



Roj: **STS 1326/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1326**

Id Cendoj: **28079120012020100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2020**

Nº de Recurso: **2751/2018**

Nº de Resolución: **259/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 1326/2020,**
SAP A 3030/2018,
AAAP A 762/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 259/2020

Fecha de sentencia: 28/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2751/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: Sección 10ª Audiencia Provincial de Alicante.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2751/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 259/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García



D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2751/2018 interpuesto por Marco Antonio y Pablo Jesús representados por el procurador Sr. D. Manuel Calvo Sebastián, bajo la dirección letrada de D. Carlos Verdú Sancho contra Sentencia de fecha 18 de junio de 2018 dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida contra los recurrentes por un delito societario de administración desleal. Fue parte recurrida D.^a María Dolores representada por el procurador D. Jacobo Borja Rayón y bajo la dirección letrada de D. Mariano Lorente Gómez, si bien desistió en forma antes del señalamiento. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Denia instruyó PA con el número 127/2015, contra Pablo Jesús y Marco Antonio. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Décima) que con fecha 18 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Son -y así expresa y terminantemente se declaran- los siguientes:

Pablo Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo casado con Rosa María Dolores desde el año 1992 hasta mayo de 2009, de cuyo matrimonio nacieron dos hijos.

En virtud de escritura pública de fecha 17 de septiembre de 2001, el acusado y María Dolores constituyeron la sociedad "DURÁ BALLESTER SL", nombrándose a ambos como administradores solidarios de la citada sociedad, cuyas participaciones se repartían de la siguiente manera: 40% para el acusado, 40% para María Dolores, 10% para Demetrio y 10% para Herminia, hijos del matrimonio.

Esta sociedad DURÁ BALLESTER SL era una sociedad patrimonial cuyo principal activo era una nave industrial, finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Pedreguer, gravada con una hipoteca y además estaba arrendada a la sociedad PIENSOS DURÁ SL.

"PIENSOS DURÁ SL" se había constituido también por el matrimonio con la misma distribución de participaciones entre los miembros de la familia que Durá Ballester SL, pero el administrador único era el acusado Pablo Jesús.

PIENSOS DURÁ SL explotaba en la nave arrendada a DURÁ BALLESTER SL un negocio de venta de productos agrícolas.

En fecha 30 de octubre de 2009, el acusado Pablo Jesús, que ya se había separado de María Dolores, atribuyéndose la condición de administrador único de la mercantil DURÁ BALLESTER SL ante la entidad Caja Rural del Mediterráneo, Ruralcaja, S. Coop. De Crédito, formalizó una póliza de crédito por importe de 10.082,50 euros cuyo prestatario era PIENSOS DURÁ SL, y fiadora solidaria DURÁ BALLESTER SL aportando certificación de la misma fecha 30-10-2009 de celebración de junta general universal de esta sociedad de fecha 29-10-2009 en la que se acuerda por unanimidad que Durá Ballester SL formalice y suscriba como fiadora a favor de Pienso Durá SL con la entidad Caja Rural del Mediterráneo, Ruralcaja S. Coop. de crédito la indicada póliza de crédito. Esta Junta General Universal nunca se celebró.

En fecha 15 de diciembre de 2009, el acusado Pablo Jesús, atribuyéndose la condición de administrador único de la mercantil Durá Ballester SL ante la entidad Caja Rural del Mediterráneo, Ruralcaja, S. Coop. de Crédito, formalizó, en perjuicio de la sociedad, otra póliza de contragarantía por la cantidad de 29.820,05 euros, de cuyo importe también respondería como fiadora solidaria DURÁ BALLESTER SL., aportando certificación de la misma fecha, 15-12-2009 de celebración de Junta General Universal de esta sociedad de fecha 14-12-2009 en la que se acuerda por unanimidad que Durá Ballester SL formalice y suscriba como fiadora a favor de Pienso Durá SL con la entidad Caja Rural del Mediterráneo, Ruralcaja S. C oop. De crédito la indicada póliza de c contragarantía. Esta Junta General Universal nunca se celebró.

María Dolores intentó cesar al acusado Pablo Jesús del cargo de administrador solidario de la mercantil DURÁ BALLESTER SL y, ante ello, en fecha de 30 de julio de 2010, el acusado Pablo Jesús, en perjuicio de la sociedad y de los demás socios, con abuso de su cargo y con la finalidad de vaciar de patrimonio la sociedad, vendió la nave industrial, finca registral n.º NUM000 del Registro de la Propiedad de Pedreguer que pertenecía a DURÁ BALLESTER SL, a la mercantil PROMOCIONES DURTOM SL por la suma de 283.756,62 euros, suma notoriamente más baja de la que se calcula como valor estimado en 453.000 euros. En la cuenta bancaria de Ruralcaja abierta el 28-7-2010, el acusado ingresó un cheque por importe de 43.425,64 €, parte del precio de



la compraventa, retirando 39.600 euros en efectivo María Dolores . Promociones Durtom SL retenía el resto del precio para pago a acreedores y de la hipoteca en la que se subrogaba, sin que haya hecho pago alguno de la misma.

La mercantil PROMOCIONES DURTOM SL fue constituida por Marco Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, padre de Pablo Jesús , conociendo el fraude que pretendía llevar a cabo su hijo y con la única finalidad de adquirir la nave y de esta manera despatrimonializar la mercantil DURÁ BALLESTER SL".

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

"FALLO.- Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Pablo Jesús como autor responsable de un delito societario de administración desleal previsto y penado en el artículo 295 del Código Penal en su redacción anterior a LO 1/2015, y un delito continuado de falsedad en documento mercantil, previsto y penado en el artículo 392 en relación con los artículos 390.1.2º y 74 del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el primer delito, y a la pena de UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, Y MULTA DE NUEVE MESES Y UN DÍA CON UNA CUOTA DIARIA DE 6 EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia del artículo 53 del Código Penal, y pago de tres cuartas partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Marco Antonio como cooperador necesario de un delito de societario de administración desleal previsto y penado en el artículo 295 del Código Penal en su redacción anterior a LO 1/2015, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de una cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, Pablo Jesús indemnizará a María Dolores y a Demetrio y Herminia en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como importe de los intereses abonados por Durá Ballester SL por razón de la póliza de contra garantía y, en la cantidad resultante de deducir a la cantidad de 453.000 € (valor de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad de Pedreguer), el importe de 43.425,64 € y el valor de la carga hipotecaria pendiente de pago, lo que se determinara en ejecución de sentencia. Marco Antonio , responderá civilmente de forma solidaria con Pablo Jesús de la cantidad que se determine por el perjuicio de la venta de finca NUM000 .

Requírase al condenado Pablo Jesús al abono, en plazo de QUINCE DÍAS de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolvente, cumpla el mismo la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo del Código Penal un arresto de días.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de CINCO DÍAS ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre, de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley".

TERCERO.- Con fecha 16 de julio de 2018 la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante dictó auto aclaratorio que contiene la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: COMPLETAR la sentencia 208/2018 de 18 de junio de 2018 en el sentido de estar a los autos de 21-11-2017 y 12-1-2018, dictados en la presente causa en relación con la cuestión previa planteada por la defensa de Marco Antonio relativo al archivo de la causa en virtud del artículo 383 de la LECrim respecto del indicado acusado; ACLARAR el fallo de la sentencia el sentido de añadir en el párrafo tercero del mismo a continuación de "y el valor de la carga hipotecaria pendiente de pago", la expresión "al momento de su determinación en ejecución de sentencia (suprimiendo "lo que se determinará en ejecución de sentencia"); y ACLARAR en el párrafo cuarto del fallo, al final, la omisión a "un arresto de ciento treinta y cinco días".

Se mantiene el resto de los términos de la sentencia dictada".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda



del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Marco Antonio y Pablo Jesús .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho de defensa y del derecho a un juicio justo con todas las garantías art. 24.2 CE. **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ por vulneración de los derechos a un juicio con las debidas garantías y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE). **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del art 849.2 LECrim por error en la apreciación de la prueba. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 295 CP. **Motivo sexto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 392 CP. **Motivo séptimo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 111 CP. **Motivo octavo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por incorrecta aplicación del art. 21.6 CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto **apoyando su motivo séptimo** e impugnando los restantes; la representación legal de María Dolores renunció a la impugnación ya presentada del recurso y se apartó del procedimiento. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de marzo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos del recurso conjunto afecta exclusivamente a Marco Antonio . La Audiencia habría vulnerado sus derechos constitucionales de defensa y a un juicio con todas las garantías (art. 24.2 CE) al desestimar la petición de que se procediese como dispone el art. 383 LECrim en atención a su disminuida capacidad mental, que *de facto* le impulsó a acogerse a su derecho a no declarar. No estaba en condiciones de hacerlo, se arguye.

La incidencia fue planteada antes del juicio oral y resuelta negativamente por Auto de 21 de noviembre de 2017. Tras analizar los informes médicos tanto aportados como elaborados a raíz de la solicitud, la Audiencia concluyó que la depresión y la patología cardíaca que afectaban al acusado no reunían las condiciones necesarias para activar el mecanismo excepcional contemplado en el art. 383 LECrim.

Al inicio del juicio la defensa reiteró la petición. Ante la nueva negativa elevó la oportuna protesta abriendo el camino para evaluar en casación la corrección de esa decisión desde la perspectiva, no tanto del art. 383 LECrim, que como precepto procesal no es apto para dar vida a un recurso apoyado en el art. 849.1º, cuanto desde el art. 852 LECrim en relación con el art. 24 CE: comprobar si se ha producido una afectación constitucionalmente relevante del derecho de defensa como consecuencia de esa decisión.

La respuesta ha de ser otra vez negativa: la decisión de la Sala de instancia se adecua perfectamente tanto a la legalidad constitucional, como también a la estrictamente procesal plasmada en el art. 383 citado.

Antes que nada y como marco que ha de presidir nuestra ponderación y decisión, conviene subrayar que las valoraciones de naturaleza fáctica que, no constituyendo propiamente el hecho probado, sí representan la base para decidir otras cuestiones sustantivas o procesales implicadas (v.gr., presupuesto fáctico de una ilicitud probatoria, o, como aquí, grado de capacidad del acusado a efectos no de apreciar una atenuante o eximente, sino de decidir sobre la procedencia de continuar el proceso respecto de él) solo pueden ser revisadas en casación a través de cauces muy estrictos: rige respecto de ellas el mismo estrecho margen que delimitan los arts. 849.1º y 884.3º LECrim. Hay que estar en principio a la valoración efectuada por la Sala de instancia si está motivada y es razonable: es ella la que ha operado directamente con el material probatorio. No podemos nosotros, por ejemplo, regatear aquí la credibilidad al informe efectuado por el gabinete de detectives privados que no le cuestionó el Tribunal *a quo*; o discrepar de la valoración de los informes periciales o del estado del acusado efectuadas por la Audiencia, salvo que se apartase de máximas evidentes de experiencia o de reglas lógicas o de razonabilidad.

Desde esa perspectiva la situación que la sentencia, y los autos previo y posterior que la complementan en este extremo, describe en cuanto al estado del acusado no podía determinar el archivo de las actuaciones ex art. 383 LECrim. Este habla de *demencia*. Más allá de las lógicas limitaciones de la edad, con disminución de la memoria y de algún padecimiento psíquico, no podemos deducir una merma relevante de la capacidad de defensa. La decisión de archivo que prevé el art. 383 LECrim exige más.



Esta conclusión es armónica con nuestros precedentes jurisprudenciales entre los que destaca la STS 844/2017, de 21 de diciembre.

Dice el art. 383 LECrim: "si la **demencia** sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los ejecutan el hecho en estado de demencia".

El precepto -explica la sentencia citada- entronca con una exigencia elemental, a saber, la necesidad de que el marco procesal que delimita el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, defina un escenario que haga posible la vigencia del derecho de defensa. El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerte frente al poder sancionador del Estado. De ahí -prosigue tal precedente- el mandato histórico de proceder al archivo de la causa y adoptar las medidas de seguridad previstas para aquellos que ejecutan el hecho con una afectación de su imputabilidad.

Decía, por su parte, la STS 1033/2010, 24 de noviembre, "... acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio contra quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad. (...) El respeto de las garantías constitucionales aconseja la imposibilidad de celebrar un juicio sin garantizar el derecho de defensa y audiencia, que se enmarcan en los derechos más elementales de un proceso justo, tal y como se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) y en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la medida de seguridad que acarrea el sobreseimiento del proceso no puede ser impuestas sino es en una sentencia tras la celebración del juicio oral.

Se impone, por lo tanto, una interpretación del art. 383 de la Ley procesal que posibilite la armonización de los derechos fundamentales a que nos hemos referido. La STS 971/2004 de 23 de abril , declaró que la previsión del art. 383 de la Ley procesal "no resulta aplicable en la actualidad en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente sentencia y por ende contraria a lo dispuesto en el articulado de su cuerpo legal, cuando en su artículo 3.1 , consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de Sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales". Y añade, "si bien ya desde la Constitución el tema era discutible, con la entrada en vigor del Código no puede haber duda alguna acerca de una rotunda afirmación: la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad sin previo pronunciamiento judicial en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en éste de una de las circunstancias modificativas que conducen al correspondiente sometimiento a tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto". Por otra parte, el principio de contradicción como fundamento del derecho de defensa y consustancial a la idea de proceso, como recuerdan las SSTC 92/96 , 143/2001 y 198/2003 , entre otras, "implica para el órgano jurisdiccional la obligación de evitar desequilibrios en cuanto a la respectiva posición de las partes o en cuanto a las posibles limitaciones del derecho de defensa, alegaciones y prueba. Y esa actividad protectora de jueces y tribunales ha de ser real y efectivamente constatable". En la mencionada sentencia, se recordaba el alcance constitucional del derecho a la última palabra, SSTC 65/2003 y 207/2002 , por lo que concluye con una interpretación del art. 383 de la ley procesal en los siguientes términos "procede acordar la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones para afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá éste ser celebrado....Caso contrario, si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado... para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación".

Las conclusiones son matizables como se desprende de la STS 669/2006, de 14 de junio. Pero no hay necesidad aquí de adentrarse por esos caminos.



La decisión adoptada *in casu* por la Audiencia provincial es equilibrada y ajustada a derecho. No puede anudarse a las patologías descritas por los informes médicos relevancia tan significativa como para situarnos en las condiciones que perfilan esos precedentes.

...

La capacidad para ser motivado por el mensaje imperativo de la norma penal, a la vista del diagnóstico consignado y la actividad ordinaria y cotidiana que venía desplegando el acusado deducida del informe de detectives, ha de considerarse subsistente en términos bastantes a los fines de prosecución del proceso.

No son los facultativos los llamados a decidir qué presupuestos exige el art. 383 LECrim. La Sala, con fundamento, no dudó sobre la capacidad de autodefensa, que, de hecho, el acusado ha ejercido, aunque sea a través de un estratégico y legítimo silencio.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- La cita de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, sirve de plataforma a los recurrentes (motivo segundo) para denunciar una supuesta vulneración de su **derecho constitucional a ser informado de la acusación**: no habría exacta correlación entre los hechos objeto de acusación -venta simulada- y los que han determinado la condena -infraprecio-.

Tampoco se habrían cubierto en el ámbito civil las exigencias del principio de rogación (no es correcto hablar de principio acusatorio en temas de responsabilidad civil, sino de rogación: el recurso es, también en eso, preciso): se reclamaba la nulidad de una venta y, en cambio, la Audiencia ha concretado la responsabilidad civil en una indemnización.

Ninguna de las dos vertientes del motivo puede ser acogida:

a) Los hechos objeto de acusación comprendían los que han motivado la condena. Ciertamente la Audiencia efectúa alguna corrección fáctica -a la baja- en la secuencia presentada por las acusaciones como delictiva. Pero eso no alteraba los términos del debate. No hay modificación sustancial respecto del hecho objeto de acusación. El principio acusatorio no sitúa en la disyuntiva maniquea de acoger los hechos íntegramente o absolver. Es factible que la valoración probatoria de la Audiencia filtre alguno de los extremos fácticos presentes en la acusación o los rebaje, sin que se altere la esencialidad del hecho. Eso sucede aquí: no hay merma del derecho de defensa por esa variación fáctica que convierte lo *más* en un *menos* también delictivo; un *menos* que no supone desviación fáctica, sino que estaba comprendido en ese "*más*" objeto de acusación. No se ha erosionado el derecho de defensa.

b) Tampoco se ha violado el principio de rogación: basta para constatarlo hacer notar, como señala el dictamen casacional del Ministerio Público, que el Fiscal solicitaba con carácter subsidiario a la petición principal de nulidad la fijación de unas indemnizaciones. Había solicitud expresa, aunque fuese subsidiaria. La decisión de la Audiencia se apoyaba en una reclamación explícita.

El motivo decae.

TERCERO.- El motivo cuarto, que anticipamos al tercero por ser menos específico, se apoya en el art. 849 nº 2 LECrim: error en la apreciación de la prueba, basado en documentos. Comienza con el enunciado de una nutrida panoplia de documentos:

a) Informe del API, D. Jesús Manuel, de fecha 16 de diciembre de 2.008, no ratificado, ni explicado, ni aclarado en el Juicio. Aduce que valora una construcción ilegal no registrada ni escriturada, sin estimar la situación jurídica y urbanística, en la cifra de 250.000 €, cuando los otros informes periciales no le otorgan valor alguno.

b) Informe de tasación, de fecha 13 de julio de 2010, emitido por VALMESA. Estima el valor de mercado de la nave en 283.756,62 €, y no los 453.000 que establece la Sentencia.

c) Tasación del valor de la nave elaborado por TINSA, en fecha 27 de julio de 2016, según el que el valor de la nave es de 195.877,50 €.

d) Pólizas de seguro de la nave y el valor asignado por el tomador del seguro a la finca, durante los ejercicios 2002 y 2011. Acreditan que el tomador del seguro otorgó un valor de reposición de la nave en el año 2002 de 241.000€, en 2004 de 200.000 € y en los años 2010 y 2011 de 241.000 €, precio inferior al del negocio jurídico incriminado.

e) Escritura de compraventa de 30 de julio de 2.010 de la que se desprende que se pagó el precio escriturado por 43.425,64 €, más el IVA por importe de 51.078,19 €, según cheques unidos al folio 464, por lo que la operación fue real y efectiva, a falta de la subrogación hipotecaria de la deuda con Banesto, por lo que la finalidad no fue vaciar el patrimonio social.



- f) Los requerimientos de pago de Banesto por impago de la hipoteca acreditan el número de cuotas impagadas correspondientes a los meses de marzo a julio, lo que determinó la decisión de proceder a la venta del inmueble.
- g) La escritura de constitución de DURÁ BALLESTER SL, sus estatutos y nota simple del Registro que demuestran la facultad del acusado para realizar el negocio jurídico.
- h) Escritura de aportación de inmuebles e DURÁ BALLESTER SL a favor de inmobiliaria TWINKLE 2006, SL, acredita la aportación de tres fincas urbanas por la Sra. María Dolores a otra sociedad por ella controlada, sin el acuerdo del acusado y sin acuerdo de la junta general.
- i) Escritura de 21 de septiembre de 2009 de aportación de inmuebles de DURÁ BALLESTER a favor de TWINKLE 2006, SL, acredita la aportación de cuatro fincas rústicas por la Sra. María Dolores a otra sociedad por ella controlada, sin el acuerdo del acusado y sin acuerdo de la junta general. Demuestra que la perjudicada fue quien primero despatrimonializó la sociedad, estando ya separada legalmente por Auto de 9 de marzo de 2009.
- j) Contestación del oficio remitido por el instructor a Banesto de 12 de julio de 2013 acredita que la perjudicada remitió Burofax oponiéndose a la subrogación hipotecaria por Promociones Durtom SL, hecho que acredita que los acusados tuvieron intención de subrogarse.
- k) Escritura de cesión de crédito hipotecario de la nave a favor de Donato, pareja sentimental de la querellante, según se desprende de un informe de detective privado, acredita que el actual acreedor hipotecario es la pareja sentimental de la perjudicada, que evidencia el plan de ésta para dejar de pagar la hipoteca para que el banco ejecutara el inmueble y comprar el crédito por persona interpuesta.
- l) Notas del Registro de la Propiedad acreditan la titularidad de las siete fincas registrales aportadas por la perjudicada a TWINKLE SL.

A partir de tales documentos los recurrentes desarrollan una argumentación, en algunos puntos en paralelo y no basada estrictamente en los documentos, para postular una valoración probatoria diferente. Pero los documentos no demuestran en sí y de forma inequívoca e incontestable ningún error de la Sentencia. Muchos porque se invocan precisamente para criticar sus conclusiones (informe pericial primeramente enunciado); otros porque pierden su capacidad para convertirse en palanca del art. 849.2º LECrim al estar contradichos por otros elementos de prueba lo que según la dicción del precepto priva de viabilidad a la pretensión (así sucede con los otros dos informes periciales cuya conclusión es descartada de forma razonada por la Sala de instancia en virtud de la otra tasación pericial); otros, por fin, porque se refieren a elementos colaterales que no están en absoluto negados por la sentencia, y que no son demostrativos por sí mismos de la inocencia de los recurrentes (notas del registro de la propiedad, etc..).

La masiva invocación de documentos -según plástica expresión de la representante del Ministerio Fiscal- sugiere en efecto un objetivo no armónico con la morfología legal de este motivo de casación: una nueva valoración de toda la prueba practicada desde la posición interesada de los recurrentes desbordándose la estricta disciplina del art. 849.2. Eso no es posible.

Sí cabe, en cambio, valorar los argumentos a través de la presunción de inocencia que es lo que haremos en el fundamento posterior.

La forma en que se construye el razonamiento quiebra totalmente el formato y la arquitectura de un motivo amparado en el art. 849.2º LECrim que exige documentos (que no pruebas personales documentadas como son muchas de las invocadas); designación de sus particulares concretos (lo que se omite la mayor parte de las veces); que los documentos sean literosuficientes (lo que no sucede en relación con los extremos que se pretende demostrar); y que no existan elementos de prueba contradictorios (que los hay: informes periciales...).

El motivo descarrila sin perjuicio de que algunos de sus alegatos refuercen el motivo que examinaremos seguidamente en cuanto al delito de administración desleal cuya estimación, que ya se anuncia, dejaría vacío a éste de contenido, al menos, en parte.

CUARTO.- Tomando como base legal los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, se denuncia en el tercer motivo violación del derecho a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE).

Se alega la insuficiencia de la actividad probatoria practicada para sostener la certeza de que la venta de la nave se hizo con abuso del cargo y por precio inferior al valor real. Desde ese presupuesto se argumenta tratando de desviar la responsabilidad a la acusación particular: ella habría sido quien vació la sociedad mediante la aportación con anterioridad de varias fincas a otra sociedad. La venta sobre la que se construye la condena, sin embargo, habría sido un negocio oneroso cierto, con precio y pago reales. No se habría producido abuso del cargo de administrador (lo era solidariamente). Y respecto al precio de la nave existen varias tasaciones no



coincidentes. No habría razón suficiente para otorgar más valor a una de ellas (528.000 euros) que, además, tuvo que ser moderada por la Sala de instancia.

La prueba documental demuestra la obtención de unos créditos y el otorgamiento de una contra garantía, así como la venta de la nave propiedad de la sociedad Durá Ballester SL en los términos que se reflejan en el hecho probado. No son hechos que hayan sido controvertidos. Hay prueba clara de ellos.

Una prueba pericial sirvió al Tribunal *a quo* para entender acreditado que el precio de venta fue notablemente inferior al valor de mercado. Las discrepancias entre los tres informes periciales se explicarían porque solo uno (el que finalmente tomó como referencia la Audiencia), elaborado por Jesús Manuel, contempló el valor del almacén construido en una subparcela, (250.000€). La Sentencia justifica la necesidad de incluir ese almacén: aunque la construcción no está legalizada, es real y existente. No obstante, esa circunstancia combinada con la situación de crisis económica de aquél momento, le lleva a moderar el valor total reduciéndolo prudencialmente a 450.000 euros. Ahí sitúa el valor de mercado del bien en ponderación racional; racional, pero no concluyente en cuanto la moderación podría haber sido mayor.

En principio, tratándose de una diversidad de informes periciales la Sala estaría autorizada para asumir las conclusiones de uno en detrimento de los otros, siempre y cuando su opción esté razonada. Pero en este caso falla una de las premisas de ese planteamiento general. Existen, sí, varios informes documentados. Pero uno de ellos -aquél por el que en definitiva la Sala se ha decantado- no solo presenta ciertos déficits (cronología, momento de la realización, no ponderación de algunos datos que tiene que ser suplida por la Sala...) que son denunciados por los recurrentes, y que no están presentes en los otros (realizados por entidades solventes), sino sobre todo no ha llegado a convertirse en informe pericial practicado en forma legal y con todas las garantías en cuanto que no ha sido objeto de ratificación, aclaración y explicación. La acusación no lo ha convertido en tal. No ha sido sometido a contradicción intrínseca: ha sido contradicho por otros peritos cuyos informes sí han sido objeto de exposición y sometidos al interrogatorio cruzado. No podemos en este escenario otorgar a aquél documento unido a la querrela que refleja una opinión sobre un tema propio de expertos el valor de informe pericial que le ha conferido la Sala. La condena no puede basarse en ese *documento* que se limita a recoger la opinión de un experto no filtrada por la contradicción necesaria para convertirse en material probatorio apto para la condena; máxime cuando sus conclusiones están contradichas fundadamente por otros, estos sí, informes periciales.

El motivo ha de ser estimado.

QUINTO.- Al amparo del art. 849 nº 1 LECrim, se denuncia indebida aplicación del art. 295 CP.

Es prosperable este motivo como consecuencia de la estimación del tercero. Al hacer pivotar la sentencia el delito en el infraprecio y no ser esa una circunstancia acreditada por prueba concluyente y practicada con todas las garantías, pierde su base el delito.

SEXTO.- El siguiente motivo vuelve a utilizar el art. 849 nº 1 LECrim. para protestar por la condena por un delito de falsedad del art. 392 CP. No existiría dolo falsario en la suscripción de las pólizas ni en la emisión de los certificados. Tampoco perjuicio patrimonial por cuanto el beneficiario era otra sociedad del grupo. Se arguye que al ser una sociedad familiar no se celebraban formalmente juntas de socios ni se llevaba un libro de actas. Los certificados de las Juntas los habría preparado la notaría. El recurrente actuaba en la creencia de que era una forma habitual de actuar entre ambas sociedades.

El hecho probado refleja la elaboración por parte del acusado de dos certificaciones de sendas juntas universales de la sociedad "Durá Ballester SL", que no se habían celebrado. En ellas se hacía constar la adopción de acuerdos unánimes para formalizar y suscribir la póliza de crédito y la de contragarantía. Esas certificaciones constituyen documento mercantil.

El estado de conflicto con los otros socios hace baldía y totalmente inasumible la excusa de tratarse de una sociedad familiar en la que se adoptaban los acuerdos de manera informal. La disculpa aducida tratando de cargar la responsabilidad en la notaría, aparte de contradecir el hecho probado, no resulta verosímil y se presenta como alegato interesado.

Ahora bien, estamos ante una falsedad efectuada por un particular y de naturaleza ideológica. No se falsea el acta, sino una certificación y, además, en un momento en que la legislación societaria era menos estricta en el punto afectado. La certificación no es un documento totalmente simulado (art. 390.1. 2º). Es un documento que expide realmente quien lo firma (no se simula su intervención), aunque lo certificado no se ajuste a la realidad (es una *mentira* de un particular por escrito). Es falsedad ideológica del art. 390.1.4º CP y como tal atípica (art. 392 CP). Además, se ha desvanecido su carácter instrumental respecto de un delito de Administración desleal que, según hemos visto, ha desaparecido.



Los hechos no encajan en los arts. 390 y 392 CP aplicados.

El motivo se estima igualmente.

SÉPTIMO.- El siguiente motivo se centra en temas de responsabilidad civil introducidos por la puerta otra vez del art. 849 nº 1 LECrim. Ha quedado despojado de contenido como consecuencia de la estimación de motivos anteriores.

Igual sucede con el motivo octavo (atenuante de dilaciones indebidas).

OCTAVO.- La estimación del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas causadas (art. 901 de la LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio y Pablo Jesús contra Sentencia de fecha 18 de junio de 2018 dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida contra los recurrentes por un delito societario de administración desleal.

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 2751/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Denia (Alicante), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Décima), y que fue seguida por un delito societario de administración desleal contra Pablo Jesús y Marco Antonio en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO



ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia si bien haciendo constar en el Hecho Probado conforme se deriva de la anterior Sentencia que no ha quedado acreditado que el precio fijado por la venta de la finca se apartase de su valor real.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De acuerdo con la argumentación de la anterior sentencia hay que concluir que los hechos tal y como han quedado perfilados tras el filtro de la casación no son constitutivos de delito. Procede en consecuencia la libre absolución con declaración de las costas de la instancia de oficio.

FALLO

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

1.- Absolver a Pablo Jesús de los delitos de administración desleal y continuado de falsedad en documento mercantil; así como **Absolver a Marco Antonio** como cooperador necesario de un delito de administración desleal, con todos los pronunciamientos favorables, en ambos casos.

2.- Declarar las costas de la instancia de **oficio**.

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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz