

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062724

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 657/2017, de 5 de octubre de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2473/2016

SUMARIO:

Delito continuado de defraudación a la Seguridad Social. Infracciones cometidas con anterioridad y posterioridad a la LO 7/2012. Problemas de régimen transitorio. El tipo penal invocado consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social y la dificultad del caso de autos lo es por resultar cometidas las infracciones bajo diversa redacción de la conducta típica, al modificarse la normativa típica. Efectivamente a los años naturales de 2011 y 2012, le son de aplicación el art. 307 tal como resulta su redacción tras la reforma operada por LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese año. Pero a los hechos acaecidos a partir del 17 de enero de 2013, le son de aplicación, el art. 307 y 307 bis, en la redacción resultante operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre. Con la nueva redacción, lo defraudado en un período determinado cuatrienal, integra un solo delito; con la única matización de que si sobrepasa los ciento veinte mil, incurre en el tipo agravado del 307 bis; pero elude en ese cuatrienio, cualesquiera que sea el número de defraudaciones perpetradas, que resultarían calificadas en concurso real (o eventualmente en su caso, como delito continuado). Se pueden apuntar algunas pautas mediante las que podrá resolverse particularizadamente cada caso:

1. Pluralidad de hechos cometidos bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.- Cuando los hechos cometidos bajo la vigencia del Nuevo Código Penal sean por sí solos capaces de integrar un delito continuado (por existir pluralidad de acciones perpetradas después del 24 de mayo donde entra en vigor el CP) habrá que aplicar en todo caso el nuevo texto punitivo integrando en el único delito continuado también las acciones, una o varias perpetradas con anterioridad.

2. Sólo una de las acciones se ha perpetrado bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.- En los casos en que sea una única la acción cometida vigente la nueva normativa y ésta constituya en unión con otra u otras acciones anteriores un delito continuado, a través de las posibilidades de individualización de la pena se buscará un quantum penológico con arreglo al nuevo Código Penal que hubiera podido aplicarse también de conformidad con la legislación derogada (deducidos los días de redención), lo que no será difícil a la vista del diferente sistema penológico del art. 74 frente a su antecedente (art. 69 bis, que permitía en todos los casos la subida hasta el grado medio de la pena superior). Es decir, se castigará con arreglo al nuevo Código Penal pero con una limitación: la pena no podrá superar la que fuese imponible con el anterior texto.

3. Como solución excepcional para algunos casos extremos en que no sea factible lo apuntado en los apartados anteriores (por no permitir el nuevo Código Penal una pena inferior a ese tope penológico marcado por la legislación derogada), no será descartable la ruptura de la continuidad delictiva, siempre y cuando el resultado penológico no perjudique al reo, por ser inferior a la pena imponible al delito continuado con arreglo al nuevo Código Penal.

De forma que aún cuando se entendiera que estamos ante un delito continuado de defraudación a la Seguridad Social, las infracciones que integrarían ese continuum delictivo serían las que adecuadamente especificadas por el Ministerio Fiscal: tanto de las cuotas no ingresadas los años 2011 y 2012, a los que sería aplicable el art. 307.1.B) y 74 CP , como las impagadas desde el año 2013 a las que serían aplicables la reforma del CP por LO 7/2012, en sus arts. 307.1 y 307 bis.1.a y 74 CP , lógicamente al establecer una determinación de la cuantía donde debe estarse al importe total defraudado durante cuatro años naturales, que comprende por tanto el año 2014; y conforme las soluciones anteriores, correspondería castigarse, con arreglo al nuevo Código Penal con la limitación de no superar la pena que fuese imponible con el anterior texto. Solución que igualmente resulta compatible y justificada con la impuesta recurrida, sin que la *reformatio in peius* permita consideraciones más gravosas.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 69, 74, 307 y 307 bis.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 741.

**PONENTE:**

Don Andrés Palomo del Arco.

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 2473/2016, interpuesto por D. Serafin representado por la procuradora D.^a Mercedes Blanco Fernández, bajo dirección letrada de D. Ignacio de Andrés Aguerri y por las mercantiles FRANQUICIAS SILVASSA S.L., BERCA PATRIMONIO S.L., ARAOUANE HOGAR S.L., UNIVERSAL ROYAL BUSSINES S.L., ANCIAFRICA S.L. y CIREBON S.L., representadas por la Procuradora D.^a Lourdes Fernández-Luna Tamayo bajo dirección letrada de D.^a Verónica Cavero Sancho, contra la sentencia dictada por la Sala Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera. Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida, la Tesorería General de la Seguridad Social representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 10 de Zaragoza incoó Diligencias Previas Procedimiento Abreviado núm. 1898/2015 contra D. Serafin por delito de fraude a la Seguridad Social; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza cuya Sección Tercera (Rollo de P.A. núm. 23/2016) dictó Sentencia en fecha 9 de noviembre de 2016 que contiene los siguientes hechos probados:

«El acusado Serafin , mayor de edad y con antecedentes penales que no son computables en esta causa, procedió a administrar las siguientes mercantiles: "Franquicias SILVASSA S.L." constituida en el año 2004, la cual ha tenido hasta un total de quinientos trabajadores a lo largo de su vida laboral, ascendiendo la deuda que mantiene con la Seguridad Social hasta marzo de 2015 a 1.190.305,24 euros, la mercantil "Barca Patrimonio S.L.", constituida en el año 2006 y administrada por él desde entonces que mantiene con la Seguridad Social una deuda de 222.554,20 euros y ocho trabajadores; la mercantil "Universal Royal Bussines S.L.", constituida en el año 2013 y once trabajadores, administrándola formalmente durante ocho meses desde el 13 de agosto de 2013 al 28 de abril de 2014, manteniendo una deuda con la Seguridad Social de 302.033,57 euros, la mercantil "Anciafrica S.L." constituida en el año 1997 habiendo tenido 128 trabajadores, y apareciendo como administrador desde el 18 de enero de 2012 Abelardo , que era un simple trabajador e hizo de testaferro, consta una deuda con la Seguridad Social de 3.938,96 euros.

Consta también en la causa que la mercantil "Cirebon S.L". constituida en el año 2005, con un total de treinta trabajadores afiliados a lo largo de su vida, fue administrada formalmente por Candido desde su constitución y con una deuda de 87.692,67 euros en cuotas de seguros sociales y que la mercantil "Araouane Hogar S,L". constituida en el año 2006 con un total de diecisiete trabajadores afiliados y una deuda con la Seguridad Social de 38.160,64 euros fue administrada desde su creación por Ezequiel hasta el año 2012 que le sustituyó Abelardo .

De todas las citadas empresas el acusado don Serafin era socio único o mayoritario de ellas, siendo el que tomaba las decisiones respecto a sus ingresos y gastos, acreditándose que, entre otras deudas, no relevantes a efectos penales, "Universal Royal Bussines S.L." adeuda a la Seguridad Social 141.560,82 euros del año 2012, y 95.785,65 euros del año 2013, "Franquicias Silvassa S.L.", 69.315,85 euros del año 2013 y "Berca Patrimonio S.L." 174.451,19 euros en el año 2014, siendo toda esta deuda derivada de "Berca Patrimonio S.L.", "Franquicias Silvassa S.L." y "Cirebon S.L".



El acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas, organizando para ello una sucesión de empresas y una confusión patrimonial, presentando a los Órganos de la Seguridad Social documentos de cotización con ocultación y alteración de datos contables obstruyendo la labor de Inspección de dicho organismo».

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«Que debemos condenar y condenamos al acusado Serafin como autor de un delito continuado de fraude a la Seguridad Social ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del art. 56 del Código Penal y multa de 800.000 euros con arresto sustitutorio en caso de impago de 6 meses, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años.

Asimismo, el acusado indemnizará a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 481.113,51 euros, de los que responden solidariamente. "Franquicias Silvassa, S.L.", "Araouane Hogar, SL", "Berca Patrimonio, SL", "Universal Royal Bussines, SL", "Anciafrica, SL" y "Cirebon, SL", todo ello más los intereses legales previstos en el artículo 576 de la L.E.Civil .

Igualmente, se condena a Serafin al pago de las costas procesales incluidas las de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y al perjudicado/víctima, aunque no se haya mostrado parte en la causa».

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de D. Serafin y de las mercantiles Franquicias Silvassa, S.L., Berca Patrimonio S.L., Araouane Hogar S.L., Universal Royal Bussines S.L., Anciafrica S.L. y Cirebón S.L., teniéndose por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

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

Serafin

Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECr ., al haberse infringido el art. 307.1 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no incardinarse en el tipo penal invocado la concurrencia del elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849 apartado 2º de la LECr ., al considerar que ha existido error en la apreciación de la prueba, consistente en la determinación de las cantidades presuntamente defraudadas a la Seguridad Social por las mercantiles con relevancia penal y recogidas como tal en los hechos probados.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849,1º de la LECr ., al considerar infringido el art. 307 del CP , en la redacción dada por la LO 15/2003 de 26 de noviembre, que señala la cuantía de la defraudación en 120.000 euros por anualidad.

Motivo Cuarto.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.1º residenciado en: a) "contradicción entre los hechos declarados probados"; b) "predeterminación del fallo".

Motivo Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º de la LECr ., por incumplimiento de los arts. 741 y 742 de la LECr ., al no resolver la Sala Sentenciadora sobre los "pagos a cuenta" efectuados por

la mercantil FRANQUICIAS SILVASSA SL, entre las fechas septiembre de 2012 y abril de 2013, ni los realizados por BERCA PATRIMONIO SL, en enero de 2013.

Motivo Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851, apartado 3º de la LECr ., al no resolver la Sala sentenciadora sobre si las cantidades que se dice adeudadas a la Seguridad Social por las mercantiles UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, FRANQUICIAS SILVASSA SL y BERCA PATRIMONIO SL (penúltimo párrafo de los hechos probados) incluyen, además del principal, los recargos, intereses y costas.

Motivo Séptimo.- Por quebrantamiento de forma, con el mismo amparo del art. 851, pfo. 3º de la LECr ., la Sala sentenciadora no resuelve sobre si la cantidad de 481.113,51 (FD Tercero), fijada como responsabilidad civil, incluye solamente el principal de las cuotas patronales, obreras y conceptos de recaudación conjunta, o se constituye además con los recargos, intereses y costas.

Motivo Octavo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851, apartado 3º de la Ley adjetiva penal, la Sentencia recurrida no resuelve sobre la deuda adquirida por la mercantil UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, durante los ocho meses (13/08/2013 a 28/04/2014-hecho probado-) en que el acusado administró la citada sociedad.

Motivo Noveno.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851, apartado 3º de la Ley procesal penal , la Sala sentenciadora no resuelve sobre cuáles son los requerimientos de la Seguridad Social rechazados, cuáles son los documentos presentados con ocultación y alteración de datos contables y qué empresas deja inactivas ocultando deudas, según se hace constar en el FD Segundo de la Sentencia, sin que se hayan acreditado tales afirmaciones por algún medio de prueba.

Motivo Décimo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECr ., al haberse infringido el art. 307.1 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no concurrir el ELEMENTO SUBJETIVO de lo injusto que conforma el delito de fraude a la Seguridad Social.

Motivo Undécimo.- Por infracción de precepto constitucional. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1 , del propio Texto Constitucional.

Franquicias Silvassa, S.L., Berca Patrimonio S.L., Araouane Hogar S.L., Universal Royal Bussines S.L., Anciafrica S.L. y Cirebón S.L.,

Motivo Primero.- Por infracción de ley:

A) Al amparo del artículo 849.1 LECr ., al haberse infringido el art. 307.1 CP vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no incardinarse en el tipo penal invocado la concurrencia del elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural.

B) Al amparo del artículo 849.1º LECr ., al haberse infringido el artículo 307.1 C.P . vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no concurrir el elemento subjetivo de lo injusto que conforma el delito de fraude a la Seguridad Social.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECr ., al entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, consistente en la determinación de las cantidades presuntamente defraudadas a la Seguridad Social, recogidas en los hechos probados.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º LECr ., por entender que en la sentencia resulta manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ , se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que infringe la sentencia recurrida, consagrado en la CE, en su artículo 24.2, en relación con el artículo 53.1 CE .

Quinto.

Conferido traslado para instrucción, el Letrado de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal interesaron la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente solicitaron su desestimación; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 19 de septiembre de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Recurre la sentencia de instancia, la representación procesal del condenado en la misma como autor responsable de un delito continuado de defraudación a la Seguridad Social, formulando su segundo motivo por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849 apartado 2º de la LECr ., al considerar que ha existido error en la apreciación de la prueba, consistente en la determinación de las cantidades presuntamente defraudadas a la Seguridad Social por las mercantiles con relevancia penal y recogidas como tal en los hechos probados.

1. Argumenta que atendiendo a las cantidades expresadas en los Hechos Probados, la suma de todas ellas alcanza la cifra de 481.113,51 euros, cifra ésta coincidente con la señalada en el fallo, considerada como defraudada y constitutiva de la indemnización, en concepto de responsabilidad civil, a que es condenado pero sin embargo, la mercantil UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, a la que se le aplica una deuda en el año 2012 de 141.560.82 euros, es imposible que en dicha anualidad, adeudara esa cantidad ni ninguna otra; pues, dicha mercantil se constituye en Escritura Pública, otorgada el 11 de junio de 2013.

Asimismo indica que "BERCA PATRIMONIO S.L." tanto si nos atenemos al Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, emitido en fecha 28 de agosto de 2014, como si tomamos la referencia de la certificación, de fecha 29 de abril de 2015, del Subdirector Provincial de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, la anualidad adeudada en ninguna de ellas supera a la establecida por el art. 307 del C.P . de 120.000 euros, desconociendo de dónde resulta una deuda que se afirma para 2014 de 174.451,19 euros, afirmada en la sentencia recurrida.

2. El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr ., reitera esta Sala Segunda, se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

Ahora bien, igualmente, la doctrina de esta Sala exige reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento.

Por ello esta vía casacional, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr .

Lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es

inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

3. De ahí, que el recurso deba ser desestimado; pues de una parte, es de los propios documentos invocados, informe y certificación referenciados, de los que resultan las cifras vertidas en la sentencia; de otra, que obra documentación autónoma y complementaria de la que resulta el importe de deuda alegado.

Así, respecto de UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, en la certificación de situación de cotización de las empresas citadas, emitido por la Dirección Provincial de Zaragoza de la Tesorería General de la Seguridad Social, datado el 8 de octubre de 2015, donde, pese a las quejas del recurrente en ulteriores motivos, se contiene una detallada situación de la deuda de cada una de las entidades invocadas por el recurrente, con desglose por anualidades de la deuda propia y consignación diferenciada de la deuda derivada, se afirma (folio 655) una deuda derivada de 301.392 euros (de los que 215.069 corresponden al principal), que era originaria de "Araouane Hogar, SL", "Berca Patrimonio S.L.", "Franquicias Silvassa S.L." y "Cirebon S.L.". En cuya consecuencia, la deuda que se hace constar pendiente de estas entidades es la no derivada; lo que explica la deuda anterior a junio de 2013; motivada tal descripción de la deuda mantenida con la Seguridad Social, y así cuando por facilidad operativa de su identificación por deudores actuales se hace, conlleva que sea necesario incluir la deuda derivada de otras entidades, pues de modo correlativo se suprime en las entidades deudoras originales (la sucesión era una de las modalidades defraudatorias utilizadas), pues de otro modo, la deuda que por cotizaciones se había generado restaría en el limbo.

No obstante, en el certificado al folio 334, se indica que tiene tanto deuda propia como deuda derivada de solidaria de Breca, Cirebon y Silvassa; y así al folio 655, referido a Universal Royal Business SL, se le asigna sólo deuda propia por 2014 y 2015, pero se precisa la "deuda derivada de varias empresas que no puede contabilizarse por duplicidad con deuda originaria". Es decir, aunque haya mediado sucesión de empresas, de donde la responsabilidad del abono de aquellas cotizaciones alcance a Universal Royal Business SL, se mantiene el listado expositivo deudor en las originarias, lo que permite una mayor clarificación expositiva.

Cualquiera que sea el método expositivo, habrá que computar las deudas sincrónicamente, sin que responda a método lógico alguno, invocar las cifras deudoras de unas entidades después de que han sido derivadas y de las entidades allí donde se derivan, antes de que esto suceda, para evitar una concreción de deuda errónea.

Y en cuanto a Berca Patrimonio SL, a veces denominada Patrimonial y quizás sea la causa de la insuficiencia de datos librada con esta denominación, en la certificación de 29 de abril de 2015 (el invocado folio 335) donde se hace con la denominación de BERCA PATRIMONIAL SL, viene exclusivamente referida a la provincia de Zaragoza, con un solo Código de Cuenta de Cotización: 50115200146 (los dos primeros dígitos, corresponden al código provincial, en este caso Zaragoza); mientras que la certificación para BERCA PATRIMONIO SL, a los folios 658 a 660, con el mismo NIF, obra la deuda de ese código de cotización y de once más correspondientes conforme a sus dos primeros dígitos a otras tantas provincias, 08187085845, 11116949021, 14115190931, 15118936019, 26105785408, 28207218565, 31109894762, 33115908518, 41132466343, 46139598360, 47107899951, de donde resulta la deuda afirmada en la sentencia recurrida. De modo que la cifra de 174.451,19 euros, resta ampliamente justificada.

El motivo se desestima.

Segundo.

- El undécimo motivo lo formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por entender que la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

1. Alega inexistencia de actividad probatoria, referida tanto al elemento subjetivo, como al tipo objetivo, para determinar la cuota defraudada, pues la Sala, desprecia el Informe suscrito por las Inspectoras de Trabajo y Seguridad Social obrante al F.96 de la causa que cifra la deuda de BERCA PATRIMONIO en 26.236,59 euros, y la CERTIFICACION emitida y firmada por el Subdirector Provincial de la Dirección Provincial de la TGSS (F.335 de la causa) y sin embargo, la sentencia recoge, que "no se pueda excluir la defraudación de BERCA PATRIMONIO del año 2014 por importe de 174.451,19 euros... por cuanto si es cierto que al folio 335 figura una certificación de 42.397,99 euros, se trata de un error material a la vista de los folios 348 a 359..."

2. La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación

a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril ; 328/2016, también, de 20 de abril ; 156/2016, de 29 de febrero ; 137/2016, de 24 de febrero ; ó 78/2016, de 10 de febrero).

Consecuentemente no basta la plasmación de otra hipótesis alternativa fáctica, para entender conculcado el derecho a la presunción de inocencia, como resulta de la propia jurisprudencia constitucional, plasmada entre otras en la STC 55/2015, de 16 de marzo : "sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 ; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 ; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3 ; y 70/2010, de 18 de octubre , FJ 3); [...] nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que 'entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos' (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13)..." (SSTC 13/2014 a 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 6 , y 23/2014, de 30 de enero , FJ 5).

En definitiva, es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

A esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3. Sucede sin embargo en autos, que la deuda certificada con Berca Patrimonial SL, librada con esta denominación en la certificación de 29 de abril de 2015 (el invocado folio 335) atiende a un solo Código de Cuenta de Cotización: 50115200146, correspondiente a la provincia donde se certifica, Zaragoza; pero la certificación para BERCA PATRIMONIO SL, a los folios 658 a 660, librada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Zaragoza, respecto de esa entidad, con el mismo NIF, enumera toda la deuda del territorio nacional, donde obra la deuda (en ningún caso derivada) de ese código de cotización y de once más correspondientes conforme a sus dos primeros dígitos a otras tantas provincias (08 Barcelona, 11 Cádiz, 14 Córdoba, 15 Coruña, 26 La Rioja, 28 Madrid, 31 Navarra, 33 Asturias, 41 Sevilla, 46 Valencia y 47 Valladolid), de donde resulta la deuda afirmada en la sentencia recurrida.

En cuanto al elemento subjetivo, resulta y precisa la sentencia recurrida del propio informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Zaragoza, y demás documentación procedente de la Dirección Provincial de Zaragoza de la Tesorería General de la Seguridad Social, listados informáticos de gestión, vida laboral, etc., documentación registral mercantil, e incluso la propia testifical practicada en el extremo de las altas y bajas simultáneas, de las que se concluye:

a) Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo -lo cual fue referido también por los testigos que acudieron a declarar al plenario-.

b) Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama.

c) Diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales; y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; e

d) Incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial.

De conformidad con los criterios jurisprudenciales descritos, la suficiencia y existencia de prueba de cargo, tanto sobre la cantidad defraudada por BERCA PATRIMONIO SL, como de la actividad que evidencia un comportamiento defraudatorio por parte del recurrente en relación con el abono de las cuotas de la seguridad social de las entidades de su conglomerado, resulta justificada y acreditada, por lo que el motivo se desestima.

Tercero.

- El primer motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECr., al haberse infringido el art. 307.1 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no incardinarse en el tipo penal invocado la concurrencia del elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural.

Como tercer motivo, formulado también al amparo del artículo 849. 1º de la LECr entiende infringido el art. 307 del CP, en la redacción dada por la LO 15/2003 de 26 de noviembre, que señala la cuantía de la defraudación en 120.000 euros por anualidad.

Así como en el décimo, donde alega también infracción del art. 307 CP, al no concurrir el elemento subjetivo.

1. Argumenta en relación al primer motivo que si se observa el informe emitido por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, resulta literalmente que la deuda de FRANQUICIAS SILVASSA S.L. asciende a 165.993,17 euros, referida al periodo abril de 2012 a octubre de 2013. La deuda de CIREBON S.L. asciende a 85.500,99 euros y se refiere al periodo de mayo de 2011 a octubre de 2013. Las mercantiles ANCIAFRICA S.L. y NEARDAMO S.L. no tienen deudas con la Seguridad Social. ARAOUANE HOGAR S.L. mantiene deudas con la Seguridad Social por un importe de 3.909,82 euros, correspondientes al periodo de julio de 2011 a enero de 2012. La deuda de BERCA PATRIMONIO S.L., asciende a 26.236, 59 euros y está referida al periodo de septiembre de 2012 a mayo de 2014; alcanzando la suma de las cantidades que se dicen adeudadas a la fecha de agosto de 2014, referida a las anualidades 2011, 2012, 2013, y 2014, la cifra 281.640 euros, de modo que no resulta cumplimentado el elemento objetivo de cuotas defraudadas que excedan de 120.000 euros (art. 307.1) por año naturales (307.2); que implicaría al menos 480.000 euros defraudados.

Ello al margen de que entiende que intereses, recargos y costas, no deberían ser computados para la integración de la cuota delictiva.

Y de similar manera, asevera, si se toma de referencia la certificación de situación de cotización emitida por el Subdirector Provincial de Dirección General de la Seguridad Social de Zaragoza, en relación a la entidad Universal Royal Business SL, solamente en el año 2012 se podría considerar la existencia de una cuantía que superase los 120.000 euros a efectos penológicos fijados en el tipo; pero en la misma debería restarse la deuda de "Cirebon" SL, al no ser incluida en los hechos probados con relevancia penal, por lo que tampoco superaría esa cifra.

Por último, alega, que además habría de restarse la cantidades entregadas a cuenta: 148.231 euros transferidos por la mercantil "Franquicias Silvassa SL" y 8.303 por "Berca Patrimonio" SL.

2. Argumenta en relación al tercer motivo que, afirma el Tribunal sentenciador, pese a determinar como Ley aplicable el Código Penal anterior a la reforma de la LO 7/2012 de 27 de diciembre, por ser más beneficiosa para el acusado, "la existencia de cuatro delitos, conforme al art. 74 del Código Penal (FJ 2º pfo. primero), cuando las cantidades que se dice defraudadas en los Hechos Probados por las empresas que refiere, con relevancia penal, son: "Universal Royal Business S.L." 141.560,82 euros del año 2012 y 95.785,65 euros del año 2013; "Franquicias Silvassa S.L." 69.315,85 euros del año 2013; y, "Berca Patrimonio S.L." 174.451,19 euros en el año 2014; de modo que en realidad sólo exceden de los 120.000 euros dos anualidades y no cuatro.

3. En el décimo motivo alega que hasta el comienzo de la crisis, las empresas donde el recurrente tenía alguna participación por cualquier concepto, bien como socio, bien como administrador de hecho o de derecho, abonaron las cuotas a la Seguridad Social puntual y correctamente; que es partir de esa fecha, cuando surgen problemas de tesorería y la imposibilidad del pago puntual de las cuotas; e incluso ha reconocido que ha dejado a deber cuotas a la Seguridad Social por las deudas de clientes y los bancos.

4. La doctrina de esta Sala Segunda reitera que cuando el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECr., ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En cuya consecuencia, no es el objeto de este motivo, determinar la adecuación de la valoración probatoria que conduce al relato histórico, sino que fijados estos, examinar si la calificación jurídica efectuada, se corresponde con esa declaración de hechos probados.

5. De ahí que primer y décimo motivo en cuanto no respetan la intangibilidad del relato de hechos probados e introducen dispares valoraciones probatorias al allí consignado, deban ser rechazados ad límine; tanto más cuando en las cuantías que esgrime en el primer motivo, en la primera suma no computa las correspondientes a Universal Royal Business SL, ni computa la deuda no derivada de Berca Patrimonio SL y de Franquicias Silvassa SL; y en el décimo motivo, obvia las maniobras derivadas de la sucesión de empresas y confusión patrimonial, que en el ejercicio de su derecho de defensa, mantiene aún en la exposición de su recurso.

6. En cuanto al tercer motivo, aunque se afirma la existencia de un delito continuado de defraudación a la Seguridad Social integrado por cuatro infracciones, al que se proyecta en conclusión llanamente vertida, sin especial motivación, el Código Penal anterior a la reforma operada por LO 7/2012, "por ser más beneficiosa para el acusado", tal expresión, bien es cierto, que condicionada por el principio acusatorio, en su reduccionismo, oculta la dificultad que el caso de autos presenta, al resultar cometidas las infracciones bajo diversa redacción de la conducta típica, al modificarse la normativa típica.

Efectivamente a los años naturales de 2011 y 2012, le son de aplicación el art. 307 tal como resulta su redacción tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese año:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

Pero a los hechos acaecidos a partir del 17 de enero de 2013, le son de aplicación, el art. 307 y 307 bis, en la redacción resultante operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre:

Artículo 307

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.

Artículo 307 bis

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

Con la reforma, destaca la doctrina que paradójicamente, aunque en principio la exigencia típica aminorada de la cuota defraudada de ciento veinte mil a cincuenta mil euros, posee un efecto agravatorio para el defraudador y que se permitan acumular las cantidades evadidas durante cuatro años, a los efectos de computar ese límite de los cincuenta mil euros, de tal modo que pueden convertirse en delito defraudaciones que con la redacción anterior no rebasaban el límite defraudado penalmente típico en cada "liquidación, devolución o deducción" o en cada año natural; sin embargo, en los casos en que la defraudación superase dicho límite en una liquidación, devolución o deducción o en un año natural la regla posee un efecto beneficioso para el culpable al impedir la aplicación del concurso real.

Pues efectivamente, con la nueva redacción, lo defraudado en un período determinado cuatrienal, integra un solo delito; con la única matización de que si sobrepasa los ciento veinte mil, incurre en el tipo agravado del 307 bis; pero elude en ese cuatrienio, cualesquiera que sea el número de defraudaciones perpetradas, que resultarían calificadas en concurso real (o eventualmente en su caso, como delito continuado).

De modo, que determinar cuál normativa resultaría más beneficiosa, deviene operación donde confluye una múltiple casuística, con circunstancias que inciden de forma antagónica; aunque analizado el supuesto de autos, la conducta desarrollada exclusivamente bajo vigencia de la norma reformada por la LO 7/2012, integra defraudación agravada por la cuantía, superior a 120.000 euros; penada con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía, en cuanto permite englobar las defraudaciones cometidas en los dos años anteriores y aún persistiría como delito único, deviene siempre más favorable que un concurso real; e incluso que el delito continuado calificado por la normativa anterior a la LO 7/2012, con un umbral mínimo de prisión de tres años, y un umbral máximo hasta seis años y tres meses de prisión, consecuencia de la facultad que permite el inciso final del art. 74.1 CP; y multa del tanto y medio al séptuplo y medio de la cuantía defraudada.

Además, en todo caso, resulta una conclusión absurda que por haber cometido con anterioridad a la reforma más defraudaciones, se concluya una tipicidad más benigna que la que corresponde por su actividad típica tras la reforma.

La impuesta, se ubica en el marco punitivo resultante de la nueva normativa, e incluso en su mitad inferior, pese a la cantidad defraudada.

7. Pero incluso cuando no se entendiera más favorable para este caso concreto, la nueva normativa, aún la determinación punitiva del delito continuado, con infracciones cometidas con anterioridad y posterioridad a una reforma, no se compece con la sencillez extrema que se recogen en sentencia; ni su concreción en la forma más favorable, conlleva proyectar sobre la singularidad de las nuevas infracciones cometidas vigente la nueva normativa la penalidad anterior; otra cuestión es que la incidencia que los hechos anteriores al determinar la penalidad correspondiente al delito continuado que unas y otras infracciones bajo regímenes normativos distintos, conlleve.

Incluso la propias Circulares de la Fiscalía General del Estado, invocadas por el recurrente, que se remiten generalmente a los criterios expuestos en la 2/1996, de 22 de mayo, muestran la complejidad de esta cuestión y las soluciones posibles, que distan de la instada por el recurrente:

- Si el nuevo Código resulta más beneficioso no habrá cuestión: se aplicará en todo caso el nuevo Texto Penal agrupándose bajo un único delito continuado reglamentado por su art. 74 todas las acciones perpetradas, tanto las anteriores como las posteriores al nuevo régimen normativo.

- Si el nuevo Código es desfavorable, la cuestión es mucho más ardua. En primer lugar debe rechazarse la posibilidad de aplicar la nueva ley más gravosa a los hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor...

Tampoco parece factible aplicar a los nuevos hechos la legislación derogada más beneficiosa en la medida en que estaríamos ante una ultra-actividad no consentida por la Ley y se llegaría en algunos casos a resultados absurdos: la realización de algún hecho anterior se erigiría en una injustificable causa de atenuación que provocaría



agravios comparativos frente a quien realiza los mismos hechos bajo la vigencia de la nueva norma, sin haber cometido ninguno antes (así, quien realizó una conducta anterior y tres posteriores, merecería menor pena que quien sólo realizó las tres conductas posteriores). Entender que en esos casos no es posible construir un delito continuado para calificar por separado los hechos aplicando a unos y otros las respectivas normas según su fecha de comisión resulta en extremo artificioso y podría llevar a soluciones muy perjudiciales para el reo por la duplicidad de penas. Tanto el art. 69 bis derogado como el nuevo art. 74 al hablar de preceptos penales semejantes permiten refundir en un solo delito continuado acciones perpetradas bajo la vigencia de textos penales distintos. Como ha señalado la doctrina no caben soluciones claras y válidas para todos los supuestos. Pero sí se pueden apuntar algunas pautas mediante las que podrá resolverse particularizadamente cada caso:

1. Pluralidad de hechos cometidos bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.- Cuando los hechos cometidos bajo la vigencia del Nuevo Código Penal sean por sí solos capaces de integrar un delito continuado (por existir pluralidad de acciones perpetradas después del 24 de mayo) habrá que aplicar en todo caso el nuevo texto punitivo integrando en el único delito continuado también las acciones, una o varias perpetradas con anterioridad.

2. Sólo una de las acciones se ha perpetrado bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.- En los casos en que sea una única la acción cometida vigente la nueva normativa y ésta constituya en unión con otra u otras acciones anteriores un delito continuado, a través de las posibilidades de individualización de la pena se buscará un quantum penológico con arreglo al nuevo Código Penal que hubiera podido aplicarse también de conformidad con la legislación derogada (deducidos los días de redención), lo que no será difícil a la vista del diferente sistema penológico del art. 74 frente a su antecedente (art. 69 bis, que permitía en todos los casos la subida hasta el grado medio de la pena superior). Es decir, se castigará con arreglo al nuevo Código Penal pero con una limitación: la pena no podrá superar la que fuese imponible con el anterior texto.

3. Como solución excepcional para algunos casos extremos en que no sea factible lo apuntado en los apartados anteriores (por no permitir el nuevo Código Penal una pena inferior a ese tope penológico marcado por la legislación derogada), no será descartable la ruptura de la continuidad delictiva, siempre y cuando el resultado penológico no perjudique al reo, por ser inferior a la pena imponible al delito continuado con arreglo al nuevo Código Penal.

De forma que aún cuando se entendiera que estamos ante un delito continuado de defraudación a la Seguridad Social, las infracciones que integrarían ese continuum delictivo serían las que adecuadamente especificadas por el Ministerio Fiscal: tanto de las cuotas no ingresadas los años 2011 y 2012, a los que sería aplicable el art. 307.1.B) y 74 CP , como las impagadas desde el año 2013 a las que serían aplicables la reforma del CP por LO 7/2012 en sus arts. 307.1 y 307 bis.1.a y 74 CP , lógicamente al establecer una determinación de la cuantía donde debe estarse al importe total defraudado durante cuatro años naturales, que comprende por tanto el año 2014; y conforme las soluciones anteriores, correspondería castigarse, con arreglo al nuevo Código Penal con la limitación de no superar la pena que fuese imponible con el anterior texto. Solución que igualmente resulta compatible y justificada con la impuesta recurrida, sin que la reformatio in peius permita consideraciones más gravosas.

En definitiva, la penalidad resulta justificada, con la calificación adecuada; e incluso con la calificación de la sentencia recurrida, pero con la proyección del marco punitivo efectivamente correspondiente, por lo que el motivo se desestima.

Cuarto.

- El cuarto motivo los formula por quebrantamiento de forma del artículo 851.1º residenciado en: a) "contradicción entre los hechos declarados probados"; b) "predeterminación del fallo".

1. La contradicción la afirma ya que en los hechos probados se enuncia "de todas las citadas empresas el acusado don Serafin era socio único o mayoritario de ellas, siendo el que tomaba las decisiones respecto a sus ingresos y gastos"; pero sin embargo, en la descripción que hace de ellas, se evidencian los siguientes datos: ANCIAFRICA SL fue constituida en 1997, apareciendo como administrador desde el 18 de enero de 2012 Abelardo ; CIREBON SL fue constituida en el año 2005, siendo administrada por Candido ; y, ARAOUANE HOGAR SL, constituida en el año 2006, fue administrada desde su creación por Ezequiel , hasta el año 2012 que le sustituyó



Abelardo ; y en ninguna de ellas se hace constar que Serafin fuera administrador, ni que tuviera interés económico como socio único, ni mayoritario.

2. En cuanto al vicio formal de la contradicción, la STS 714/2016, de 26 de septiembre y citada a su vez en la STS 774/2016, de 19 de octubre , señala que su esencia consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4 de marzo).

Para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual;

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato;

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica; a su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos;

d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias;

e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

Concluyen esas resoluciones con cita de la STS 1250/2005, de 28 de octubre : "...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causas y determinantes de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

3. En autos, no concurre tal vicio in iudicando, pues de la lectura del relato probado indica que el recurrente era el administrador material de las entidades enumeradas, al margen de quien fuera el que constara como administrador "formal"; y así se indica expresamente en el párrafo dedicado a estas tres personas, que ejercían la administración "formalmente"; e incluso de Abelardo , se indica que era un simple trabajador e hizo de testafierro.

4. La predeterminación del fallo , es ubicada por el recurrente en el inciso final del siguiente párrafo recogido en los hechos probados:

"El acusado en su condición de propietario, único o mayoritario de las citadas empresas y administrador de la mayoría de ellas era conocedor de las citadas deudas con la Seguridad Social y conscientemente dejó de abonarlas, organizando para ello una sucesión de empresas y una confusión patrimonial, presentando a los Órganos de la Seguridad Social documentos de cotización con ocultación y alteración de datos contables obstruyendo la labor de Inspección de dicho organismo ".

Entiende que "ocultación" y "alteración" equivalen a las expresiones "defraudar" y eludir", recogidos en la descripción típica del art. 307.

5. Explica la STS 231/2016 de 17 de marzo con cita de abundantes precedentes, que la predeterminación del fallo, exclusivamente se produce por la inclusión de conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la sentencia del tipo penal aplicado. Es decir se adelanta al factum la calificación jurídica. Esto ocurre cuando:

a) Se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

- b) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.
- c) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo, y
- d) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal.

Consecuentemente, indica una reiterada y antigua jurisprudencia que este vicio procesal solo surge cuando las expresiones utilizadas condicionaren ostensiblemente, adelantándolo, el fallo condenatorio con evidente menosprecio de las pretensiones y argumentaciones de las partes intervinientes, si el defecto, y esto es fundamental, se consume y proyecta por medio de palabras jurídicas y profesionales alejadas de las que, por inherente al lenguaje vulgar, son acervo común del idioma; por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, huérfano de inteligibilidad y sentido, el vicio procesal no existe (Sentencia 129/96, de 19 de febrero).

6. Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado pues al igual que expone la STS 17/2005, de 3 de febrero , donde también se invoca la expresión "ocultación" como predeterminación del fallo respecto de la tipología paralela de defraudación a la Hacienda Pública, "no constituyen conceptos jurídicos que se utilicen para eludir la motivación jurídica de la sentencia, ni tampoco sustituyen los hechos por su significación jurídico-penal anticipando así el sentido del fallo, sino que simplemente configuran una forma de describir unos hechos y unas conductas que, utilizando unos términos y unas expresiones que no están reservadas a los profesionales del foro, sino que son propios del lenguaje común del grupo social y, desde luego, puede afirmarse que las expresiones que se señalan como predeterminantes, si se suprimiesen del relato fáctico, no dejarían a éste sin contenido para efectuar la subsunción y el correspondiente pronunciamiento condenatorio, dada la abundancia de datos fácticos que sustentan la calificación jurídica de los hechos".

De igual modo, en idéntico sentido, la STS 1403/1997, de 22 de noviembre niega que la expresión "alteración" tenga un contenido jurídico; y también se niega en la STS 95/2002, de 1 de febrero que "para defraudar los intereses de la CEE" integre conceptos técnico-jurídicos, sino que se trata de una descripción fáctica, expresada en lenguaje común, asequible a todos.

En realidad, el relato de hechos probados debe en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de la imprescindible lógica en la subsunción jurídica que conduce al fallo. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

En definitiva, cuando las expresiones cuestionadas, como sucede en autos, denotan datos de puro hecho, de modo que incluso permiten predicar su verdad o falsedad, característica propia de su naturaleza descriptiva, el quebrantamiento de forma invocado resulta inentendible. Sólo cuando en el apartado de los hechos probados se usan categorías normativas en sustitución de los enunciados asertivos mediante los que tendría que describirse la conducta que luego tendría que valorarse en derecho.

Quinto.

- Del motivo quinto al noveno, se formulan por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º de la LECr ., por incongruencia omisiva, al no pronunciarse la Audiencia sobre:

- a) los "pagos a cuenta" efectuados por la mercantil FRANQUICIAS SILVASSA SL, entre las fechas septiembre de 2012 y abril de 2013, ni los realizados por BERCA PATRIMONIO SL, en enero de 2013;
- b) si las cantidades que se dice adeudadas a la Seguridad Social por las mercantiles UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, FRANQUICIAS SILVASSA SL y BERCA PATRIMONIO SL (penúltimo párrafo de los hechos probados) incluyen, además del principal, los recargos, intereses y costas.
- c) si la cantidad de 481.113,51 (FD Tercero), fijada como responsabilidad civil, incluye solamente el principal de las cuotas patronales, obreras y conceptos de recaudación conjunta, o se constituye además con los recargos, intereses y costas;
- d) la deuda adquirida por la mercantil UNIVERSAL ROYAL BUSINESS SL, durante los ocho meses (13/08/2013 a 28/04/2014 -hecho probado-) en que el acusado administró la citada sociedad; y



e) cuáles son los requerimientos de la Seguridad Social rechazados, cuáles son los documentos presentados con ocultación y alteración de datos contables y qué empresas deja inactivas ocultando deudas, según se hace constar en el FD Segundo de la Sentencia, sin que se hayan acreditado tales afirmaciones por algún medio de prueba.

El vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva", o también "fallo corto", aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada. Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes. No se comprenden en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS 495/2015, de 29 de junio).

En autos, aunque las cuestiones planteadas no hayan sido objeto de expreso análisis, el mero cotejo de las cuantías afirmadas como adeudadas con las certificaciones e informes provenientes de la Tesorería de la Seguridad Social, revelan el criterio seguido y por ende haber sido necesariamente dirimidas en la plasmación de las referidas cuantías (nada indica que los ingresos que afirma "voluntarios", no hayan sido computados en las certificaciones emitidas; ni que el criterio jurisprudencial desplegado en las SSTS 523/2006, de 19 de mayo y 480/2009, de 22 de mayo sobre recargos, intereses y costas, no haya sido seguido; y en cuanto a la administración material desarrollada por el recurrente de todas las entidades referenciadas y la actividad defraudatoria desplegada son cuestiones que aunque exclusivamente fácticas ya han sido analizadas).

Pero incluso aunque se hubiese encontrado alguna omisión material, deviene procesalmente inviable la estimación del motivo, pues su admisibilidad se condiciona a la previa solicitud de aclaración de la sentencia, en los términos expresados en los artículos 161.5 de la LECr ., y 267.5 de la LOPJ , fijando que la elusión de tal solicitud determina la preclusión de la oportunidad de acudir posteriormente a la reclamación de nulidad. Lo explica así la STS 290/2014, de 21 de marzo :

Es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161. 5º L.E.Crim , introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Lo recuerda la parte recurrida en su impugnación al recurso. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre , que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre , 1073/2010 de 25 de noviembre , la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre , 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, de 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim .

La STS 694/2013 de 10 de julio , entre muchas otras, puede añadirse al listado de las citadas en el pasaje que se ha transcrito.

Esta doctrina estaba ya relativamente asentada cuando se dicta la sentencia que es objeto de recurso (febrero de 2013). La parte debería haber intentado ese remedio solicitando de la Audiencia completar su pronunciamiento a través de las facultades concedidas por el párrafo 5º del art. 161 LECrim . En consecuencia, un motivo por incongruencia omisiva necesita venir precedido del expediente de integración de sentencias del nuevo art. 161.5º LECrim . Esta Sala ha venido a configurar ese incidente con presupuesto imprescindible de tal modalidad casacional .

En igual sentido, entre otras muchas, las SSTS 352/2014, de 4 de abril , o la más reciente de 606/2017, de 7 de septiembre .

**Sexto.**

- También recurre la sentencia de instancia la representación procesal de las entidades Franquicias Silvassa, S.L., Berca Patrimonio S.L., Araouane Hogar S.L., Universal Royal Business S.L., Anciafrica S.L. y Cirebón S.L., que formula:

a) un primer motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECr ., al haberse infringido el art. 307.1 CP vigente en el momento de la comisión de los hechos, LO 15/2003 de 26 de noviembre, al no incardinarse en el tipo penal invocado la concurrencia del elemento objetivo de lo injusto, consistente en eludir el pago de las cuotas a la Seguridad Social por importe que exceda de 120.000 euros, referidos al año natural; y por no concurrir el elemento subjetivo de lo injusto que conforma el delito de fraude a la Seguridad Social;

b) un segundo motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECr ., al entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, consistente en la determinación de las cantidades presuntamente defraudadas a la Seguridad Social, recogidas en los hechos probados;

c) un tercer motivo por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º LECr ., por entender que en la sentencia resulta manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados; y

d) un cuarto motivo por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Motivos que coinciden respectivamente con el décimo, segundo, cuarto y undécimo de los formulados por la representación procesal de Serafin , por lo que nos remitimos a lo antes expuesto en el análisis de los mismos para su desestimación.

Séptimo.

- En materia de costas rige el art. 901 LECr ., que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal D. Serafin representado por la procuradora D.^a Mercedes Blanco Fernández, bajo dirección letrada de D. Ignacio de Andrés Aguerri y por las mercantiles FRANQUICIAS SILVASSA S.L., BERCA PATRIMONIO S.L., ARAOUANE HOGAR S.L., UNIVERSAL ROYAL BUSSINES S.L., ANCIAFRICA S.L. y CIREBON S.L., representadas por la Procuradora D.^a Lourdes Fernández-Luna Tamayo bajo dirección letrada de D.^a Verónica Cavero Sancho, contra la sentencia dictada por la Sala Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 9 de noviembre de 2016 , por delito de defraudación a la Seguridad Social. Condenamos a dichos recurrentes al abono de las costas ocasionadas por sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

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