quien, eso sí, reuniendo las condiciones profesionales, sea de la más absoluta confianza de la parte acusada.

En fechas también recientes se pueden citar las SSTS 299/2019, de 18 de abril y 212/2021, de 10 de marzo. La primera contiene una interesante reflexión sobre la valoración de la prueba pericial que, en absoluto, puede depender del carácter corporativo o no del perito o de la condición de perito de parte. Así, señala: "Sobre esta relevante cuestión conviene destacar que en la valoración de la prueba pericial no pueden, ciertamente, aplicarse fórmulas minimalistas que tomen en cuenta solo las singularidades corporativas del perito y no el método o fiabilidad epistémica de las conclusiones alcanzadas. No es aceptable que se descarte el valor de la pericia propuesta por una parte del proceso porque concurran en el cuadro probatorio peritos oficiales y bajo el argumento exclusivo de la condición de funcionarios imparciales de estos últimos. La imparcialidad, que desde luego es un valor muy destacado de la función pericial, sin embargo, no asegura por sí misma la tecnicidad y racionalidad de las conclusiones ni las inmuniza de todo control crítico a la luz de otras periciales practicadas tal vez por peritos apriorísticamente menos imparciales, pero a lo mejor más solventes en el tema técnico- científico que constituye el objeto del dictamen. El simple escrutinio del origen profesional o la simple comparación cuantitativa de títulos académicos no puede resultar suficiente para otorgar o privar de valor a una conclusión pericial. Debiéndose recordar que, en todo caso, los peritos, con independencia de la parte que los haya propuesto, no son los jueces del caso. Su aportación técnica puede resultar decisiva, desde luego, para el proceso de toma de decisión, pero no pueden sustituir al tribunal en la misma. Sobre esta relevante cuestión conviene destacar que en la valoración de la prueba pericial no pueden, ciertamente, aplicarse fórmulas minimalistas que tomen en cuenta solo las singularidades corporativas del perito y no el método o fiabilidad epistémica de las conclusiones alcanzadas. No es aceptable que se descarte el valor de la pericia propuesta por una parte del proceso porque concurran en el cuadro probatorio peritos oficiales y bajo el argumento exclusivo de la condición de funcionarios imparciales de estos últimos. La imparcialidad, que desde luego es un valor muy destacado de la función pericial, sin embargo, no asegura por sí misma la tecnicidad y racionalidad de las conclusiones ni las inmuniza de todo control crítico a la luz de otras periciales practicadas tal vez por peritos apriorísticamente menos imparciales, pero a lo mejor más solventes en el tema técnico-científico que constituye el objeto del dictamen. El simple escrutinio del origen profesional o la simple comparación cuantitativa de títulos académicos no puede resultar suficiente para otorgar o privar de valor a una conclusión pericial. Debiéndose recordar que, en todo caso, los peritos, con independencia de la parte que los haya propuesto, no son los jueces del caso. Su aportación técnica puede resultar decisiva, desde luego, para el proceso de toma de decisión, pero no pueden sustituir al tribunal en la misma.

Los jueces no podemos renunciar a la valoración crítica de las opiniones periciales. Estas no pueden de forma automática sustituir a la convicción judicial. Son fuentes de información imprescindibles para la toma de decisión, pero entre el dato pericial y el dato que se declara probado hay, en ocasiones, un largo trecho que debe recorrerse bajo criterios de racionalidad a los que no pueden ser ajenas las máximas de experiencia común." .

En la segunda de las sentencias se reafirma la doctrina anterior, razonando que, la prueba pericial, no consiste en una cuestión de "credibilidad del perito", porque a los peritos no se les cree; se cree, o no, a los testigos, y respecto de los peritos, o los testigos-peritos, la función del tribunal respecto de ellos es la de valorar la explicación técnica.

En consecuencia, en este caso, al margen de que no se tramitó la recusación planteada en el escrito de defensa, lo cierto es que los peritos tienen la finalidad de ilustrar al Tribunal acerca de una serie de conocimientos específicos en una determinada materia, lo cual no invalida por sí mismo sus manifestaciones ni tiene por qué afectar a su imparcialidad. En todo caso, como perito se le toma juramento o promesa de decir verdad y de realizar la pericia según su saber y entender apercibiéndole de que en caso contrario podría cometer un delito contra la Administración de Justicia, y, sobre todo, es el Tribunal el que en la sentencia deberá valorar sus declaraciones en el juicio oral y si son o no incompatibles entre sí dada esta doble condición, dándosele el valor probatorio que se estime conveniente a sus declaraciones como perito experto en la materia que se propone.

El recurrente no explica en que consiste el interés directo del perito Sr. Jose Antonio, más allá de las relaciones con la acusación, y es lógico, como apunta el tribunal de instancia que, siendo informe de parte, e incorporando el mismo a la querrela, el perito tuvo que tener contactos previos con la acusación, para poder contratar los servicios encargados, como lo ha tenido que hacer el recurrente con sus propios peritos.

En definitiva, la defensa conocía las conclusiones del informe del Sr. Jose Antonio y durante años, nada opuso a ello, el perito compareció al juicio oral, pudo ser interrogado por todas las partes, declaró a presencia del Tribunal que oyó sus razonamientos, la defensa al inicio de las sesiones del juicio oral incorporó un informe económico sobre los mismos extremos sobre los que versaba el informe pericial del Sr. Jose Antonio emitido por el Sr. Marcelino, y también la acusación particular aportó otro informe, declarando conjuntamente todos los peritos, los que fueron interrogados por las partes, lo que excluye cualquier tipo de indefensión.

El motivo se desestima.

**Cuarto.**

**4.1.** El cuarto motivo se formula por infracción de precepto constitucional, como consecuencia de la vulneración del derecho a un Juez imparcial, derivado del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 de la Constitución española), así como de la sentencia que lo resuelve.

Se invoca la nulidad de la resolución combatida a la vista de la grabación del plenario ya que, por parte del Presidente del Tribunal, se emitieron una serie de afirmaciones que vienen a dejar en mal lugar la imparcialidad de la que los órganos judiciales tienen que hacer gala en cualquier procedimiento, y al margen por completo de consideraciones extraprocesales que no son ahora del caso respecto al modo de dirigirse a los profesionales del Derecho. El mismo actuó con un manifiesto prejuicio condenatorio que se hizo audible, por una parte, con su comportamiento y comentarios hacia el Letrado de la defensa desde el mismo comienzo del plenario, al plantearle éste como cuestión previa la posibilidad de un careo entre los peritos, la respuesta que ofreció el Magistrado es a todas luces impropio.

Citando como principales manifestaciones de esta parcialidad judicial, las siguientes: 1) Por parte del Ministerio Fiscal se solicitó a la Ilma. Sala que los acusados se ausentasen cuando declarasen los testigos que ejercían la acusación particular (vídeo 3, minuto: 1:29:51). A esa petición el Presidente manifestó: "el acusado puede no decir la verdad y por tanto este Tribunal lo que digan los acusados..."2) Durante el interrogatorio de D. Pablo, el Presidente interviene en la toma de declaración en los siguientes términos: "vamos a ver, quiero que las partes entiendan la relevancia que este Tribunal da al interrogatorio de los acusados... salvo que confiesen algo que les perjudica lógicamente la relevancia es muy poca".

**4.2.** Como hemos dicho en la reciente sentencia 92/2023, de 13 de febrero, la imparcialidad constituye un hábito intelectual y moral del Juez, que se concreta en la total ausencia de interés personal en el resultado del proceso, más allá de la satisfacción de la realización de la Justicia.

El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, y en el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ( artículo 14.1), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10).

El Tribunal Constitucional ha proclamado que el derecho a un Juez imparcial, aunque no aparezca expresamente aludido, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución ( STC 45/2006, de 13 de febrero) y constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, que condiciona su propia existencia pues, sin juez imparcial, no hay propiamente un proceso jurisdiccional ( STC 178/2014, de 3 de noviembre).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para establecer si un Tribunal puede ser considerado "independiente", hay que tener en cuenta, principalmente, el modo de designación y la duración del mandato de sus miembros, la existencia de protección contra las presiones exteriores y si hay o no apariencia de independencia ( STEDH, Findlay contra el Reino Unido, de 25 de febrero de 1997, ap. 73). El Tribunal señala, asimismo, que si lo que se trata de determinar es la "imparcialidad" de un Tribunal en el sentido del artículo 6.1 del Convenio Europeo, hay que tener en cuenta, no solamente la convicción personal del Juez en dicha ocasión (a saber, que ningún miembro del Tribunal tenga ningún prejuicio o tendencia), sino también, conforme a una diligencia objetiva, indagar si ofrecía las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima ( STEDH, Bulut contra Austria, de 22 de febrero de 1996, ap. 31 y Toman contra Suiza, de 10 de junio de 1996, ap. 30). Indica así que, desde el punto de vista objetivo, debe determinarse si existen hechos evaluables que puedan plantear dudas en cuanto a la imparcialidad de los tribunales, destacando en este sentido, que incluso las apariencias son importantes, pues lo que está en juego es la confianza de los ciudadanos en los tribunales y sobre todo de las partes en el proceso ( STEDH, Salov contra Ucrania, de 6 de septiembre de 2005, ap. 82). En todo caso, si bien contempla que cualquier decisión de carácter procesal adoptada por un Juez debe expresarse cuidadosamente al objeto de ser neutral y evitar cualquier injerencia en el principio de la presunción de inocencia que establece el artículo 6.2 del Convenio, destaca que ello no significa que el contenido de la decisión suponga que el Juez se convierta necesariamente en el aliado u oponente de ninguna de las partes ( SSTEDH Borgers contra Bélgica, de 30 de octubre de 1991, ap. 26 o Salov contra Ucrania, de 6 de septiembre de 2005, ap. 85).

La jurisprudencia de esta Sala se ha hecho eco de esta doctrina. Decíamos en nuestra Sentencia 53/2016, de 3 de febrero, que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad de quien juzga. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad como tercero ajeno a los intereses en litigio. Es por eso que el Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad. Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso ( STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez o tribunal no ha tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2). La necesidad de que el juez se mantenga alejado de los intereses en litigio y de las partes "supone, de un lado, que el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte, y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra", ( STC 38/2003, de 27 de febrero).

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que, aunque su visión de la cuestión es importante, no es, sin embargo, decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas ( STEDH de 25 septiembre de 2001, Caso Kizilöz contra Turquía; en la STEDH de 25 julio de 2002, Caso Perote Pellón contra España, y en la STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero contra España).

La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, decía lo siguiente: "Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas". Dice en su STC núm. 149/2013, de 9 de septiembre de 2013 que: "dentro del concepto de imparcialidad objetiva referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él" (por todas STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). Con tal condición se "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso" ( STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor" ( STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Es evidente que, en un Estado de Derecho, los Tribunales están organizados sobre la base de un criterio de ajencia a la causa y la imparcialidad se presume como regla de principio, por lo que es a la parte que alega su ausencia, a la que le corresponde acreditar la base fáctica que fundamenta su pretensión. En todo caso, contextualizando la actuación de Jueces y Presidentes de Tribunales, hemos recordado que si bien están obligados a adoptar una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso ( STC 130/2002, de 3 de junio), la neutralidad no equivale a pasividad, por lo que el juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad en los aspectos que tienen relevancia para la decisión judicial con la que debe concluir el proceso ( art 683 LECrim). Con este mismo objetivo de esclarecimiento, puede dirigir a los testigos las preguntas que estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren ( art. 708 de la LECRIM), extendiéndose esta iniciativa respecto de las declaraciones de acusados ( STS 780/2006, de 3 de julio). Y tienen también encomendado velar por que el juicio se desenvuelva con sujeción a los principios de igualdad entre las partes, la buena fe y con adecuada contradicción, lo que no sólo conduce a cuidar que no se formulen o contesten preguntas sugestivas o impertinentes, sino que los destinatarios comprendan su sentido, así como -si fuera preciso- el papel que ocupan tales interpelaciones en el interrogatorio y en el proceso, pues, al error capcioso, tanto puede conducir la formulación gramatical de la pregunta, como su ubicación de contexto ( arts. 709 y 850.4 LECRIM).

**4.3.** Ninguna de estas objeciones puede apreciarse en el caso. Analizados los instantes del enjuiciamiento que el recurso contempla como expresivos de las intromisiones del Presidente del Tribunal, hasta estimar que se ha excedido en su función de dirección de los debates y ha llegado a mostrar una pérdida sobrevenida de su neutralidad a favor de la defensa, no podemos sino concluir sobre la improcedencia del motivo.

Dijimos en nuestra sentencia 283/2023, de 20 de abril, con cita de la 721/2015, de 22 de octubre, que "Ha de recordarse que en un juicio oral de naturaleza criminal la labor presidencial no solo es muy relevante, sino que en ocasiones resulta muy compleja, como conocen perfectamente quienes han vivido prolongadamente esa experiencia; que el interrogatorio contradictorio en juicios difíciles como el ahora examinado puede llevar a situaciones muy tensas, que no resultan sencillas de controlar, y que en el ejercicio de su función los letrados pueden

en ocasiones realizar preguntas capciosas o sugestivas, que la Presidencia debe legalmente impedir, lo que le obliga a intervenir. En consecuencia, no pueden aislarse las intervenciones presidenciales del conjunto del debate para analizarlas microscópicamente y fuera de contexto, ni evaluarse su imparcialidad en función del número de intervenciones que la Presidencia realice respectivamente en los interrogatorios de la defensa o en los de las acusaciones, pues como enseña la experiencia las pautas de los interrogatorios son diferentes de unos Letrados a otros, y la forma de responder muy distinta en unos y en otros testigos, por lo que la actuación de quien dirige el debate también puede ser diferente respecto de unos u otros."

En definitiva, si bien es cierto que la imparcialidad del Tribunal y la tutela del derecho de defensa tienen una gran relevancia para garantizar un juicio con todas las garantías, también lo es que la Presidencia del Tribunal debe poder ejercitar su función de ordenación de los debates y tutela de los derechos de las partes con la libertad y autoridad necesaria para garantizar la buena marcha del juicio.

Es perfectamente entendible la necesidad de que el ejercicio de esas facultades no implique nunca la pérdida de la distancia que el Presidente del Tribunal ha de mantener respecto de la contienda inter partes, con el fin de preservar su imparcialidad. (...) La fijación de límites a esa excepcional facultad puesta al alcance, no solo del Presidente del tribunal, sino de cualquiera de los Magistrados que integran el órgano de enjuiciamiento, no es, desde luego, novedosa. De hecho, ha sido objeto de tratamiento -decíamos en la STS 459/2019, 14 de octubre - de copiosa jurisprudencia dictada por esta Sala y por el Tribunal Constitucional. En nuestra sentencia 28/2011, 26 de enero, apuntábamos que "... se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que solo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba (...) y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna. (...) Las facultades del Presidente han de ponerse al servicio del fin constitucional que les es propio, huyendo de cualquier gesto susceptible de ser interpretado como expresión de credulidad o incredulidad respecto de las respuestas del testigo o del perito".

La sentencia de instancia pone de relieve que el Presidente del tribunal hace manifestaciones que eran evitables y que resultan retóricas, referidas al Fiscal, pero también especialmente para el letrado de la acusación " para hacerle ver la sobreabundancia en el interrogatorio, si se consideraba que era reiterativo, o excesivo por las cuestiones que estaba planteando, que no tenían relación directa con los hechos objeto de enjuiciamiento, lo que hacía innecesaria esa apreciación. Dicho ello, también es cierto que, en primer lugar, al letrado que se le retira la palabra es precisamente al de la acusación particular, no al letrado defensor, y siempre dentro del decálogo general de que los acusados tienen derecho a no decir la verdad, o a no declarar sobre aquellas cuestiones que considere. Y para comprobar, además, que esas afirmaciones no pueden sacarse de contexto para detraer esa pérdida de imparcialidad, podemos comprobar que en la sentencia y en su fundamentación, se hace referencia a la declaración de los acusados, si bien poniéndolas en relación con otras pruebas, para llegar a conclusiones que el Tribunal consideró ajustadas ponderando todas las pruebas, también, las declaraciones de los acusados."

La citada intervención se realiza, por tanto, sin afectar en absoluto a la imparcialidad del Tribunal, y sin cercenar los derechos de la defensa puesto que su actitud más o menos acertada, actuando en el ejercicio de su obligación de ordenar el debate, fue igual para todas las partes, por lo que constatamos que no hay motivo alguno para apreciar la pérdida de imparcialidad denunciada por la defensa.

El motivo decae.

## Quinto.

**5.1.** En el quinto motivo se invoca error en la valoración de la prueba, basado en los documentos que obran en autos, ex artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al respecto se citan como documentos: 1. Informes periciales de D. Damaso, D. Sebastián y D. Rodrigo, de lo que se debe concluir que todo lo recogido en el informe pericial de D. Damaso se desvanece con las declaraciones de D. Jon y la pericia de D. Rodrigo. 2. Contrato de arrendamiento del local en el que Sendabus S.L.L., en ese documento se puede comprobar que es D. Pablo quien firma el alquiler del garaje, así como el precio que se pagará por él, por lo que no existe intervención del recurrente en ese negocio mercantil, por lo que no se le puede atribuir culpa de clase alguna, ni relación entre Sendabus y Autocares Juárez. 3. En el certificado de correos se advierte que la correspondencia de la mercantil Sendabus se enviaba a la calle Ángel Moreno Toledano nº 7, a petición de los propietarios de ese inmueble. 4. Recibos del pago de la electricidad y de obras que se habrían realizado en la calle Pinaredo, 2, de Aldeanueva de la Vera en relación a la mercantil Autocares Juárez, con la cuenta perteneciente a ésta.

**5.2.** Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 442/2021, de 25 de mayo, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que

se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo ( SSTS. 936/2006 de 10 de octubre y 778/2007 de 9 de octubre, entre otras muchas) viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que, en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad.

**5.3.** En el caso se cita, en primer término, como documento erróneamente valorado por el tribunal, los informes periciales de D. Damaso, D. Sebastián y D. Rodrigo. Indica el recurrente, que todo lo recogido en el informe pericial de D. Damaso se desvanece con las declaraciones de D. Jon y la pericia de D. Rodrigo.

Los informes periciales, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. Lo que sin duda no es el caso.

Por otro lado, se cita como prueba documental que acredita el error del juzgador, el contrato de arrendamiento del local de Sendabus S.L.L, que es firmado por el acusado Pablo, el certificado de correos se adviera que la correspondencia de la mercantil Sendabus se enviaba a la calle Ángel Moreno Toledano nº 7, y recibos del pago de la electricidad y de obras que se habrían realizado en la calle Pinaredo, 2, de Aldeanueva de la Vera en relación a la mercantil Autocares Juárez con su propia cuenta. En relación a los mismos, no se trata de documentos que prueben directamente y necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el denunciado error del tribunal de instancia, pues existen otros elementos probatorios de signo contrario tenidos en cuenta por la Sala cuando valora las pruebas practicadas, en especial, periciales practicadas para llegar a la conclusión de que los acusados habrían llevado una administración de las cuentas o de la contabilidad de Sendabus SLL, de forma irregular y anómala, provocando en el ejercicio económico del año 2015, un daño patrimonial evaluable en la cantidad de 326.523,10 euros; así como que el aquí recurrente cargó a cuenta de Sendabus SLL las cuotas de la seguridad social del régimen de autónomo.

El motivo decae.

#### **Sexto.**

**6.1.** En el motivo sexto se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal. Se denuncia la incorrecta aplicación del tipo de administración desleal, de acuerdo con el relato de hechos.

Se indica, entre otras cosas, que para la comprensión razonada de la procedencia de este Motivo es preciso partir de los déficits probatorios de los Informes periciales que determinan la cuantificación del daño económico que

se dice producido, remitiéndose de manera expresa ahora a cuanto se expuso infra acerca de estos concretos déficits.

Añadiendo que para que opere esta figura habría sido menester discriminar, con rigor, el perjuicio económico irrogado a la segunda mercantil mencionada, en una labor de concreción que no se observa ejecutada en el caso enjuiciado.

**6.2.** El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando el recurso de casación se formaliza por la vía del art. 849.1 de las LECrim, las alegaciones del recurrente -hemos dicho en una histórica e incesante jurisprudencia de cita prescindible- han de ajustarse a un ineludible presupuesto metodológico, que no es otro que la aceptación del relato de hechos probados proclamado en la instancia. El incumplimiento de este punto de partida, opera como causa de inadmisión que ahora se convierte en causa de desestimación (cfr. arts. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

**6.3.** Razona la sentencia de instancia, al resolver el recurso del Sr. Nemesio que el simultanear el cargo de administrador de dos sociedades con igual objeto social es obvio que constituye una de las acciones que encajan en la ilicitud descrita en el art 252 CP, no se trata tanto de que coincidiera dos meses de administrador, es que es socio de dos empresas que tienen el mismo objeto social, y además con el cargo de administrador en ambas, cargo que no compatibilizó dos meses, sino hasta enero de 2017 en que se inscribió en el registro, aunque lo menos importante sea el tiempo en sí en que perduró esa situación, sino que este acusado sabiendo que era administrador solidario de una sociedad, constituyó otra con el mismo objeto social junto a su esposa, aceptando desde el primer momento el cargo de administrador, también solidario, en esta segunda entidad, y desempeñando, actuando de hecho, como tal en ambas, ya que cuando presidió la junta de accionistas de Serdabus el 26 de julio de 2016 ya era administrador solidario de Autocares Juárez.

Además de ello, y basándose en esas facultades, llegó a una confusión patrimonial de uso de bienes, de trabajadores y de mercaderías en general, por lo que esos hechos están acreditados y tienen su encaje legal en el precepto reseñado.

El mismo motivo, también se planteó en apelación por el acusado Pablo, y obtuvo respuesta por la Sala en el FD 10º, tras transcribir parte del relato fáctico, concluye afirmando que el relato fáctico " expone una situación de confusión patrimonial en cuanto al uso de los bienes de una empresa en relación con la otra, como el abuso o la extralimitación en las funciones de administradores que venían desarrollando no convocando las preceptivas juntas ordinarias, no presentando las cuentas, no dando la información requerida por los demás socios, constituyendo una sociedad paralela uno de los acusados con el mismo objeto social, ostentando incluso el cargo de administrador de ambas sociedades, y todo ello con conocimiento de este acusado, y sin que éste informase de esos extremos a los demás socios, o realizara las advertencias oportunas a Nemesio, finalmente llegando a la concreción de esos hechos que se han transcrito."

**6.4.** En efecto, el Tribunal Superior de Justicia, partiendo del respeto al relato fáctico que transcribe, examinó la misma denuncia formulada en el previo recurso de apelación y concluyó que el factum de la sentencia era suficiente a fin de dictar sentencia condenatoria por el delito de administración desleal al describirse en él la totalidad de los elementos propios de tal delito.

A tal efecto, conviene recordar que hemos dicho de forma reiterada que el delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal, requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada. ( STS 286/2014, de 8 de abril, entre otras muchas).



Asimismo, hemos dicho que la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras. Por otro lado, la apropiación indebida, en los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, si antes se sancionaba en el art 252 ahora se sancionará en el art 253 CP. ( STS 700/2016, de 9 de septiembre).

El nuevo art. 252, bajo el nomen iuris de una Sección que se intitula "De la administración desleal". Este nuevo precepto castiga a los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado art. 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal, excediéndose de sus facultades, esto es, actuando antijurídicamente, y de esa manera causen a dicho administrado un perjuicio de naturaleza patrimonial. La Ley de Sociedades de Capital ofrece pautas para determinar el vínculo de lealtad que se quebranta, pero no tipifica el delito ( STS 719/2015, de 10 de noviembre).

El Tribunal de Justicia, como hemos advertido anteriormente, estimó que en el relato de hechos por los de la sentencia concurren la totalidad de los elementos propios del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, ya que en el mismo consta que " Durante dicho periodo los acusados Pablo y Nemesio hicieron uso indistinto de las instalaciones de Sendabús S.L.L., para uso propio de las necesidades de "Autocares Juárez S.L.". Así, los autobuses de esta última eran aparcados en las cocheras de Jaraíz de la Vera alquiladas a Sendabus S.L.L. y, a su vez, los autobuses de Sendabus aparcados en las cocheras alquiladas por Autocares Juárez S.L., a una abuela de la esposa de Nemesio (si bien no consta acreditado pago alguno de alquiler) en Aldeanueva de la Vera y cuyos gastos de luz se pagaban por la entidad "Sendabus S.L.L.". E igualmente algunos trabajadores de Sendabus S.L.L., y el propio acusado Nemesio conducía tanto autobuses de Sendabus S.L.L. como de Autocares Juárez S.L.". A la vez que hacían uso particular de bienes muebles de titularidad de Sendabús S.L.L., como de un teléfono móvil e incluso de sus dos vehículos taxi (de un Mercedes, modelo E-320 CDI con matrícula ....XGH y de un Toyota, modelo Verso, matrícula ....KYM ), los cuales eran usados principalmente por el acusado Sr. Pablo (él y en concreto, el vehículo Mercedes )y también por las respectivas esposas de los dos acusados en sus necesidades diarias, cotidianas y no destinándolos a las propias que le correspondían en la actividad empresarial(transporte de viajeros).

Así, como cargando a cuenta de "Sendabus S.L.L." las cuotas a la seguridad social del régimen de autónomo y correspondientes, en particular a Pablo, quien se beneficiaba y lógicamente perjudicaba económicamente a la citada entidad mercantil, pues se detraían unas cantidades económicas de la misma y ellas no empleadas o dedicadas a las finalidades propias que les correspondía en dicha mercantil. Por otra parte, los dos acusados habrían llevado una administración de las cuentas o de la contabilidad de "Sendabus S.L.L.", de forma irregular y anómala, no reflejando la situación real de la actividad de la entidad mercantil en los diferentes ejercicios económicos anuales y en concreto provocando que, en el ejercicio económico del año 2015, existiese un daño patrimonial para la misma evaluable en la cantidad de 326.523,10 euros".

La decisión debe ser refrendada. El relato de hechos probados de la sentencia recoge de forma clara los elementos propios del delito de administración desleal, sin que puedan ser objeto del presente motivo las consideraciones relativas a la valoración probatoria apuntadas.

El motivo se desestima.

### **Séptimo.**

**7.1.** El séptimo motivo se basa en infracción de ley, al amparo de lo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 293 del Código Penal.

Considera el recurrente incorrecta subsunción de la conducta antijurídica del impedimento del ofrecimiento de información a los socios con base en los hechos que han resultado probados. Denunciando que la argumentación del Tribunal que resuelve la alzada al respecto no es suficiente. Afirma que nos encontramos ante meras proyecciones o inferencias cuya base sería una especie de reglas de la convivencia social que en modo alguno pueden ser suficientes para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del que goza el acusado, quien en modo alguno actuó de forma intencionada, ni con el ánimo obstruccionista que el tipo penal mencionado exige para su consumación.

Denuncia que la Sala autonómica no especifica cuál es el pasaje de la explicación aportada por el acusado que avalara su propia condena ni se aporta dato alguno el caudal probatorio utilizado por la Sala.

**7.2.** Esta Sala en su sentencia nº 1953/2002, de 26 de noviembre, reiterada en la 284/2015, de 12 de mayo, delimita el alcance de esta figura criminal muy cuestionada doctrinalmente: El tipo aplicado introducido en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente,

los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la legislación mercantil, además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante. Se ha afirmado que falta un plus de antijuricidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento de obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro. Precisamente por ello, decíamos en la STS. núm. 654/02, de 17 de abril, a propósito del artículo 291 C.P., que también constituye una criminalización de determinadas conductas societarias, y que ello equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos ( artículo 7.2 CC). Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal.

Igualmente, en consonancia con la doctrina mayoritaria, hemos afirmado el derecho de información del socio, en obvia remisión a los arts. 112 y 212 LSA vigentes en el momento de autos, que es evidente su naturaleza de derecho fundamental para el accionista al ser un presupuesto del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Ello supone que los accionistas pueden solicitar por escrito con anterioridad a las Juntas, o verbalmente los informes o aclaraciones que estimen convenientes acerca de los asuntos que consten en el orden del día y que, correlativamente los administradores están obligados a proporcionárselo ( STS 330/2013, de 26 de marzo).

La STS 284/2015, de 12 de mayo, cataloga este delito como infracción de mera inactividad o bien obstativa, frente a los socios siendo de efecto permanente, lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil.

Ya en similar criterio la STS 1953/2002, de 26 de noviembre, indicaba que la estructura típica consiste en negar o impedir el ejercicio de los derechos sociales frente al requerimiento de los accionistas que persiste en el tiempo, alcanzando el efecto propio de los delitos permanentes; de modo que la renovación o reproducción del requerimiento y su desconocimiento por el infractor, no constituyen acciones típicas distintas, sino que consolidan el abuso ejercido por aquél, lo que impregna de antijuricidad material la conducta típica.

**7.3.** Desde la anterior restricción interpretativa y acotación del derecho de información, efectivamente, como apunta la Sala de apelación, el relato de hechos probados contiene una reiterada petición por parte de los socios querellantes de diversa y variada documentación, sin que se vea cumplimentada, sino en una escasa y mínima parte.

En concreto, en el relato se hace constar que " Durante ese periodo de explotación de la empresa, los dos acusados no han remitido a los socios -querellantes-ninguna información sobre la explotación y resultado económico del negocio de transporte; negándoles toda información que los mismos le solicitaban a través de sus representantes legales, a la vez que tampoco les han permitido participación alguna en la gestión de dicho negocio. Nunca fueron convocados por los acusados en su condición de administradores solidarios a las Juntas Universales de 30 de junio de los años anteriores al 2012, pese a hacer constar que todos los socios habían sido convocados a las respectivas Juntas, que habían asistido y que, por unanimidad de los reunidos se habían aprobados las distintas cuentas anuales, cuando ello nunca fue ni ocurrió así.

Los socios querellantes no fueron convocados por los acusados Pablo y Nemesio, en su condición de administradores solidarios de la citada sociedad, a la Junta General extraordinaria de 23/7/2012 ni a las correspondientes Juntas Generales Ordinarias que correspondía celebrar durante los años o ejercicios posteriores para la aprobación de las cuentas anuales..

(...) Y así ocurriendo que, con fecha 29/12/2015, los socios querellantes requirieron notarialmente al acusado Pablo en su condición de administrador de la sociedad "Sendabus S.L.L.", (dado que formalmente no les constaba el nombramiento del otro acusado Nemesio como administrador solidario) para que convocara Junta General Extraordinaria a los fines que constan en dicho instrumento público o notarial. El acusado convocó la Junta para el día 26/2/2016 y la misma acabó celebrándose el día 4/3/2016. Si bien y con carácter previo a la misma los querellantes notarialmente habían requerido información societaria consistente en: informe completo del estado de la sociedad, contratos vigentes y extinguidos, inventario de bienes, libros diario y mayor, libro de ruta, facturas y demás documentos al respecto. Y ello, no fue atendido, no les fueron remitidos en su totalidad los documentos interesados y en el propio acto de la Junta pedidos los que faltaban o no entregados, los acusados y asistentes ambos en calidad de administradores solidarios, les denegaron nuevamente completar la información pedida.

El acusado Pablo convocó Junta General Ordinaria de la empresa para el día 30/6/2016 con el objeto de aprobar las cuentas del ejercicio del año 2015 de "Sendabus S.L.L.". Y con carácter previo a la misma, el día

24/6/2016, los socios querellantes requirieron notarialmente a los acusados información societaria consistente: en informe completo del estado de la sociedad, contratos vigentes y extinguidos; inventario de bienes; libros diario y mayor; libros de ruta; facturas y demás documentos al respecto, pero esas documentales tampoco les fueron remitidos en integridad por los acusados. Si bien, la Junta se celebra finalmente el 26/7/2016, presidiéndola en ese caso el acusado Nemesio y en la misma se les vuelve a denegar la información completa antes solicitada.

D)- Un poco más adelante y tras el requerimiento notarial por los socios querellantes de información y documentación de la entidad en fecha 14/6/2017, el acusado Pablo convocó Junta General ordinaria para el día 30/6/2017 con el objeto de aprobar las cuentas anuales del ejercicio correspondiente al año 2016 de "Sendabus S.L.L.". Pero y aun, cuando con anterioridad (el precitado día 14/6/2017), los socios querellantes igualmente les habían requerido notarialmente información y documentación societaria respecto al orden del día de la misma, tampoco se les proporcionó en su totalidad y en el acto de celebración de la Junta, la misma se mantuvo incompleta y además se les negó información en varios puntos relacionados con la explotación de la empresa, bajo la alegación de que no correspondía darla, dado que no entraba en el orden del día."

Como consecuencia de lo relatado, resulta obvia, la conducta contumaz de ambos acusados negando la información solicitada por los socios, tanto notarialmente, pese a tenerla a su disposición, como incluso en la Junta General de julio de 2016, conducta que debe subsumirse en el tipo penal por el que vienen condenados los recurrentes.

El motivo se desestima.

### **Octavo.**

**8.1.** El octavo motivo se basa en infracción de ley, por inaplicación del artículo 21.5º del Código Penal que regula la atenuante de reparación del daño.

Se afirma que el condenado consignó antes de la celebración del plenario la cantidad de 2.000 euros, comprometiéndose a abonar otros 20.000 euros con posterioridad sin que se le haya apreciado la citada atenuante.

**8.2.** Es doctrina de esta Sala señalada entre otras en la STS núm. 126/2020 de 6 de abril, con reproducción de lo en su día afirmado por las SSTS 754/2018 y 757/2018 de 12 de marzo y 2 de abril de 2019, respectivamente, que "...cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio, no con la pretensión de reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados, sino dando seguimiento a un previo auto de prestación de fianza, garantizándose así que pueda hacerse pago al perjudicado en la eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECrim., que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECrim., así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que este se hubiera despachado" ( STS 187/2020, de 20 de mayo).

Hemos dicho en nuestra sentencia 260/2020, de 28 de mayo, que la actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante ex post facto, cuyo fundamento no deriva en una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral se puede integrar las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal que emplea el texto legal excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

Es cuanto, al alcance de la reparación, según la STS 626/2009 de 9 de junio (y otras como las SSTS 601/2008 de 10 de octubre; 668/2008 de 22 de octubre; y 251/2013 de 20 de marzo), aunque la propia ley prevé como supuesto de atenuación de la responsabilidad la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse en todo caso de una contribución relevante, lo que habrá de calibrarse en atención al daño causado y las circunstancias del autor. Sólo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido el efecto atenuador de la reparación simbólica ( SSTS 216/2001 de 19 febrero y 794/2002 de 30 de abril). La reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparador pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido (entre otras, las SSTS 1002/2004 de 16 de septiembre; 2/2007 de 16 de enero; 145/2007 de 28 de febrero; 179/2007 de 7 de marzo; y 683/2007 de 17 de julio).

**8.3.** En el supuesto, el tribunal de instancia rechaza la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño, basándose en que las peticiones de responsabilidad civil de los escritos de conclusiones provisionales ascendían a más de 325.000€, fijándose en la sentencia la cantidad de 326.523,10€ siendo la consignación de 2.000€ muy escasa, realizada en las sesiones del juicio oral. A lo que añade, que la consignación quien la hace es el acusado Nemesio que tiene capacidad económica, ya que es copropietario junto con su esposa de una empresa de autobuses.

Compartimos los argumentos del tribunal a quo, ni el momento, ni la cantidad consignada, implican reparar el daño o a disminuir los efectos del delito, elemento sustancial de esta atenuante, la diferencia entre lo fijado como responsabilidad civil y lo consignado es patente y si bien podría construirse una atenuante analógica por haber sido consignada la cantidad en el plenario, lo cierto es que siendo tan exigua la misma no es posible apreciar la misma.

A lo anterior debemos añadir que el aquí recurrente Sr. Pablo no hizo consignación alguna, lo que es suficiente para rechazar la atenuante pretendida con respecto al mismo, rechazo que hacemos extensible al otro acusado que también plantea la citada atenuación por las razones expresadas por la Sala con respecto a su capacidad económica, que hemos dado por reproducidas y que compartimos.

El motivo se desestima.

#### **Noveno.**

**9.1.** El noveno motivo también se basa en infracción de ley, por inaplicación del artículo 132º del Código Penal que regula el instituto de la prescripción.

En concreto se denuncia la existencia de la prescripción de varios de los delitos por los que se le ha condenado. En concreto, se afirma que la querrela criminal se presentó el 13 de diciembre de 2016, con fecha cinco de mayo de 2017 se dictó Auto de incoación de las Diligencias Previas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Naval Moral de la Mata, sin determinación de las personas intervinientes, siendo citados los acusados por el Juzgado mencionado para comparecer en tal condición a través de las Cédulas de Citación de diecinueve de septiembre y veinticuatro de octubre del mismo año 2017; por lo que el delito de falsedad ya había prescrito. Resulta evidente que el momento en el que se dirige la acción contra las culpables no puede coincidir con la formalización de la querrela, y, en el presente caso, tampoco con el dictado del Auto de incoación de Diligencias Previas, ya que se trata de un mero formulario estereotipado, en el que se reconoce que no se conoce a los autores de las presuntas infracciones. Sería la cédula de citación la que marcaría la fecha en la que la acción penal se dirigió contra los acusados, siendo así que en esa fecha ya habían transcurrido los cinco años desde la comisión de los ilícitos de falsedad.

**9.2.** Como recuerdan las recientes SSTS nº 304/2020, de 12 de junio, y nº 274/2020, de 3 de junio, " conforme señalábamos en la sentencia núm. 724/2018, de 24 de enero de 2019, con cita expresa de la sentencia núm. 1294/2011, de 21 de noviembre, la prescripción del delito, incorporada por el legislador como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el artículo 130.6º Código Penal, tiene su fundamento, una vez rechazado ampliamente el planteamiento seguido por aquellos autores que la vinculaban a motivos procesales relacionados con la desaparición de las pruebas por el transcurso del tiempo, en aspectos directamente relacionados con la teoría de la pena. Es decir, la fundamentación de la prescripción será diversa en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte.

Conforme a este planteamiento, el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa o resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo."

Por otro lado, esta Sala en el Pleno de 26 de octubre de 2010 acordó que "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para

determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

En relación a la interrupción de la prescripción, la determinación casuística de qué resoluciones generan el efecto interruptivo a que se refiere el art. 132.2 del CP ("...cuando el procedimiento se dirija contra el culpable") no ha sido, desde luego, cuestión pacífica. Tanto en el ámbito de la jurisprudencia constitucional como en el terreno de la dogmática, las opiniones son discrepantes. Sin embargo, más allá de la justificada polémica en supuestos de naturaleza controvertida, lo cierto es que ciertamente, y como declara la STS 149/2009, de 24 de febrero, la doctrina de esta Sala es harto conocida en el sentido de que las resoluciones o diligencias que se practiquen en una causa, para tener virtualidad interruptiva, han de poseer un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización.

De manera, tal y como señalábamos en la sentencia 975/2010, de 5 de noviembre, que no solamente tienen virtualidad interruptora de la prescripción, las actuaciones practicadas con fines de investigación sumarial sino las de ordenación del procedimiento, como la decisión del órgano jurisdiccional de admisión o rechazo de pruebas (véase STS 1097/2004, de 7 de septiembre) y el señalamiento del juicio oral.

**9.3.** La sentencia recurrida lo que apunta al respecto es que vuelve a plantear este apelante la prescripción del "delito de falsedad documental societaria en concurso medial con el de administración desleal", con una fundamentación distinta de la planteada en instancia: " Los hechos prescribirían, así pues, el 23 de julio de 2017, y la querrela fue presentada el 13 de diciembre de 2016, 7 meses y 10 días antes de prescribir los hechos. Ahora bien, en la instrucción de la causa se han sucedido paralizaciones superiores a ese lapso de tiempo necesario para completar el período prescriptivo", rechazándola porque lo que pretende la parte es que se añadan las paralizaciones producidas en instrucción para completar el tiempo de prescripción, lo que va en contra de lo dispuesto en el art. 132.2 CP.

Ahora, de nuevo alega prescripción, pero por otro motivo que también debe ser rechazado, puesto que la acción penal ha sido ejercida y dirigida contra los acusados dentro del plazo de cinco años, puesto que estamos ante un delito continuado y algunas de las acciones que lo integran, según el relato fáctico, se sitúan en el año 2016, es más, parte del perjuicio que se le causa a la sociedad tiene lugar durante el periodo comprendido entre julio y octubre de 2016, lapso temporal en que el acusado Nemesio, pasó a ser nombrado en la entidad mercantil "Autocares Juárez SL, administrador solidario junto con su esposa, coincidiendo con el propio de Sendabus SLL, empresas que tenían el mismo objeto social.

El motivo se desestima.

Recurso de Nemesio

#### **Décimo. Preliminar.**

La representación de Nemesio formula recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Extremadura 48/2021, de 9 de noviembre, el cual contiene doce motivos, siendo nueve de ellos totalmente coincidentes o contestes con los plantados por el otro recurrente Sr. Pablo, cuyo rechazo damos por reproducido, por lo que exclusivamente analizaremos los tres que no son coincidentes, en concreto los que obran en los ordinales 5º, 6º y 9º.

10.1. En los motivos quinto y sexto se denuncia infracción de precepto constitucional, al haber impedido el tribunal que el acusado contribuyera a su propia defensa, no permitiéndole sentarse junto a su letrado, ni declarar en último lugar, con infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE).

10.1.1. Con respecto a la petición de que el acusado esté sentado junto con su letrado, debe ponerse de manifiesto, y hacer un recordatorio de ello, de que, como hemos dicho en nuestras sentencias 282/2019, de 30 de mayo, y 167/2021, de 24 de febrero, que parece del todo exigible la necesidad de activar mecanismos que rompan con viejas inercias rituales de dudoso anclaje constitucional. La posición de la persona acusada en la sala de Justicia debería ser aquella que, por un lado, le permita el contacto defensivo con su letrado en los términos reclamados por el sistema convencional y, por otro, le posibilite reconocerse y ser reconocido como una persona que goza con plenitud del derecho a la presunción de inocencia, que comporta el derecho a ser tratado como inocente. En definitiva, debe procurarse, si así se interesa, la cercanía del letrado y acusado en las sesiones del juicio al objeto de consultar alguna cuestión, o estrategia a llevar a cabo.

Pero, en este caso, no puede apreciarse la nulidad postulada, por cuanto con independencia de que se trate de un derecho que puede pedir la parte para consultar cualquier cuestión el letrado a su cliente acusado, ello no impide que si se hubiera dado el caso hubiera podido interesar al letrado del Tribunal que le hubiera permitido realizar cualquier consulta al letrado al acusado, si no estaba cerca de él en estrados como interesado. Pero no consta dato concreto, incidencia o pregunta que se le quiso hacer y no se hizo por prohibición expresa, más allá del mero alegato de la formalidad de haberse denegado la petición general de ubicación en estrados, que por sí mismo no puede conllevar la nulidad del juicio.

Para ello sería preciso alegar y probar en qué medida se perjudicó en el caso concreto el ejercicio del derecho de defensa ante cualquier situación concreta y detallada del desarrollo del plenario en el que el letrado hubiera necesitado elevar una consulta a su cliente y no le fue permitido, lo que no fue el caso, y que en el supuesto de que hubiera ocurrido, fijar en qué medida esa opción de la proximidad y la pregunta que le hubiera realizado sobre un determinado extremo hubiera sido relevante a los efectos de un adecuado y formal ejercicio del derecho de defensa.

Por ello, esta Sala ya ha señalado en varias resoluciones, entre ellas, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1205/2018 de 6 Sep. 2018, Rec. 1503/2018 que: "Tiene declarado esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) que, para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. "Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia : no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa , privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95)".

No se efectúa un dato concreto que sucedió, o pudo suceder, en el desarrollo del juicio que pudo ser precisa esa proximidad y cercanía, más allá de una genérica queja del rechazo de la petición de proximidad del acusado. Por ello, con independencia de que en determinados casos que podrá valorar el Tribunal, fuera positiva esa proximidad, como señala el art. 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en este tipo de procesos, si esto se alega en casación debe incidirse en cuál fue la indefensión, en qué momento, ante qué medio probatorio que se estaba practicando y en qué medida la acción de la defensa hubiera permitido alterar el proceso valorativo ante una prueba concreta, por lo que se desestima este punto.

En el caso, el recurso no lo identifica la indefensión necesaria para acordar la pretendida nulidad. No se describe que el letrado pretendiera del tribunal autorización para mantener un contacto defensivo con el Sr. Pablo, al hilo de cuestiones suscitadas o intervenciones testificales y el tribunal lo denegara o que el volumen de documentos aportados a la causa reclamara un contacto continuado que permitiera su mejor exposición o análisis por parte del letrado o cualquier otra circunstancia que, en efecto, patentizara una lesión efectiva.

La pretendida nulidad del juicio debe proyectarse en una pérdida efectiva de posibilidades de defensa, no toda irregularidad o afectación, como afirmábamos más arriba, provoca ese cualificado resultado, solo la falta de adaptación podrá arrastrar la nulidad del juicio cuando se constate que, en efecto, el modo en que se ha desarrollado el juicio ha comprometido graves la equidad constitucionalmente exigible. Y, en el caso, el recurso no nos los proporciona, por lo que no puede prosperar la pretensión.

10.1.2. También se denuncia infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por no haber sido denegada la petición de la defensa de que el acusado declare en último lugar.

Como hemos dicho en la reciente sentencia 514/2023, de 28 de junio, varias son las resoluciones judiciales en las que este mismo Tribunal Supremo ha sugerido "la inexistencia de impedimento alguno para acordar, con carácter general o cuando así lo solicitara la defensa, reservar la declaración del acusado al momento posterior a la práctica del resto de la prueba. Lo justifica su particular estatus procesal y el reforzamiento que ello comporta de sus posibilidades defensivas, impuesto ya, al tiempo de declarar, del resultado producido por el resto de los medios probatorios desarrollados en el plenario. No impide actuar de este modo el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontrándose, además, dicha posibilidad en línea con las propuestas doctrinales más significadas al respecto e, incluso, con el contenido de algún anteproyecto de nueva ley procesal penal. De hecho, así hemos actuado en alguna oportunidad cuando nos corresponde, en el ejercicio de nuestras propias competencias, bien es verdad que, con escasa frecuencia, la celebración de juicios orales. Para concluir, la finalidad pretendida por la norma -el mejor descubrimiento de la verdad- debe conectarse con un mayor y más efectivo aseguramiento de la

eficacia del derecho de defensa que pasa, en la mayoría de las ocasiones, por permitir, precisamente, que la persona acusada pueda declarar en último lugar."

Ahora bien, también hemos tenido oportunidad de declarar repetidamente que, aun cuando el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no proscriba dicho orden en la práctica de la prueba, y en tanto no se concrete modificación legal alguna al respecto, evidentemente la decisión del presidente del Tribunal, acordando proceder, de acuerdo con la regla general contemplada en dicha norma, de ningún modo podría considerarse contraria a la misma ni, con carácter general al menos, limitativa del derecho de defensa del acusado.

Además, importa señalar que, en el presente caso, al tiempo de rechazarse la petición de la defensa formulada al inicio de las sesiones del acto del juicio se aquietó aquella con la decisión, sin formular protesta alguna, como indica la sentencia de instancia.

Tampoco la parte ha sido capaz, ni en el marco de su recurso de apelación que se rechaza el alegato porque no se determina en que se le ha producido indefensión, ni ahora, al interponer el de casación, de concretar el perjuicio o gravamen específico que el orden establecido para la práctica de la prueba en el acto del juicio pudo producirle con respecto a su derecho de defensa, precisando en qué concreto modo éste pudo haberse desarrollado de una manera más plena o perfecta para el caso de que la declaración del acusado hubiera tenido lugar, como quería, tras la celebración de la práctica del resto de los medios probatorios. Ni explica tampoco, en qué sentido o por qué razones, cualquier aspecto probatorio revelado como consecuencia de la práctica del resto de los medios, no pudo ser contemplado, matizado, corregido, contestado, en este particular supuesto, a través del ejercicio del derecho fundamental a la última palabra que al acusado corresponde.

El motivo se desestima.

### **Undécimo.**

**11.1** En el motivo noveno se alega infracción de ley, art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 290 del Código Penal.

Denuncia el recurrente la incorrecta subsunción del tipo penal de falsedad con base en los hechos que han resultado probados. En relación específicamente con la eventual comisión de un delito de falsedad del artículo 293 del Código Penal, ha de partirse de la base de que el relato fáctico de la primera resolución condenatoria pone de manifiesto que "el acusado Pablo actuando en la condición de administrador de hecho hizo constar la celebración de una Junta General Extraordinaria Universal, con asistencia de todos los socios y, en la que por unanimidad de los reunidos y firmada por todos los socios, se efectuaba dicho cambio". Nada se dice del acusado recurrente, ni tampoco de un posible "uso" del mismo. Sobre la resolución del Tribunal autonómico de un régimen de coautoría criminal no existe ni rastro probatorio en la resolución combatida en apelación.

**11.2.** Hemos dicho en la sentencia 558/2018, de 15 de noviembre, que el delito se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico". Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege".

El tipo penal del art. 290 del Código Penal condena a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad para causar algún perjuicio.

La jurisprudencia, recogida en la sentencia 803/2021, de 20 de octubre, señala que gozan de la naturaleza de documentos mercantiles todos aquellos documentos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos y obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos, manteniéndose en la actualidad un concepto amplio de documento, que no se reduce a los expresamente establecidos en el Código de Comercio y la Legislación mercantil ( STS de 4 de febrero de 2010).

Los elementos del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal, según criterio reiterado de esta Sala (STS 313/2019, de 17 de junio que recoge la 865/2005, de 24 de junio, por todas), son los siguientes: a) la acción típica consiste en el falseamiento de cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Por cuentas anuales, se entiende el balance, la cuenta de resultados (pérdidas y ganancias) y la memoria anual. Pero al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la "situación jurídica", lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a

comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término "situación jurídica". Por si fuera poco, el propio concepto de lo que entiende por documento en el art. 26 del Código penal (a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica) extiende aún más la interpretación; b) como resultado, el precepto exige que tal acción típica sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad, a alguno de sus socios o a un tercero. El tipo básico no requiere perjuicio económico alguno, simplemente que sea idóneo para causarlo; pero sin duda las falsedades que puedan incluirse tendrán vocación económica. Por el contrario, si se llegare a causar el perjuicio económico, surge un tipo agravado, y las penas se impondrán en su mitad superior; c) la relación de este tipo penal con las falsedades documentales, conductas falsarias incluidas en los arts. 390 y siguientes del Código penal son complejas.

**11.3.** La sentencia recurrida -FD 7º- rechaza la alegación del recurrente Sr. Nemesio, consistente en que la falsedad de la junta de accionistas que no se celebró y donde se nombró administrador solidario al Sr. Nemesio, la emitió el Sr. Pablo, sin ninguna participación del primero, por lo que no puede ser autor de ese delito.

El tribunal considera que el Sr. Nemesio es coautor del delito, ya que el recurrente olvida que el hecho no se podría haber llevado a cabo sin la "aquiescencia" y voluntad del mismo, la certificación falsa estaba destinada a ser inscrita en el registro mercantil para que surtiera plenos efectos, como así ocurrió, y con ello le permitiera a Nemesio desempañar las funciones de administrador de SENDABUS, y eso es lo que se hizo, afirmando que sin la voluntad, o sin la actividad del recurrente, esa falsedad habría devenido ineficaz en el tráfico mercantil.

Del relato fáctico se desprende lo anterior y además que el Sr. Nemesio ejerció esas funciones de administrador, y sin haber participado aceptando ese cargo por designación de los socios, (constituyendo todo ello una falsedad), no se habría podido ni inscribir ni hubiera tenido los correspondientes efectos de absoluta disponibilidad sobre los bienes de la entidad.

**11.4.** Tiene declarado esta Sala en diversas resoluciones, como las SSTS 760/2015, de 3 de diciembre, y 781/2014, de 18 de noviembre, que el delito de falsedad documental, no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida y el hecho de que no resulte acreditado que una persona hubiese intervenido materialmente en la falsificación no es óbice para atribuirle la autoría en tales falsificaciones ya que como se expresa en la Sentencia 305/2011, de 12 de abril, para ser autor no se exige que materialmente la persona concernida haya falsificado de su propia mano los documentos correspondientes, basta que haya tenido el dominio funcional de la acción y que otra persona, aún desconocida, haya sido el autor material, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción con tal que tenga el dominio funcional sobre la falsificación -- SSTS de 7 de Abril de 2003, 8 de Octubre de 2004, 474/2006, 16 de Noviembre de 2006 ó 858/2008, de 11 de noviembre--.

En el caso resulta obvio que el recurrente tenía el dominio funcional del hecho, y por tanto resulta responsable del delito falsario cometido, con independencia de quien lo ejecutase materialmente, pues no exige el tipo que sea quien materialmente lo realice sino que basta que contribuya a la producción del resultado y tenga el dominio funcional del mismo, evidente en autos, al tratarse del nuevo administrador de la sociedad.

Compartimos, por tanto, las razones del Tribunal Superior de Justicia en la sentencia recurrida, los hechos probados hacen referencia a que la falsedad del acta de la Junta de julio de 2012, la realizó el coacusado, pero es que en esa certificación falsa se inscribe en el Registro Mercantil y da lugar a que el recurrente desempeñe las funciones de administrador, que era el objetivo perseguido por los acusados. La falsedad no se puede realizar sin la actuación del acusado recurrente, en los términos que recoge el Fundamento Jurídico de la sentencia recurrida que hemos transcrito, que afirma que la falsedad no es un delito de propia mano, sino que permite su realización a través de otra persona con la que se actúa en concierto, como ocurre en el presente caso.

El motivo se desestima.

#### **Décimo segundo.**

Procede imponer las costas causadas en esta instancia a los recurrentes ( art. 901 LECrim).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Nemesio y Pablo , contra Sentencia nº 48/2021, de fecha 9 de noviembre de 2021 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación penal nº 40/2021; con imposición a los recurrentes de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.