



Roj: **STS 4976/2025 - ECLI:ES:TS:2025:4976**

Id Cendoj: **28079120012025100918**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2025**

Nº de Recurso: **2222/2023**

Nº de Resolución: **890/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP, Ceuta, Sección 6ª, 06-05-2022 (rec. 36/2020),
STSJ AND 5254/2023,
STS 4976/2025**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 890/2025

Fecha de sentencia: 29/10/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2222/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/10/2025

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2222/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 890/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D.ª Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de octubre de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2222/2023**, interpuesto por **NURISHI INTERNACIONAL SA(acusación particular)**, representada por la procuradora D^a. Blanca Murillo de la Cuadra, bajo la dirección letrada de D. José Luis Cortes y García, contra la sentencia nº 7/2023, de fecha 12 de enero de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 1/2022, que desestimó el recurso de apelación del recurrente y confirmó el auto de fecha 6 de mayo de 2022, que acordó el sobreseimiento libre Jose Carlos , dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, en el Procedimiento Abreviado nº 36/2020, en causa seguida por delitos de administración desleal, apropiación indebida y falsedad. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: Jose Carlos , representado por el procurador D. Juan Carlos Teruel López, bajo la dirección letrada de D. Juan Alinquer Carrasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Ceuta instruyó Diligencia Previas P.A. nº 165/2019, contra Jose Carlos , por delitos de administración desleal, apropiación indebida y falsedad y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 36/2020, dictó auto nº 91/2022, de fecha 6 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva es la siguiente:

<<1) Tenemos por no formulada la acción penal por Nurishi Internacional S.A. frente a Jose Carlos .

2) Ordenamos el sobreseimiento libre Jose Carlos . >>

SEGUNDO.- Contra referido auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Nurishi Internacional SA, y una vez concluida la sustanciación del recurso en la Audiencia Provincial, se elevaron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 1/2022, dictó sentencia nº 7/2023, de 12 de enero de 2023, cuyo fallo tiene el siguiente contenido:

<<Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Nurishi Internacional S.A." contra el auto dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta en fecha 6 de mayo de 2022, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia. >>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y 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.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre la recurrente Nurishi Internacional SA (acusación particular):

Primero.- El recurso se fundamenta en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate, al amparo de lo establecido en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; infracción que ha sido determinante en el contenido del Fallo, y que son las siguientes:

1. A virtud del artículo 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24 CE en cuanto a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

2. A virtud del artículo 849.1 LECrim por infracción por indebida aplicación del artículo 103.2 LECrim en cuanto a la exclusión de legitimidad activa para el ejercicio de la acción penal por una entidad mercantil por encontrarse ésta compuesta exclusivamente por hermanos.

3. A virtud del artículo 849.1 y 849.2 LECrim y artículo 5.4 LOPJ por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 CE, en relación con el artículo 131 del Código penal (indebida aplicación), al considerar prescrita la acción ejercida por el Ministerio Fiscal y, por tanto, la inexistencia de acción penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo 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 8 de octubre de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Por la representación legal de Nurishi Internacional S.A se interpone recurso de casación contra la sentencia núm. 7/2023, 12 de enero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que desestimó el recurso de apelación promovido contra el auto suscrito por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Ceuta, con fecha 6 de mayo de 2022, que había acordado el sobreseimiento libre recaído, una vez abierto el juicio oral y en trámite de cuestiones previas, en el procedimiento abreviado núm. 36/2020, en cuyo marco se había formulado acusación contra Jose Carlos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

2.- En la audiencia preliminar prevista en el art. 786.2 de la LECrim, la defensa invocó la infracción de los arts. 103.2 de la LECrim, 268 del CP y 131 del CP.

La Audiencia Provincial estimó que la prohibición prevista en el art. 103.2 de la LECrim, que excluye del ejercicio de la acción penal a los hermanos, salvo que se trate de delitos cometidos "...por los unos contra las personas de los otros", era perfectamente aplicable al presente caso. Y es que, si bien la querella estaba interpuesta por la entidad Nurishi Internacional S.A contra Jose Carlos, esta sociedad estaba integrada por hermanos ligados por el vínculo de consanguinidad.

También consideró que la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP no era viable en la fase intermedia, sino en la sentencia que ponga término al procedimiento, con cita de la sentencia de esta Sala 794/2016, 24 de octubre.

El órgano de instancia estimó, más allá de estos obstáculos que condicionaban la viabilidad de la acción penal entablada, que, a la vista de las alegaciones del Ministerio Fiscal en esta fase de cuestiones previas -que había hecho suya la tesis de la defensa, en el sentido de que los hechos imputados se hallaban prescritos- la continuación del procedimiento implicaría una vulneración del principio acusatorio.

Con base en este razonamiento, la Audiencia Provincial dictó auto cuya parte dispositiva dice así: "1.- Tenemos por no formulada la acción penal por Nurishi Internacional S.A frente a Jose Carlos. 2.-Ordenamos el sobreseimiento libre Jose Carlos".

Contra este auto se interpuso por la acusación particular recurso de apelación que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

El recurso tiene que ser estimado.

3.- El análisis por esta Sala de las alegaciones de la acusación particular ejercida por Nurishi Internacional S.A y de los argumentos esgrimidos por el Fiscal y la defensa, se enfrenta a varias dificultades que complican el desenlace del recurso.

De entrada, si bien la línea de razonamiento que da vida a la sentencia recurrida centra su foco principal en la aplicación del art. 103 de la LECrim, sin referencia al art. 268 del CP -precepto que considera inaplicable en la fase intermedia- los antecedentes de esta Sala hacen aconsejable un análisis que no prescinda del enlace funcional entre la norma procesal y el precepto sustantivo.

3.1.- La causa tramitada conforme a las normas que rigen el procedimiento abreviado ha sido clausurada después de las alegaciones que definen la audiencia preliminar prevista en el art. 786.2 de la LECrim, ya abierto el juicio oral, mediante un auto de sobreseimiento libre. Esta resolución, que no especifica a cuál de los apartados que integran el art. 637 de la LECrim se refiere, pone así término a un procedimiento en el que la fase intermedia había sido superada, los escritos de acusación provisional estaban perfectamente definidos y el juicio oral daba comienzo a sus sesiones.

Con carácter general, el auto de sobreseimiento es una resolución de cierre de la fase intermedia, una forma anticipada de terminación del procedimiento si concurre alguno de los presupuestos que acogen los arts. 637 y 641 de la LECrim. Cuando el juicio oral está ya abierto -así acontece en el procedimiento abreviado cuando se dan los requisitos previstos en el art. 783 de la LECrim- lo habitual es que el procedimiento siga su curso hasta el dictado de la sentencia.

La STS 749/2016, 24 de octubre, reitera esta idea: "...abierto el juicio oral no puede decretarse, (...) el sobreseimiento libre por atipicidad de los hechos, o por concurrencia de una eximente completa: se hace imprescindible celebrar el juicio sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia. Lo mismo que no sería procedente que como incidente previo se promueva una alegación destinada a demostrar la atipicidad del

hecho para provocar un auto de sobreseimiento, tampoco una eventual excusa absolutoria justifica esa abrupta forma de abortar el trámite en un momento ya inidóneo para ello".

Y añade: "...no es posible en esa fase preliminar del juicio archivar una causa por razones de fondo, como demuestra el art. 639 LECrim. Es una decisión prematura e indebidamente anticipada como señala el Fiscal en su dictamen de casación. Si está abierto el juicio oral, la Sala ha de resolver el fondo en sentencia salvo los casos limitados en que la ley autoriza a un pronunciamiento anticipado (artículos de previo pronunciamiento, fallecimiento, retirada de la acusación). Es verdad que en alguna ocasión se ha podido admitir excepcionalmente otra posición. Pero el precedente invocado por la resolución y la defensa (STS 361/2007, de 24 de abril) no dice eso exactamente. Proclama, en efecto, que se puede apreciar la excusa absolutoria en la fase intermedia, pero siempre que el escenario procesal concreto lo permita por no existir procesamiento o acusación".

Esta forma de interpretar la crisis anticipada del proceso no excluye, claro es, que la concurrencia de algunos de los presupuestos que operan como verdaderos artículos de previo pronunciamiento -la prescripción, la falta de competencia o la cosa juzgada podrían ser algunos de los ejemplos- determine el dictado de un auto que cierre definitivamente la causa. Esta idea se ha visto reforzada, si cabe, por la reforma operada por la LO 1/2025, de 2 de enero, que ha dado nueva redacción al art. 785 de la LECrim y acentúa el significado instrumental de estos trámites desplazando el efectivo comienzo del juicio oral al momento ulterior en el que las cuestiones previas han sido efectivamente resueltas.

3.2.- En el presente caso, la decisión de cierre definitivo de la causa fue acordada por la Audiencia Provincial a la vista de la concurrencia de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal, tesis sugerida por la defensa y aceptada por el Fiscal, y en atención a que la aplicación del art. 268 del CP no podía ser invocada en la fase intermedia.

La resolución recurrida no facilita el examen de la cuestión controvertida. De hecho, silencia un aspecto de especial significado, cual es la composición de la sociedad anónima que entabla la querella, de la que sólo se dice que formaban parte los hermanos, sin aclarar la posible existencia de otras personas que integraran la persona jurídica de corte familiar.

La Audiencia Provincial ha entendido que la combinada aplicación de los arts. 103.2 de la LECrim y la extemporánea invocación del art. 268 del CP impiden que la acusación particular, ejercida por una sociedad anónima en la que se integran los hermanos, pueda hacer valer la acción penal frente a otro hermano.

Por lo que se refiere a la perturbadora convergencia del art. 103.2 de la LECrim y el art. 268 del CP, la STS 933/2010, de 22 de octubre, proclama que "es indudable que los planos jurídicos sobre los que han de operar los arts. 268 del CP y 103 de la LECrim no se superponen. Mientras que el primero centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco, el segundo se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal. Pero también es cierto que la exégesis del uno no puede hacerse con absoluta independencia del otro. (...) Resultaría un contrasentido, en fin, que la persecución de hechos delictivos no amparados en ninguna excusa por razón del parentesco, fuera sometida por el legislador a limitaciones que no guardan relación con el fundamento mismo de la exención".

Concluye esta misma resolución que "...la limitación del art. 103 de la LECrim (...) no afecta a la capacidad de denunciar, sino a la capacidad de mostrarse parte como acusación particular y, por tanto, para ejercer una pretensión acusatoria. (...) De ahí que ningún obstáculo existe para aquellos supuestos en los que la denuncia formulada (...) da pie a la incoación de un proceso penal en el que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la función constitucional que le incumbe, promueva el ejercicio de la acción penal contra el (...) denunciado".

Se trata de una cuestión controvertida no sólo en el ámbito dogmático. También la jurisprudencia ha oscilado en precedentes alejados de la deseable uniformidad. El alcance de la exención prevista en el art. 268 de la LECrim y su posible exclusión, en aquellos casos en los que entre los hermanos que contienden existe una persona jurídica a través de la que se canaliza la actividad económica, sigue siendo objeto de controversia.

Se ha dicho que la aplicación a las sociedades familiares de la protección que concede el art. 268 del CP parte de extrañas razones de política criminal que hoy en día no se sostienen. Si la paz familiar es el fundamento de la excusa absolutoria, se preguntan algunos autores qué debería ocurrir cuando las relaciones entre los parientes están absolutamente rotas y ya no existe paz familiar que proteger. Incluso se ha dudado de la constitucionalidad de este precepto, en la medida en que introduce un trato desigual, por tanto, contrario al art. 14 de la CE entre el pariente y el extraño que forma parte del consorcio delictivo.

Son varios los precedentes que muestran esa falta de uniformidad.

La STS 933/2010, 22 de octubre, razonaba que "mal puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim, aun en el caso de que no fuera objeto de la interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP, pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos - en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado- con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante. Sólo a partir de una inaceptable interpretación que negara la personalidad jurídica predicable de cualquier sociedad mercantil y la fusionara con la de sus integrantes, podría asumirse que la limitación que, en su caso, afectaría al cónyuge, también repercutiría en las sociedades en las que aquél se integra".

Sin embargo, la doctrina del *levantamiento del velo* ha condicionado otras decisiones en las que se adjudicó efecto exoneratorio al art. 268 del CP en los casos de una sociedad integrada por dos socios que, además, son hermanos. A esta conclusión han llegado las SSTs 42/2006, de 27 de enero, 250/2023, 11 de abril y 209/2020, 21 de mayo, que entendieron que la doctrina del levantamiento del velo no podía eludirse en perjuicio del reo, asegurando que "es de aplicación la excusa absolutoria aun cuando pudiera entenderse que la perjudicada del delito fuera una sociedad familiar: Todavía sería necesario analizar una cuestión que podría erigirse en impeditiva de la estimación de la excusa absolutoria. Se produciría de entenderse como perjudicada u ofendida por el delito la sociedad, como persona jurídica, y no los socios todos ellos hermanos de la querellante, entendida la sociedad como ente autónomo y distinto a sus componentes. En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del levantamiento del velo con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación in bonam partem debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP".

3.3.- En el presente caso, sin embargo, otra razón se suma a la imposibilidad de avalar la decisión adoptada en la resolución recurrida.

En efecto, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia postulan un tratamiento extensivo de la excusa absolutoria a delitos que no son de naturaleza patrimonial y que, por consiguiente, no pueden quedar abarcados en la literalidad del art. 268 del CP.

El escrito de acusación promovido por Nurishi Internacional S.A, según se refleja en los antecedentes de hecho del auto dictado por la Audiencia Provincial, imputaba no sólo por los delitos de apropiación indebida y administración desleal, sino por los delitos de falsedad documental societaria (art. 290 del CP); imposición de acuerdos lesivos (art. 292 del CP) y denegación de derechos a los socios (art. 293 del Código Penal).

La vida societaria de cualquier ente jurídico trasciende a las relaciones familiares de sus integrantes. La regularidad de las cuentas, su integridad, es indispensable para la seguridad del tráfico comercial, más allá de la bonanza o tormenta que atraviesen las relaciones entre los hermanos que comparten la condición de socios.

La necesidad de una interpretación restrictiva ha sido ya defendida por esta Sala. En la STS 794/2016, 24 de octubre, señalábamos que "...ni el delito del art. 290 CP ni los delitos de falsedad de los arts. 393 y concordantes del CP son delitos estrictamente patrimoniales. Por ambos se está ejercitando la acusación en un caso por Ministerio Fiscal y la acusación particular (...) y en otro solo por las acusaciones particulares. Por tanto sea cual sea la solución que se dé respecto a la compatibilidad de la excusa absolutoria con el delito de administración fraudulenta (hoy modalidad de la apropiación indebida) la eficacia del art. 268 jamás podrá alcanzar a esas modalidades falsarias".

Esta tesis había sido sugerida, además, por otros precedentes. Es el caso de la STS 42/2006, 27 de enero y, de forma mucho más explícita, por la STS, 9/2024, 11 de enero, en la que se razona en los siguientes términos: "...la actual proliferación de sociedades familiares, como indudable nota definitoria de nuestro sistema económico, debe llevar consigo no extender los efectos exoneratorios de la excusa del art. 268 CP a los delitos cometidos en el seno de estructuras societarias, por más que su capital esté en manos de parientes. Y sin que la doctrina del levantamiento del velo pueda servir para hacer emerger la excusa absolutoria. Y ello, porque la configuración técnico jurídica de una y otra son absolutamente diferentes, ya que en el seno de la estructura societaria no puede hablarse de la "protección de la paz familiar", ni de la protección del "entorno familiar".

El tema suscita, desde luego, la necesidad de huir de proclamaciones de carácter general que no permitan abarcar la riqueza de cada caso concreto. De hecho, es entendible el criterio de quienes siguen viendo en una estructura societaria de composición exclusivamente familiar una prolongación de las relaciones familiares que tiene que seguir siendo contemplada por el derecho como un terreno en el que la norma penal no encuentra su mejor campo aplicativo. Pero este enfoque no puede prescindir de la idea de que entre los parientes que actúan enfrentados por discordias familiares y los entes constituidos como personas jurídicas para operar en



el mundo empresarial, existe una sensible diferencia que -insistimos, en algunos casos- puede aconsejar una interpretación más restrictiva del art. 268 del CP.

En el presente caso, el hecho de que los escritos de acusación proyectaran la calificación jurídica no sólo a supuestos delitos de apropiación indebida o administración desleal, sino a delitos falsarios cometidos en el marco de una sociedad familiar, la exclusión de la acusación particular representada por Nurishi Internacional S.A, acordada por la Audiencia Provincial y avalada por el Tribunal Superior de Justicia, representó una interpretación extensiva del art. 268 del CP, ajena a su verdadero fundamento.

4.- Queda por analizar la posible prescripción de los hechos por los que se formulaba acusación y que determinaron al Fiscal, después de haber formulado acusación provisional y en la audiencia preliminar del art. 786.2 de la LECrim, a apartarse del procedimiento.

La Sala no puede ahora verificar el cómputo del tiempo indispensable para apreciar la extinción de la posible responsabilidad penal por prescripción. Ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Superior de Justicia han dado respuesta a esta alegación como consecuencia de la retirada de acusación del Ministerio Fiscal.

5.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de NURISHI INTERNACIONAL S.A, contra la sentencia núm. 7/2023, 12 de enero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 6 de mayo de 2022, dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, en el procedimiento abreviado núm. 36/2020, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando 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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 2222/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D.ª Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de octubre de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2222/2023**, interpuesto por **NURISHI INTERNACIONAL SA(acusación particular)**, contra la sentencia nº 7/2023, de 12 de enero, dictada por la Sala de lo Civil y

Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 1/2022, que desestimó el recurso de apelación del recurrente y confirmó el auto de fecha 6 de mayo de 2022, que acordó el sobreseimiento libre Jose Carlos, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, en el Procedimiento Abreviado nº 36/2020, en causa seguida por delitos de administración desleal, apropiación indebida y falsedad, sentencia que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los FFJJ 2 a 4 de nuestra primera sentencia, resulta obligada la estimación del recurso promovido por la acusación particular ejercida por Nurishi Internacional S.A declarando la nulidad de la sentencia recurrida que confirmó el auto dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz en el procedimiento abreviado núm. 36/2020.

Se declara, por tanto, la nulidad del sobreseimiento libre acordado en la instancia. Se acuerda, por las razones expuestas, dejar sin efecto la exclusión de la entidad querellante Nurishi Internacional S.A del procedimiento, con el fin de que pueda promover la acusación frente al querellado por los delitos societarios por los que inicialmente fue formulado el escrito de acusación provisional.

Restablecida en su derecho la acusación particular y promovido el debate contradictorio sobre la prescripción u otras cuestiones previas alegadas por las partes, deberá resolver la Audiencia Provincial lo que estime procedente, absolviendo o condenando al acusado como cierre del procedimiento.

FALLO

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

Se DECLARA LA NULIDAD de la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con el núm. 7/2023, 12 de enero, se restablece en su derecho a la acusación particular ejercida por NURISHI INTERNACIONAL S.A. Se acuerda la devolución de las actuaciones a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, en los términos que se expresan en el fundamento jurídico único de esta resolución.

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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA A LA SENTENCIA Nº 890/2025, RECURSO CASACIÓN Nº 2222/2023

Lamento sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Desde mi mayor consideración a la opinión mayoritaria estimo que el recurso interpuesto por la acusación particular, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de 12 de enero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía debería haber sido desestimado.

Paso a continuación, de manera muy breve, a precisar las razones de mi disenso.

1. La primera, se refiere al, a mi parecer, desconcertante reproche que en la sentencia mayoritaria se dirige tanto al tribunal de instancia como al de apelación por indebida aplicación del artículo 268 CP pues " *postulan un tratamiento extensivo de la excusa absolutoria a delitos que no son de naturaleza patrimonial y que, por*

consiguiente, no pueden quedar abarcados en la literalidad del art. 268 del CP", aunque en un apartado posterior se introduce una matización al afirmar " que si bien la línea de razonamiento que da vida a la sentencia recurrida centra su foco principal en la aplicación del art. 103 de la LECrim, sin referencia al art. 268 del CP, precepto que considera inaplicable en la fase intermedia, los antecedentes de esta Sala hacen aconsejable un análisis que no prescinda del enlace funcional entre la norma procesal y el precepto sustantivo".

Como intenté defender, sin ningún éxito, en la deliberación, la razón de la crisis procesal ordenada nada tiene que ver con la aplicación de la excusa absolutoria.

No hay pronunciamiento alguno anticipatorio sobre si los títulos de acusación permitirían haber activado la excusa absolutoria si hubiera subsistido la acción penal, permitiendo, así, un pronunciamiento sobre el fondo. La única consideración calificatoria que se contiene en la sentencia recurrida es la relativa a que, a los efectos del artículo 103.2º LECrim, ninguno de los delitos -falsedad, apropiación indebida y administración desleal- que integran las conclusiones provisionales formuladas por la acusación particular pueden ser tenidos como *delitos cometidos contra las personas*. Conclusión que, por otro lado, resulta incontestable.

2. Lo anterior me aproxima a otra razón, de mayor alcance, sobre la que baso mi discrepancia: la relativa a la argumentación de la sentencia mayoritaria que se construye combinando, como si fueran dos fórmulas coligadas, la regla de legitimación del artículo 103 LECrim y la excusa absolutoria del artículo 268 CP. Fórmula argumental que considero equivocada.

Es cierto, no obstante, que entre ambas reglas cabe trazar algunos *precursores* ideológicos y teleológicos comunes de la mano de una determinada concepción de la relación familiar que modaliza, en determinados casos, el desarrollo del proceso y la propia efectividad de la sanción penal. Y también lo es que en las respectivas regulaciones se identifican zonas tangentes. La mayoría de las relaciones familiares y personales contempladas en la regla procesal se contemplan, también, en la norma penal sustantiva y, desde luego, los delitos patrimoniales que se mencionan en esta no pueden ser objeto de acción penal por aquellos a quienes se refiere la norma procesal.

3. Pero fuera de estos puntos de convergencia, ambas reglas actúan con decidida autonomía en contextos aplicativos, además, muy diferentes. Lo que se destaca, precisamente, en términos irreprochables, en la sentencia recurrida.

Esta se limita a analizar si se dan los presupuestos objetivos y subjetivos de aplicación de la regla procesal de legitimación restringida para el ejercicio de la acción penal y sobre esta cuestión, en mi opinión, debería haberse pronunciado exclusivamente la sentencia mayoritaria. La combinatoria argumental entre los artículos 103 LECrim y 268 CP que se utiliza en la sentencia mayoritaria, al no justificarse por las razones ofrecidas por el Tribunal Superior, priva de consistencia a lo decidido.

4. La tercera razón de disconformidad no es ajena, tampoco, a los argumentos anteriores, pero se centra en la aplicación de la regla del artículo 103 LECrim que la sentencia mayoritaria descarta.

Creo que no cabe negar que las decisiones sobre legitimación para el ejercicio de la acción penal pueden afectar sensiblemente a los contenidos de equidad y de justicia garantizados constitucional y convencionalmente a los que debe responder todo proceso. Nadie puede verse arbitrariamente privado de acceder al proceso cuando ostente suficiente legitimación, pero, en justa e imperiosa correlación, nadie puede acceder al proceso para ejercer la acción penal si carece de las exigibles y necesarias condiciones de intervención.

La entrada en el proceso penal, por la densidad constitucional de los intereses en juego, no puede convertirse en una suerte de actividad de parte incontrolada o incontrolable. Lejos de ello, los tribunales debemos asumir con rigor la función de controlar que se cumplen, muy particularmente en los supuestos de acusaciones populares y particulares, las condiciones materiales de legitimación y las cargas procesales de admisión.

Si bien el derecho de acceso no puede verse arbitrariamente limitado, por ejemplo, mediante la fijación de fianzas que superen de manera desproporcionada la capacidad satisfactiva de la parte, por la identificación de requisitos o condiciones inexistentes o por interpretaciones excesivamente formalistas o arbitrarias de las previstas en la ley -vid. SSTC 326/94, 50/98, 218/2007-, también debe garantizarse con la misma rotundidad que ninguna persona pueda verse acusada por una parte que carece de condiciones para ello.

5. El proceso equitativo, en los términos diseñados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por todas, SSTEDH, caso Pélissier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999; caso Karatas y Sari contra Francia, de 16 de mayo de 2002- es aquel en el que todos los intervinientes gozan de un mismo espacio de alegación y de defensa contradictoria de sus intereses, sin que puedan producirse indebidos desequilibrios o desigualdades carentes de justificación entre las diferentes situaciones procesales,

pero siempre de conformidad a las reglas que las enmarcan. Porque, en efecto, la presencia y el mantenimiento de una parte acusadora en el proceso careciendo de condiciones para ello puede introducir indebidos desequilibrios, hipertrofiando las expectativas de éxito de la acción penal y menoscabando, con ello, las de la defensa -vid. al respecto, SSTS 149/2013, de 26 de febrero; 167/2021, de 24 de febrero-. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades extensivas que pueden proyectarse sobre la actividad probatoria, el objeto procesal, el alcance "normativo" de la acusación, las posibilidades de recurso o el mayor coste de los gastos procesales que por vía de costas deba asumir la persona que resulte declarada penalmente responsable. O, como en el caso, la propia pervivencia de la acción penal.

6. Dichos potenciales factores de desequilibrio chocan con un punto de partida insoslayable en el proceso penal: el estatuto constitucional reforzado del que debe gozar la persona acusada, en los términos contundentemente afirmados por el Tribunal Constitucional -vid. STC 112/2015-. La protección efectiva del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia, como ejes constitucionales del propio modelo procesal, prestan incuestionable contenido y consistencia a dicho estatuto reforzado que entre muchas manifestaciones debe proyectarse en una interpretación constitucionalmente orientada de las reglas que posibilitan el ejercicio del derecho de acusar, evitando exacerbaciones no justificadas.

7. Pues bien, en el caso, el Tribunal Superior precisa que la mercantil que interpuso la querella contra el Sr. Jose Carlos está integrada exclusivamente como partícipes por el querellado y sus hermanos. Pero no solo. También descarta en el párrafo tercero del fundamento segundo el argumento esgrimido por la acusación sobre el *desligamiento de las realidades societarias y el parentesco de sus socios* (sic) que la sentencia de apelación califica de *ambiguo e impreciso*. Lo que debe interpretarse en el sentido de que tanto la Audiencia como el Tribunal Superior identificaron una simple estructura familiar con una forma societaria que no impedía, levantado el velo, aplicar la regla de legitimación restringida para el ejercicio de la acción penal entre los familiares precisados en el artículo 103.2º LECrim. Interpretación del Tribunal Superior que, por otro lado, ha sido avalada en supuestos de entes societarios integrados exclusivamente por hermanos por distintas sentencias de este Tribunal Supremo con explícitas llamadas, además, a la necesidad de aplicar estándares interpretativos en esta materia a favor de reo -vid. SSTS 94/2023, de 14 de febrero; 250/2023, de 11 de abril; 238/2020, de 26 de mayo-.

8. Es cierto, no obstante, que no siempre puede negarse la alteridad del ente social respecto a los miembros que la integran en supuestos de mercantiles con una fuerte estructura personalista y familiar, si bien creo que en estos casos debería exigirse una carga de acreditación a la propia mercantil que pretende ejercer la acción penal.

Pero, en todo caso, no podemos obviar los estrechos márgenes de este recurso de casación por exclusiva infracción de ley penal sustantiva y de la necesidad, por tanto, de partir de los presupuestos fácticos delimitados en la resolución recurrida. Entre estos, la identificada correspondencia intensa entre la forma social y la estructura familiar. Lo que permite, en los términos, insisto, sostenidos reiteradamente por esta Sala aplicar la regla de limitación del artículo 103 LECrim.

9. Por último, un apunte final de mi disenso, relativo a la parte dispositiva de la segunda sentencia que se remite a su fundamento jurídico. Creo que no solo cabe la opción de absolver y condenar como se indica en la sentencia mayoritaria. También es posible su terminación anticipada mediante auto por extinción de la responsabilidad criminal presunta si se estimara la cuestión previa de prescripción planteada por la defensa a la luz de los respectivos escritos de acusación y no fuera necesario, por ello, el desarrollo del juicio para fijar los hechos probados en que se fundamente.

Concluyo: no identifico razones que, con la certeza exigida, me permitan concluir que el Tribunal Superior ha infringido el régimen de la legitimación procesal. De contrario, tengo serias dudas que me hacen temer que el acusado se verá sometido al proceso a consecuencia de una acción ejercitada por personas a quienes la ley no les reconoce legitimación para ello. Lo que, como anticipaba, es una fuente de inequidad procesal con relevancia constitucional.

En esa medida, el recurso debería haber sido desestimado.

Este es mi voto discrepante que se unirá a la sentencia.