



Roj: **STS 2746/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2746**

Id Cendoj: **28079120012018100355**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **2262/2017**

Nº de Resolución: **353/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2746/2018**,
ATS 10928/2018

RECURSO CASACION núm.: 2262/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 353/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2262/2017, interpuesto por **El Ministerio Fiscal, La Abogacía del Estado** y por la entidad «**CELSA ATLANTIC, S.L.**» representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. Juan José Zabala Guadalupe, contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, con fecha 11 de mayo de 2016, han sido partes recurridas D. Camilo, Dª Adelaida, y Dª Covadonga representados por el procurador D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano, bajo la dirección letrada de D. José L. Gutiérrez Aranguren.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de La Coruña, instruyó Procedimiento Abreviado nº 203/2013, contra D. Camilo, Dª Adelaida, y Dª Covadonga por delitos fiscales, falsedad en documento mercantil, concurso punible, apropiación indebida y blanqueo de capitales, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de que en la causa nº 48/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«HECHO I.



A) Son acusados:

Camilo , con DNI NUM000 .

Adelaida , con DNI NUM001 .

Covadonga , con DNI NUM002 .

Y como personas jurídicas:

Hierros y Laminados Añón SL en liquidación, con CIF B

15937840.

Inversiones Fiavez SL, con CIF B 70212147.

Cubic Basic Home SL, con CIF B 70336417.

Aeroparking A Coruña SL, con CIF B 70289533.

Los acusados, el matrimonio formado por Camilo y Adelaida eran administradores solidarios de la entidad **Hierros y Laminados Añón SL**. El 28-IV-2008 se acordó en junta universal que el acusado Camilo pasase a ser Administrador único. El 14-V-2008 el mismo Camilo dio escritura ante notario constituyendo a su mujer Adelaida como apoderada ilimitada-

B) No consta probado que los acusados Camilo y Adelaida , puestos de común acuerdo, con conocimiento de su absoluta falsedad y con la finalidad última de defraudar el Impuesto de Sociedades, confeccionaron con fecha de 6-X-2008 4 facturas (con nº 20.080.000.196-197-198 y 199) por importes de 798.063'00, con asiento 1469, 882.157'08, con asiento 1470, 861.519'96, con asiento 1471 y 797.159'16 , con asiento 1472, **en total 3.338.899'20**, giradas a la entidad portuguesa Cofritamega Construcoes Lda., que carecía de capacidad real para generar tal capacidad de hierro.

Tampoco consta probado que se simularan facturas y albaranes ficticios a Procarsa SL por la suma global de 1.225.718'34.

No consta probado, que Hierros y Laminados Añón no declarase en el ejercicio 2008 ventas por importe de 38.731'41.

No consta probado que se adquiriera material por valor de 60.715'43, no justificándose dicho importe.

Tampoco consta probado que se simularan operaciones de venta con Ferralla Hércules SL, sociedad también de la que es titular el acusado Camilo , con el resultado de minorar el gasto de 859.521'37 .

Se emitió una factura en fecha 3-VI-2008 emitida por Elaborados Lucenses SL que no consta que reflejara. una compra inexistente de 4.283,19 toneladas de hierro, para contabilizar unos gastos de 342.655 .

Elaborados L. S.L. fue declarada en concurso por Auto de 29-6-2009 por el juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña .

Por tanto no puede considerarse probado que los acusados dejaron de ingresar intencionadamente en las arcas de la AEAT la cantidad de 219.204'85 respecto al Impuesto de Sociedades del año 2008 relativo a Hierros y Laminados Añón SL.

HECHO II :

La empresa CELSA ATLANTIC SL vendió material siderúrgico variado entre el 15 de noviembre de 2007 y el 28 de abril de 2008 a Hierros y Laminados Añón SL, pero no puede deducirse que no tuviese intención de satisfacer su importe, puesto que no puede aquí analizarse tal intención, debido al sobreseimiento de estos hechos.

Estos hechos que se consideran constitutivos de estafa, por la acusación pública y por la particular, han sido sobreseídos en las diligencias previas del Juzgado de Instrucción nº 2 de Carballo, nº 325/2008, por Auto de 7-10 - 2008, y confirmado en apelación en Auto de 17-6-2009 .

Asimismo en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Coruña dictó sentencia en fecha de 14-II-2011 , Juicio Ordinario 1800/2009, reconociendo el crédito de CELSA hasta la cantidad de 7.973.549'38 .

Dicha sentencia fue confirmada por Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 23-XII-2011, Rollo 297/2011.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de La Coruña dictó auto de ejecución provisional el 12-V-2011, fijando el capital debido en 9.938.649'09 y los intereses legales en 2.981.608.

HECHO III:



No consta probado que, Hierros Añón SL, a través de su administrador Camilo y su apoderada Adelaida despatrimonializaran completamente la empresa. Así por el acusado se realizaron las extracciones en efectivo 3.575.900 en 35 operaciones en ventanilla bancaria, sin que conste probado que fuese con la finalidad de que los acreedores, entre los que iba a estar la Agencia Tributaria, no pudieran cobrarse sus legítimos títulos. Estas extracciones se llevaron a cabo entre el 26-VI-2008 y el 4-XI-2008.

Los actos de despatrimonialización, no exclusivamente dinerarios, no acreditados, se extendieron entre 2008 y 2011, fecha en la que se abrió el concurso en los juzgados (Hierros y Laminados Añón SL fue declarada en concurso por auto de fecha 17-XI-2011 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña , autos 508/2011).

Iniciado procedimiento concursal, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña declaró el concurso de Hierros y Laminados Añón SL como culpable, en sentencia de 23-IV-2012 , señalándose en el fallo la generación y agravación en ambos casos dolosa de la insolvencia.

La Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de La Coruña, en sentencia de 27-VI-2014, Rollo 484/13, confirmó íntegramente la s.987,04 euros sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

No consta probada la emisión, simulada, de facturas y albaranes a Procorsa S.L. ni a Elaborados L., ni aquellas operaciones ya incluidas en el hecho I que no se han considerado probadas

El préstamo de HLA a Ferrallas H- por importe de 1.076 987,04 euros obedecía a la operativa de funcionamiento entre ambas empresas de las que el acusado era administrador.

HECHO IV :

No consta probada la defraudación a la Agencia Tributaria descrita en el Hecho I y que por las 35 extracciones de dinerarias descritas en el Hecho III, el acusado Camilo , dejase de declarar al erario público lo previamente extraído del patrimonio de Hierros y Laminados Añón SL, y dejase de declarar e ingresar 601.001'85 en concepto de declaración del IRPF del año 2008.

HECHO V :

No consta probado que los acusados Camilo y Adelaida decidieron empezar a aflorar todo el dinero que previamente habían detraído de los distintos acreedores (como CELSA o la AEAT), ni por tanto urdieran un plan consistente en crear diversas empresas con diversos objetos sociales a nombre de Adelaida y poner al encausado Camilo como simple trabajador de la misma. Asimismo, no consta que dichas empresas actuaran como pantalla para colocar diversos bienes como pisos y coches de lujo.

Así, Adelaida constituyó las siguientes empresas:

Inversiones Fiavez SL, el 27-V-2009, con capital desembolsado de 113.485 .

Aeroparking Canarias SL, el 25-II-2011, con capital desembolsado de 3.000 .

Aeroparking A Coruña SL, el 5-IV-2011, con capital desembolsado de 3.000 .

Aeroparking Tenerife SL, el 15-IV-2011, con capital desembolsado de 3.000 .

Cubic Basic Home, el 14-VI-2012, con capital desembolsado de 3.000 .

Así consta que se han comprado los siguientes inmuebles:

1) Piso en c) DIRECCION000 , NUM003 , Esc NUM004 , Planta NUM005 , Portal NUM006 , y adjudicado Aduirido el 12 de septiembre de 2001, por ambos conyuges, y adjudicado a Camilo en liquidación de gananciales el 14-11-2008.

2) Inmueble en AVENIDA000 NUM007 , Dorneda, Oleiros,. Adquirido el 9 de septiembre de 2005 por ambos conyuges, y adjudicado a Adelaida , el 14-11-2008.

3) Inmueble en Lugar de DIRECCION001 , suelo, Miño, A Coruña, ,adquirido el 22-10-2007 y adjudicado a Adelaida , el 14-11-2008.

4) Piso en Ronda DIRECCION002 , NUM008 , escalera NUM004 , planta NUM009 , siendo el 10% nuda propiedad de Adelaida , por herencia de su padre.

5) Inmueble en Lugar de DIRECCION003 NUM010 , Villamartín de Valdeorras, Ourense, propiedad de Adelaida , 10%, por herencia de supadre.



6) y 7) 2 pisos n c) DIRECCION004 NUM011 , Escalera NUM004 Planta NUM004 NUM012 , y Planta NUM013 NUM014 , propiedad de Inversiones Fiavez SL. Adquiridos el 31-1-2011., abonado su precio mediante hipoteca y dos pagares.

8) Inmueble en c) DIRECCION005 NUM015 , Escalera NUM016 , planta NUM004 NUM017 , propiedad de Inversiones Fiavez, suscrito contrato de compra el 9-1-2007 ,y formalizada escritura el 12-2-2010, abonado parte del precio con crédito hipotecario.

Se ha acordado el embargo de todos estos inmuebles por el Juzgado de Instrucción nº 3 de La Coruña en esta misma causa.

Y adquirieron el Porsche 911 Carrera con matrícula ZJF propiedad de Inversiones Fiavez SL pero que usaba habitualmente Camilo ,tal adquisición se efectuó mediante contrato leasing, y finalmente se efectuó la cesión a I.F. Este vehículo ha sido "realizado anticipadamente" siendo entregado al Servicio de Vigilancia Aduanera.

También consta de lo actuado que se ha pagado en metálico muchos gastos elevados como seguros anuales de otros coches, matrículas en competiciones deportivas, etc.

Todo lo relatado en este Hecho no ha acontecido entre 2009 y 2014.

HECHO VI:

No consta probado que la acusada Covadonga , madre de Adelaida , con la finalidad de ayudar a su hija y yerno Camilo a eludir a sus acreedores y hacer ocultar su patrimonio, pusiese a su nombre un Porsche Cayenne negro con placas de matrícula LJH que conducía, en realidad y con habitualidad, Camilo . La adquisición la realizó con su fallecido esposo el 17-II-2009 por 12.931'04 a la entidad Ferralla Hércules SL.

HECHO VII:

No consta probado que aun conociendo la existencia de las presentes Diligencias Previas, y dados los embargos y realizaciones anticipadas practicados por el Juzgado a instancia de la Fiscalía, Camilo y Adelaida , hubiesen actuado de consuno y utilizando la sociedad Cubic Basic Home SL, en la que Adelaida figuraba como administradora única, el 31-XII-2014, adquirieran con el patrimonio previamente ocultado un vehículo SMART WZV por 1355'20 que se pagó ese día y 19.505'20 el 19-I- 2015, adquiridos a YACAR SPORT, recibiendo de Generali Seguros 17.331 el 31-XII-2014 por haber siniestrado el vehículo.

También Cubic Basic Home adquirió ese mismo 31-XII-2014 un Audi RS 4 con matrícula-XNJ por 10890 sin que fuese para aflorar el dinero previamente defraudado, ya que tampoco se ha considerado probado, en los Hechos anteriormente descritos.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«**FALLO.- Absolvemos** a los acusados Camilo , Adelaida , Covadonga y de todos los delitos imputados, así como también a las personas jurídicas, Hierros y Laminados Añón SL., Inversiones Fiavez SL. y Aeroparking A Coruña SL.

Las costas causadas en el procedimiento se declaran de oficio

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Sección de la Audiencia, a medio de escrito, con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la última notificación.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso del Ministerio Fiscal

1º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías establecido en el artículo 24.2 de la CE , por no tramitarse una recusación conforme a lo dispuesto art. 226.2 LOPJ y 190.2 LEC (subsidiariamente por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.6 de la LECrim .).

2º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías establecido en el artículo 24.2 de la constitución ,

por falta de imparcialidad del tribunal a conceder a las partes diferente duración temporal para el informe e interrupción con retirada de la palabra al fiscal.

3º.- Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la ley de enjuiciamiento criminal : **no se formaliza.**

4º.- (se corresponde con el motivo segundo del escrito de interposición)

Quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.2º de la LECrim ., por expresar el relato de hecho probados sólo los que alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados

5º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse dado por validos los documentos aportados en el escrito de defensa, impugnados en fase de cuestiones previas: **no se formaliza.**

6º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse dado por validos los documentos aportados en el escrito de defensa, impugnados en fase de cuestiones previas: **no se formaliza.**

7º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse dado por validos los documentos aportados en el escrito de defensa, impugnados en fase de cuestiones previas: **no se formaliza.**

8º.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse dado por validos los documentos aportados en el escrito de defensa, impugnados en fase de cuestiones previas: **no se formaliza.**

Recurso del Abogado del Estado

1º.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del art. 24 de la Constitución .

2º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

2.3. Submotivos del recurso.

I. Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al consignar la sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

II. Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al expresar la sentencia únicamente que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resulten probados.

III. Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no resolver la sentencia todos los puntos objeto de acusación.

Recurso de «CELSA ATLANTIC, S.L.»

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECr . Infracción de precepto constitucional. Vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

2º.- Al amparo del art. 851.3 de la LECr . Quebrantamiento de forma. La Sentencia no resuelve sobre todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa.

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECr Infracción de ley. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros medios de prueba

4º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECr Infracción de ley. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros medios de prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal

PRIMERO.- Interpone el Ministerio Fiscal su recurso denunciando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en primer lugar, que por el Tribunal de instancia se ha infringido el artículo 24.2 de la Constitución por no tramitarse una recusación conforme a lo dispuesto art. 226.2 Ley Orgánica del Poder Judicial y 190.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, a consecuencia de ello se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías.

Argumenta que por **Auto de fecha 17 de junio de 2009** de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de A Coruña (folio 642 vto. al <<http://vto.al>> 644 del Tomo II de rollo de Sala), en el que la Magistrada componente de la actual Sala (Ilma. Sra. Da María Dolores Fernández Galiño) había actuado como ponente, se confirmó el sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas nº 325/2008 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Carballo (sobre querrela por estafa formada por el entidad «CELSA ATLANTIC» contra los acusados en el procedimiento que se iba a enjuiciar -v. folios 432, 433 y 444 al 447 del Tomo II del Rollo-), cuyos hechos son idénticos a los descritos en el Hecho II del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

El Tribunal de instancia no tramitó la recusación porque consideró que se formulaba de forma extemporánea, y contra dicha resolución *in voce*, el Fiscal formuló recurso de súplica que se volvió a inadmitir verbalmente por la Ilma. Sr. Presidenta.

Al respecto indica que el reproche de extemporaneidad no es aceptable porque la recusación presupone el conocimiento de la composición del Tribunal a recusar y no consta la correspondiente notificación a las partes de esa composición, exigible ya que por otro lado ha ido variando desde el inicio del rollo de Sala. Por ello no pudo conocerse hasta el día del comienzo de la vista del juicio oral.

Por otra parte se ha vulnerado, en todo caso, el derecho a un juicio imparcial, y, como presupuesto del mismo, el derecho a un juez o tribunal imparcial, incluido en aquel derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. La imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el «proceso debido» o «juicio justo».

Funda tal reproche en que concurre en la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Dolores Fernández Galindo la causa de abstención o recusación prevista en el art. 219.11, por haber dictado resolución de **trascendencia** (aquel auto de confirmación del sobreseimiento) en un procedimiento anterior con **identidad** de partes y objeto.

Y tal reproche se justifica incluso de estimarse tardía la recusación intentada. Y ello porque el Tribunal debió considerar, tras la advertencia de las circunstancias indicadas, la pertinencia de la **abstención**.

Si la parte hace uso de las posibilidades que el citado artículo 786.2 de la ley procesal le concede en orden a denunciar la vulneración de algún derecho fundamental, debemos entender que la cuestión ha sido propuesta en la instancia en condiciones de ser resuelta adecuadamente, y que, por lo tanto, es posible plantearla nuevamente en el recurso que se interponga contra la sentencia.

SEGUNDO.- En efecto, incluso de resultar la extemporaneidad formal de la recusación, es de considerar si concurrían los presupuestos de la obligada abstención y por ello si la tacha de parcialidad objetiva era justificada.

Al respecto el **dato esencial es el de la identidad** entre el hecho **objeto** de la causa en que intervino la recusada estableciendo que concurrían los presupuestos del sobreseimiento (Diligencias Previas nº 325/2008 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Carballo y el Hecho II del escrito de acusación del Ministerio Fiscal), y el hecho objeto de la causa de que procede este recurso de casación.

Ilustra sobre ello el contenido del recurso también formulado por la acusación particular («CELSA») En este se reprocha a la sentencia de instancia que no enjuicia los hechos calificados como delito de estafa en el entendimiento de que estos hechos fueron sobreseídos por aquel Juzgado de Instrucción nº 2 de Carballo (La Coruña) mediante Auto de sobreseimiento provisional de 7 de octubre de 2008 dictado en el seno de las citadas DDPP confirmado por el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de junio de 2009 .

Ciertamente este recurso del acusador particular lo que denuncia es lo que estima una quiebra flagrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a causa de tal supuesta omisión decisoria. Y la razón de la queja es que el sobreseimiento no originaba cosa juzgada por ser provisional. Ciertamente también alega falta de absoluta identidad de objeto por variar el sujeto pasivo de la imputación.

Pues bien, ese recurso, como el del Ministerio Fiscal, enfatizan que la sentencia recurrida dice en su hecho probado segundo sobre uno de los hechos objeto de la causa que: *La empresa «CELSA ATLANTIC SL» vendió material siderúrgico variado entre el 15 de noviembre de 2007 y el 28 de abril de 2008 a «Hierros y Laminados*



Añon SL», pero no puede deducirse que no tuviese intención de satisfacer su importe, puesto que no puede aquí analizarse tal intención, debido al sobreseimiento de estos hechos.

Para a continuación en el Fundamento Jurídico Tercero establecer: *Por tanto en este caso como **los hechos son los mismos** no pueden pretender incluirse en el escrito de acusación, como se ha efectuado manteniendo tales hechos en conclusiones definitivas, y es que si hubiese otro hechos o cuestiones nuevas por datos entonces no conocidos, tendrían que solicitar la reapertura de aquellas diligencias, o bien el inicio de otras pero no es posible formular esta acusación directamente. Además ello debe relacionarse con el derecho al Juez ordinario y determinado por la ley.* (énfasis añadido)

De lo anterior deriva que el Tribunal de instancia, acierte o no en el sentido de su decisión, incluso aparentando que no decide, de lo que no duda es de que son idénticos el hecho respecto del cual ordenó el sobreseimiento y el hecho objeto de la causa sobre el que versó el juicio oral en esta segunda causa.

Y a ello añadimos que resolver que concurre esa identidad y declarar probado que las ventas ocurrieron, aunque no se proclame cual era la intención del comprador acusado, estableciendo el alcance preclusivo de la anterior decisión de sobreseer, **es ya un enjuiciamiento sobre el objeto** de la causa de que procede este rollo.

TERCERO.- Antes de resolver sobre el contenido del motivo del recurso del Ministerio Fiscal e, indirectamente, de la acusación particular, «CELSA», hemos de recordar lo que ya dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 240/2005, de 10 de octubre : ... *la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso «la primera de ellas» (SSTC 60/1995 , <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2914>> de 16 de marzo, FJ 3; 162/1999, <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3904>> de 27 de septiembre, FJ 5): «..... de modo que «[s]in juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (STC 151/2000 , <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4135>> de 12 de junio, FJ 3). Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su **vertiente objetiva**, que es la ahora discutida, que se «dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una **relación o contacto previos con el objeto del proceso»** (SSTC 157/1993 , <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2286>> de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3549>> de 2 de marzo, FJ 4).*

Y añade que entre las causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva son:.....(además de la realización de determinados actos de instrucción), **la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad;** (o no culpabilidad cabe añadir) o, más en general, el **pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior** (SSTC 138/1994 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2655>>, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3549>>, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo , y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan).

Lo que no impide advertir de que no existe una relación cerrada de causas de parcialidad objetiva ni la concurrencia de los supuestos que suelen enunciarse comportan necesariamente tal tacha, cuestión que habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características (SSTC 170/1993 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2299>>, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3904>>, de 27 de septiembre, FJ 5) y bajo los presupuestos de que «la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas», por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (STC 162/1999 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3904>> , de 27 de septiembre, FJ 5), por otra.

Vuelve sobre tal materia la STC **126/2011, de 18 de julio** , diciendo que la vertiente objetiva de la garantía de imparcialidad se refiere, como su propio nombre indica, al objeto del proceso y asegura que el juzgador no haya tenido un **contacto previo con el thema decidendi** y (por todas STC 44/2009 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6463>>, de 12 de febrero), y que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (recientemente STEDH de 6 enero de 2010, caso Vera Fernández- Huidobro), «el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar los temores del interesado como objetivamente justificados (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, §58, 7 de agosto de 1996, Colección 1996- III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33958/96, §44, CEDH2000-XII).» En tal sentido, en el reciente ATC 51/2011 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22526>>, de 5 de mayo, hemos recordado que entre las causas significativas de una posible inclinación previa objetiva del Magistrado que ha de juzgar un determinado asunto se encuentra **«el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior** (SSTC 138/1994 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2655>> , de 9 de mayo, FJ



7; 47/1998 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3549>>, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo , y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan)" (STC 240/2005 <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5500>>, de 10 de octubre, FJ 3)».

CUARTO.- 1.- En seguimiento de tales parámetros, examinadas las actuaciones bajo la habilitación que nos confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , constatamos que, por un lado, los escritos de acusación, tanto del Ministerio Fiscal como, de manera esencialmente idéntica, de la acusadora particular «CELSA» incluyen como hecho determinado, junto a otros, que justifican su imputación del delito de estafa, que «CELSA» vendió material siderúrgico a «Hierros y Laminados Añón SL» durante el tiempo que va de 15 de noviembre de 2007 a 28 de abril de 2008 a los administradores de ésta aquí acusados sabiendo éstos que iban a dejar de atender los pagos de las ingentes compraventas.

2.- El auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Carballo, en causa previa y distinta de la que origina el presente rollo, en auto de siete de octubre de 2008 consideró que «CELSA» comenzó una línea de negocios con «Hierros y Laminados Añón SL» en la que se originaron impagos siquiera ya en febrero, marzo y abril de 2008 pero valorando que no conocía dato alguno que objetivamente permitiera afirmar que desde noviembre de 2007 desplegara engaño alguno relacionado con los impagos por lo que no estima indicio alguno de la comisión de estafa y ordena el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. El día 27 de noviembre de 2008 confirma esa decisión rechazando el recurso de reforma.

3.- Es ya entendiendo del recurso de apelación contra esta decisión cuando la Ilma. Magistrada Doña Dolores Fernández Galiño, aquí recusada (temporáneamente o no), interviene en la decisión del auto de fecha 17 de junio de 2009 , y determina que se atendieron los pedidos a «CELSA» por parte de la empresa del acusado, y que no hubo impagos mientras no se varió el sistema de facturación y que los envíos posteriores a los impagos se efectuaron sabiendo la remitente ya de aquellos. Eso, en el contexto de otros datos, lleva a la Sala de apelación, bajo ponencia de dicha Magistrada, a concluir, como el instructor, que **«no hay indicios de engaño»**. Y argumenta, contradiciendo a la querellante «CELSA», que tampoco hay motivos para estimar concurrentes los engaños proclamados por ésta y que identifica como segundo y tercero engaños. Y excluye, describiendo todos los avatares de los tratos comerciales, que los envíos de la suministradora obedecieran a engaño alguno.

4.- Así pues, cuando el Ministerio Fiscal expone esas circunstancias de los tres apartados anteriores, la Sala de instancia, que enjuició la causa en que se dicta la sentencia aquí recurrida en casación, examinó aquéllas y constató la identidad de objeto a que se viene aludiendo por las acusaciones pública y de «CELSA».

Antes de tomar decisión alguna debió abstenerse de conocer de las acusaciones formuladas, al menos en relación a ese hecho y delito calificado de estafa. Abstención que debería haber llevado a excluir toda decisión, incluida la de que procedía no decidir, porque ello es también una decisión sobre la pretensión de las acusaciones y cuyo fundamento se vincula a la valoración jurídica de la decisión adoptada en la causa seguida previamente sobre ese mismo hecho, por más que con matizaciones atinentes al imputado que no implican variación sustancial.

Aparecen pues justificadas objetivamente las sospechas de las acusaciones sobre la influencia de la previa decisión para traducirse en un **pre-juicio** sobre cual deba ser la **respuesta que merece la petición, ahora reiterada por «CELSA» y el Ministerio Fiscal en esta causa, de condena fundada en el mismo hecho imputado tanto antes como ahora**.

Tal quiebra de imparcialidad en el sentido objetivo, al margen de la subjetiva capacidad de la recusada para hacer abstracción de su discurso argumental en la causa previa, acarrea la declaración de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y subsiguiente nulidad de todo el enjuiciamiento que deberá reiterarse por Tribunal con otra composición en la que no se integre ninguno de quienes formaron el que dictó la sentencia recurrida.

QUINTO.- La estimación del anterior motivo del recurso del Ministerio Fiscal deja sin contenido los demás motivos y recursos, incluido el formulado por la Abogacía del Estado. Éste reprocha a la sentencia que en el caso del delito contra la Hacienda Pública por el IRPF del ejercicio de 2008, sencillamente se declaran no probados los hechos objeto de acusación, sin motivación alguna al respecto.

En relación con el delito del Impuesto de Sociedades de 2008, sen~ala la sentencia (páginas 13 y 14), que no se puede considerar acreditado que no se haya producido el suministro de hierro por la entidad «Cofritamega», con base fundamentalmente en declaraciones testimoniales pese a que un documento acredita que aquella empresa portuguesa, nunca tuvo instalaciones en el lugar del domicilio y hace mas de 5 an~os que dejo de tener actividad, en otros domicilios tampoco consta actividad de la sociedad y solo tuvo algún trabajador en 2002 y 2003, mucho antes de 2008 que es el ejercicio objeto de acusación.



Sin duda la queja, en especial la referida al hecho probado IV (IRPF), que alega que la sentencia recurrida adolece de insuficiencia argumentadora, está justificada, pero la estimación del motivo acarrea la consecuencia de anular la sentencia para que en la instancia se dicte otra. Pues bien, ese efecto ya deriva de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal con la advertencia de la nueva composición del Tribunal de la instancia.

El recurso de la acusación particular («CELSA») lleva también a esa consecuencia de anulación, al menos como consecuencia de los dos primeros motivos, pese a que en el suplico del recurso la parte deje en indefinición lo que está realmente solicitando.

Y el quebrantamiento de forma consistente en formular un relato de «no probado» antepuesto al relato fáctico de las acusaciones formulado por la Abogacía del Estado y por el Ministerio Fiscal, sin duda merecedores también de estimación, llevaría a igual consecuencia, lo que nos releva ya de más intensas consideraciones.

SEXTO.- La estimación de todos los recursos nos lleva a declarar, conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a declarar de oficio las costas de esta casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar los recursos de casación formulados por **El Ministerio Fiscal, La Abogacía del Estado** y por la entidad «**CELSA ATLANTIC, S.L.**», contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, con fecha 11 de mayo de 2016, declaramos que debemos **anular y anulamos el enjuiciamiento oral** de esta causa por el Tribunal de instancia debiendo reponerse las actuaciones al momento en que las partes terminaron de formular sus respectivos escritos de calificación a partir del cual conocerá el Tribunal de instancia con composición de personas en la que no se integren ninguno de los Magistrados que dictaron la sentencia aquí recurrida, con declaración de oficio de las costas de esta casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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.