BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ063845

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 742/2018, de 7 de febrero de 2019
Sala de lo Penal
Rec. n.º 262/2018

SUMARIO:

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Delito de estafa y falsedad documental. Costas a la acusación particular. La cuestión de la exigencia de previa condena de una persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto que la recurrente invoca. En efecto el artículo 31.ter señala: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Y es que el presupuesto de la condena de una persona jurídica lo fija el artículo 31 bis al determinar que: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto , por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.
Pero una cosa es que se exija la "constatación" de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa "condena" de las mismas.
Se señala también que el recurrente mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31 bis 1. a) del Código Penal , que algún sector de la doctrina denomina de "directivos", frente al tipo de los de "empleados" a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal . Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales. De lo que deriva que el engaño y en general el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31.bis, 31.ter.2, 116, 248, 250.1.5 ª y 251 bis.
Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 240.

PONENTE:

Don Luciano Varela Castro.

Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal
Sentencia núm. 742/2018
Fecha de sentencia: 07/02/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION
Número del procedimiento: 262/2018
Fallo/Acuerdo:
Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro
Procedencia: Audiencia Provincial de Huesca
Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández
Transcrito por: CPB
Nota:
RECURSO CASACION núm.: 262/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado de la Administración de Justicia:

Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal
Sentencia núm. 742/2018

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Luciano Varela Castro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 7 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 262/2018, interpuesto por las mercantiles "Forrajes Aniés S.L" (en liquidación) representada por el procurador D. Javier Muzás Rota, bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel Chocarro Altamira "Almacenes Aniés S.L." con la representación del procurador D. Ramiro Navarro Zapater, bajo la dirección del letrado D. José Javier Calvo Fuertes y "Gestiones Mondoto S.L." representada por la procuradora Dª Inmaculada Callau Noguero, bajo la dirección letrada de D, Ángel Cabrero Barlés, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 20 de noviembre de 2017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la entidad "CAIXABANK, S.A.", representada por el procurador D. Julio Cabellos Albertos, bajo la dirección letrada de Dª Maitane Ansa Arizcuren.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Huesca, instruyó Procedimiento Abreviado nº 27/16, contra Dª Adelaida , "Forrajes Aniés S.L", "Almacenes Aniés S.L." y "Gestiones Mondoto S.L. " por delitos de estafa y falsedad documental y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca que en la causa nº 27/16, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"De la apreciación crítica de la prueba practicada resultaron probados, y como tales se declaran, los siguientes hechos.

PRIMERO: Las mercantiles acusadas Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L., mejor circunstanciadas en el encabezamiento de esta resolución, tuvieron como administrador único a Luis Carlos , quien ostentó formalmente dicho cargo hasta el 1 de, abril de 2012, fecha en que fue nombrado como nuevo administrador de las dos sociedades su hijo Juan Pedro , aunque dicho nombramiento no fue inscrito en el Registro Mercantil hasta

el día 27 de junio del mismo año, pese a todo lo cual Luis Carlos siguió manteniendo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Por su parte, la también acusada Adelaida , mayor de edad e igualmente mejor Circunstanciada en el encabezamiento de esta resolución, prestaba servicios como auxiliar administrativa desde el año 1999 para Almacenes Aniés S.L., trabajando también para Forrajes Aniés S.L., y eran sus funciones, entre otras, la atención al público, la práctica de gestiones con entidades bancarias, la confección de facturas u otros documentos mercantiles y la remisión de los d atos a la Gestoría de cara a la contabilidad, pero sin tener facultades de dirección y gestión en ninguna de las dos empresas, siendo Luis Carlos quien, llegado el caso, impartía las órdenes e instrucciones a la Sra. Adelaida , la cual se limitaba a ejecutarlas.

SEGUNDO: Almacenes Aniés S.L. había contratado el 18 de marzo de 2009 con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Návarra (Caja Navarra) una póliza de crédito y de garantía para operaciones comerciales bancarias nacionales y exteriores y en cobertura de descubiertos de cuentas activas y pasivas hasta un líMite de 200.000 euros, garantizando dicha póliza el descuento, negociación o anticipo sobre letras de cambio, pagarés, recibos, facturas y, en general, cualesquiera otros efectos de giro, comercio o documentos utilizados en el tráfico bancario o comercial. De igual modo, Forrajes Aniés S.L. también contrató el 14 de julio de 2011 con Caja Navarra, ya integrante en aquel momento del grupo Banca Cívica, una póliza de crédito y garantía para operaciones comerciales en los mismos términos que la anterior.

En abril de 2012, y en el contexto de las fusiones bancarias que se estaban produciendo en aquella época, el departamento de riesgos de Banca Cívica S.A. solicitó, de cara a la renovación de las pólizas de Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L., la aportación de contratos de suministro que supusieran una garantía de su solvencia. Debido a ello, Juan Pedro , actuando con el propósito de que sus empresas obtuvieran dicha renovación, ordenó a Adelaida que redactara tres contratos. La acusada, valiéndose de un mismo modelo, ejecutó la orden recibida, confeccionando así los tres contratos, todos ellos fechados el día 1 de abril de 2012 y en los que Almacenes Aniés S.L., que aparecía en los tres convenios, contrataba respectivamente con las empresas Forrajes San Agustín S.L., S.A.T. 8398 ASGI y Deshidratadora San Mateo S.L., todas las cuales habían mantenido en alguna ocasión relaciones comerciales con las sociedades Aniés, acordándose en todos los casos que Forrajes San Agustín S.L. (quien aparecía en los tres contratos por un error en la redacción) transformaría la mercancía que obtuviera durante la campaña de alfalfa Almacenes Aniés S.L. y que ésta se comprometería a su vez a comprar la mercancía una vez transformada en pacas de forraje deshidratado para posteriormente revenderla a terceros ganaderos, fijándose además en todos los contratos un precio por tonelada y una cantidad estimada de alfalfa transformada. Al pie de cada contrato figuraba, junto a la de Luis Carlos, una firma correspondiente al representante legal de la respectiva empresa contratante, cuyo nombre y apellidos se hacían constar bajo la firma, sin que en realidad ninguno de dichos representantes legales hubiera firmado estos contratos y sin que conste tampoco que las respectivas firmas las hubiera puesto de su puño y letra la acusada Adelaida . Dichos contratos fueron presentados seguidamente a Banca Cívica S.A. como si respondieran a operaciones comerciales auténticas, consiguiendo así tanto Almacenes Aniés S.L. como Forrajes Aniés S.L. aún cuando esta última no aparecía como contratante- la renovación de sus respectivas pólizas.

TERCERO: En los días siguientes, y siempre con arreglo a las instrucciones que recibía de Luis Carlos , Adelaida envió a Banca Cívica, personalmente o por vía telemática, diversas remesas de recibos supuestamente correspondientes a suministros o servicios que las dos empresas Aniés habían mantenido con diversos clientes, entre los que figuraban los tres ya mencionados como contratantes, aunque dichas operaciones no respondían a la realidad. Estos recibos se presentaban para su pago adelantado en Banca Cívica y ésta a su vez entregaba automáticamente a Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. el importe que aparecía en los recibos, los cuales a continuación se presentaban al cobro en las entidades bancarias, concretamente Caixa Galicia y Caja Duero, en las que, según la información facilitada en los recibos, los supuestos clientes tenían cuentas bancarias a su nombre, si bien los auténticos titulares de dichas cuentas no eran aquéllos sino las propias mercantiles Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. De este modo, y llegada la fecha del vencimiento, los recibos eran atendidos desde las referidas cuentas, pero no por los clientes de Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. sino por estas mismas, lo que se hacía abonando a Banca Cívica el importe de la primera remesa de recibos fraudulentos con la cantidad que recibían aquéllas correspondiente a una segunda remesa, siendo los recibos correspondientes a esta segunda remesa abonados a su vencimiento con las cantidades obtenidas a través del giro de una tercera remesa y así sucesivamente, todo lo cual aconteció durante el período comprendido entre mayo y julio de 2012. A través de este procedimiento se consiguió, tal y como se pretendía, financiación para que Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. pudieran seguir desarrollando su actividad comercial.

CUARTO: Banca Cívica, en un momento determinado, comenzó a sospechar de Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. y ordenó la paralización del pago de los recibos que se presentaran en lo sucesivo por dichas empresas. Ante esta situación, Adelaida , actuando siempre por orden de Luis Carlos , dio nuevas instrucciones por vía telemática a las entidades Caja Duero y Caixa Galicia para que rechazaran el pago de las últimas remesas de recibos. Al mismo tiempo, las cuentas de Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. quedaron sin saldos a favor del cliente a fin de impedir que Banca Cívica pudiera recuperar los importes que había adelantado. De este modo, los días 4 y 5 de julio de 2012 se devolvieron por importe total de 562.864,79 euros (110.191,96 el día 4 y 452.672,83 el día 5) varios recibos que habían sido emitidos por Forrajes Aniés S.L. con cargo a la cuenta de Caixa Galicia cuyo titular era supuestamente la ASGI 8398, pero que pertenecía en realidad a la propia Forrajes Aniés S.L. Por otra parte, el día 18 de julio se produjo una segunda devolución, en esta ocasión por importe total de 299.254,78 euros, de varios recibos que habían sido emitidos por Forrajes Aniés S.L. con cargo a una cuenta de Caixa Galicia que supuestamente correspondía a Deshidratadora San Mateo y cuya titular real era Forrajes Aniés S.L., aunque el dinero acabó siendo ingresado en una cuenta de Almacenes Aniés S.L. Finalmente, el día 3 de agosto, siempre de 2012, se produjo la última devolución de recibos, por importe de 219.798,28 euros, habiéndose cargado éstos en dos cuentas de Caja Duero cuyas titulares eran supuestamente las entidades Alfalfa Monegros y Bescós Avellanas, pero que en realidad correspondían a Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L.

En suma, el importe total de todos estos recibos es de 1.081.917,85 euros, cantidad que Banca Cívica no ha recuperado.

QUINTO: La mercantil, también acusada, Gestiones Mondoto S.L., mejor circunstanciada en el encabezamiento de esta resolución y cuyo administrador único era asimismo Luis Carlos , recibió mediante transferencia desde una cuenta correspondiente a Almacenes Aniés S.L. 24.985,26 euros, los cuales volvieron a ser ingresados inmediatamente en una cuenta de esta última empresa mediante el libramiento de un cheque, sin que se haya acreditado que Gestiones Mondoto S.L. actuara con ánimo de favorecer o facilitar la financiación fraudulenta de Almacenes Aniés S.L.

SEXTO: En agosto de 2012 se produjo la fusión por absorción de Banca Cívica S.A. y CaixaBank S.A., transmitiéndose a la segunda, que era la absorbente, todos los activos, pasivos, derechos y obligaciones de la primera.

Forrajes Aniés S.L., por su parte, se halla actualmente en liquidación como consecuencia de un procedimiento concursal.

Luis Carlos falleció el día 7 de noviembre de 2015, cuando aún no había finalizado la instrucción de la causa.

No existe constancia suficiente de que Adelaida obtuviera algún beneficio patrimonial a consecuencia de estos hechos, ni tampoco de que tuviera conocimiento cierto de que las actuaciones que realizaba por orden de Luis Carlos no respondían a operaciones reales."

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: 1) Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la mercantil acusada Almacenes Aniés S.L., ya circunstanciada, como coautora responsable de un delito de estafa conforme a los arts. 248 , 250.1.5 y 251 bis del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de tres millones doscientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres euros con cincuenta y cinco céntimos (3.245.753,55 euros), así como al pago de una cuarta parte de las costas, incluyendo las causadas por la acusación particular.

2) Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la mercantil acusada Forrajes Aniés S.L., actualmente en liquidación, también circunstanciada, como coautora responsable de un delito de estafa conforme a los arts. 248 , 250.1.5 y 251 bis del Código Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de tres millones doscientos cuarenta y cinco mil setecientos cincuenta y tres euros con cincuenta y cinco céntimos (3.245.753,55 euros), así como al pago de una cuarta parte de las costas, incluyendo las causadas por la acusación particular.

3) Asimismo, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a las también acusadas Adelaida y Gestiones Mondoto S.L. respecto de los delitos de estafa y de falsedad documental que se les imputaban, con declaración de oficio de la mitad restante de las costas.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, las acusadas Almacenes Aniés S.L. y Forrajes Aniés S.L. indemnizarán conjunta y solidariamente a CaixaBank S.A., sucesora procesal de Banca Cívica S.A., en la cantidad

de un millón ochenta y un mil novecientos diecisiete euros con ochenta y cinco céntimos (1.081.917,85 euros), la que deberá incrementarse con los intereses del art. 576 de la Ley Procesal Civil .

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren procedentes, contra esta resolución puede caber, en su caso, recurso de casación, a preparar ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de cinco días."

Tercero.

Con fecha 12 de diciembre de 2017, se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva.

LA SALA HA RESUELTO: Estimar en parte la solicitud de aclaración de la Sentencia dictada por esta Sala en la presente causa en los siguientes términos:

- rectificar el Antecedente de hecho Cuarto a fin de añadir que el Ministerio Fiscal también modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de retirar la acusación que hasta entonces había mantenido frente a la mercantil Gestiones Mondoto S.L.

- y rectificar el párrafo segundo del Fundamento Jurídico Séptimo a fin de suprimir la frase "máxime cuando también fueron acusadas por el Ministerio Fiscal"."

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

QUINTO. Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de "Forrajes Aniés S.L."

1.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 110 LECrim .

2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 31 bis y 31 ter.2 CP .

3.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 248 , 251.1.5 º y 251 bis CP .

4.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Recurso de "Almacenes Aniés S.L."

5.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente los artículos 248 , 250.1.5 º y 251 bis CP .

Recurso de "Gestiones Mondoto S.L."

5.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 124 CP y 240 LECrim .

Quinto.

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

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 20 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de "Forrajes Aniés S.L."

Primero.

1. El primero de los motivos formula una denuncia de naturaleza procesal. Entiende que no debió admitirse la presencia de la entidad que ejerce la acusación particular ("Caixabank") ya que en la misma no concurre la condición de perjudicada que la legitimaba para intervenir con tal carácter. Aquella habría desaparecido en virtud de un hecho que alega consistente en la transmisión por "Caixabank" a dos fondos de inversión del crédito que ostentaba en el concurso.

2. Tal cuestión no es susceptible de planteamiento en la casación. De ahí que la recurrente no haya podido indicar el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que le habilita para formular esta queja.

En segundo lugar, tampoco indica la razón que avale que aquella cesión se corresponda con los derechos de "Caixabank" derivados precisamente del delito aquí juzgado.

Muy al contrario, expresa su protesta por la falta de aportación de la documentación que acreditara aquella identidad entre lo cedido por la acusadora y lo aquí reclamado.

Segundo.

1. El segundo de los motivos, en el que el cauce casacional invocado es el del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia una supuesta vulneración del artículo 31.ter.2 del Código Penal . Se argumenta que "la condena sin concurrencia de condena persona física infringe el artículo 31 bis en relación con el citado 31 ter-2, se añade que ello, además, supone vulnerar la proscripción del bis in idem".

Alega que las personas que formaban la organización de la recurrente penada no fueron imputadas ni, menos, condenadas, sino absuelta la única acusada.

Ciertamente se añade en el relato expositivo del motivo determinados datos fácticos como los que indican que la cifra de recibos librados y negociados alcanzó una muy elevada suma acreditativa de que existía base comercial y no se trataba de recibos de colusión.

2. Esa variante histórica del enunciado de hechos probados no es atendible en el marco casacional del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que obliga a limitar el debate a la mera corrección de la subsunción en la norma penal de los hechos precisa y solamente tal como son establecidos por la sentencia recurrida.

La cuestión de la exigencia de previa condena de una persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto que la recurrente invoca. En efecto el artículo 31.ter señala: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella . Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas , sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Y es que el presupuesto de la condena de una persona jurídica lo fija el artículo 31 bis al determinar que: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto , por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior , han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Pero una cosa es que se exija la "constatación" de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa "condena" de las mismas.

No se niega en este motivo que los actos en los que se funda la condena de la recurrente no se llevaran a cabo por personas con alguna de las calidades a que se refiere el precepto transcrito.

Por ello el motivo se rechaza, sin perjuicio de la respuesta que merezcan los demás motivos sobre aquel presupuesto.

Tercero.

1. También se discute en el motivo tercero una cuestión de vulneración de precepto legal ordinario al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las normas penales de los artículos 248 , 250.1.5 ª y 251 bis del Código Penal .

La razón de tal vulneración, en el parecer de la recurrente, consiste en que no existió "engaño" que es presupuesto del delito de estafa imputado, ni en particular, por parte de la sociedad recurrente copenada, ya que ésta, a diferencia de lo imputado a "Almacenes Aniés SL", no fue compelida a suministrar información sobre su solvencia . "Banca Cívica" fue la única entidad que contrató con la recurrente ("Forrajes Aniés SL") y lo hizo en el año 2011, sin que, antes, contratara con Caja Navarra (lo había hecho "Almacenes Aniés SL" en el año 2009). Cuando aquellas financieras son sucedidas por "Caixabank", "Forrajes" no tuvo que presentar (en abril de 2012) contratos como hizo la coacusada ("Almacenes Aniés SL") que predicaran su solvencia. Ni siquiera es mencionada "Forrajes Aniés" en los contratos a los que se refiere el relato de hechos probados.

Por otro lado, en relación con la ocultación de titularidad de las cuentas contra las que se hacía la remesa de recibos luego impagados, excluye que precediera engaño ya que a la financiera ("Caixabank" al fin) que descontaba el importe de aquellos recibos no le fue suministrada información -las remesas se tramitaban telemáticamente- sobre el dato de quien era la persona titular de las cuentas de destino final del cargo (en "Caixagalicia" y "Caja Duero") de los recibos cuyo importe adelantaba mediante descuento a la acusada.

En todo caso la financiera -"Banca Cívica"- que contrató con la recurrente no habría desplegado la exigible diligencia en la constatación de solvencia, por lo que el eventual engaño imputado a "Forrajes Aniés SL" no merecería su consideración como "bastante" a los efectos del tipo de estafa.

2. Ese alegato no se compadece, como exige el cauce casacional elegido, con el relato de hechos que viene dados como probados por la sentencia recurrida. Así en relación a la presentación de los contratos a la financiera ("Banca Cívica" en "el contexto de las fusiones bancarias que se estaban produciendo en aquella época") por D. Luis Carlos , tenía por objeto, y obtuvo, que ambas sociedades "Almacenes Aniés" y "Forrajes Aniés" pudieran obtener la renovación de sus respectivas pólizas, siquiera lo que efectivamente se venía a obtener no era una renovación en sentido estricto de ambas, sino que ambas podían seguir operando bajo la cobertura de sendas pólizas, por más que al de "Forrajes Aniés" no llegara a necesitar renovación.

En los días siguientes, dice el hecho probado, se efectúa la remesa de recibos para descuento. Entre los remitidos (no solamente) se encontraba los que eran a cargo de las falsas contratantes. Y puntualiza la sentencia de instancia: a) que esos no respondían a operaciones reales; b) "según la información facilitada en los recibos, los supuestos clientes tenían cuentas bancarias a su nombre", en las entidades en las que la descontante habría de interesar cobrar su importe, y c) ignorando que los titulares de esas cuentas de destino no lo eran quienes figuraban como deudores en los recibos.

Como consecuencia de tal mendaz información: 1º.- El banco al que se remetían los recibos por quien actuaba en nombre de la recurrente entregaba a ésta el importe de los mismos previo descuento; 2º.- Pese a ser inicialmente atendidos a su vencimiento los recibos por las entidades bancarias destinatarias, tras sospechar el engaño, "Banca Cívica" dejó de atender las peticiones de descuento de remesas y 3ª.- D. Luis Carlos instruyó lo necesario para que "Caja Duero" y "Caixagalicia" tampoco abonasen los recibos que "Banca Cívica" ya le había descontado a las sociedades por las que aquél actuaba cuando llegó su vencimiento, ocasionado así el perjuicio a ésta última financiera por el importe de los recibos que descontó y no pudo cobrar a su vencimiento.

Este relato de hechos probados describe todos los presupuestos fácticos del tipo penal: la ocultación de que no había un tercero solvente que abonaría a su vencimiento a "Banca Cívica" el importe de los recibos que, a causa de eseengaño actuó confiada en aquella solvencia fruto de una economía real, había descontado a las dos sociedades beneficiadas ilícitamente por la actuación engañosa de D. Luis Carlos con el subsiguiente correlativo perjuicio de la descontante.

Aunque el motivo no hace de ello particular cuestión en este motivo, en la medida que ello es presupuesto para imputar el engaño penalmente típico a la recurrente, ha de subrayarse que el hecho que se declara probado establece que fue a partir de los requerimientos de aportación de indicadores de solvencia, cuando "debido a ello, Luis Carlos , actuando con el propósito de que sus empresas obtuvieran dicha renovación, ordenó a Adelaida que redactara tres contratos". Y se añade que: "Al pie de cada contrato figuraba, junto a la de Luis Carlos , una firma

correspondiente al representante legal de la respectiva empresa contratante, cuyo nombre y apellidos se hacían constar bajo la firma, sin que en realidad ninguno de dichos representantes legales hubiera firmado estos contratos".

Y, concluye, que tales contratos se presentaron a "Banca Cívica" consiguiendo así que, no solamente "Almacenes Aniés", sino también "Forrajes Aniés", consiguieran la persistencia de la financiación. Y eso aunque en los contratos no figurara "Forrajes".

De lo anterior deriva que D. Luis Carlos mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31 bis 1. a) del Código Penal , que algún sector de la doctrina denomina de "directivos", frente al tipo de los de "empleados" a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal . Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.

El citado D. Victoriano , según el hecho probado, actúa de tal manera ¬controla la gestión¬ que puede predicarse de él la condición típica de actuar no solamente como "autorizado" para tomar decisiones, sino más exactamente como persona que "ostenta facultades de organización y control dentro de la misma", ya que esa ostentación no se condiciona en el texto legal a la previa existencia de un acto formal de atribución de tal poder. Ni siquiera el recurrente hace de ello cuestión.

De lo que deriva que el engaño y en general el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

En ningún aso se alega por la recurrente la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el artículo 31 bis en sus apartados 2 y 3.

Por ello el motivo se rechaza.

Cuarto.

El último de los motivos, que pretende ampararse en el apartado segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia lo que estima un error en la valoración probatoria que pondrían de manifiesto los documentos que instrumentaron los contratos aportados para lograr la continuidad en la financiación.

El motivo señala que la relevancia del error deriva de que fueron tales contratos los que, originado el engaño, causaron la decisión de desplazamiento patrimonial a favor de las empresas acusadas.

La sentencia cuida de advertir que el engaño típico sobrevino por la ocultación en las remesas de recibos de su condición de documentos que no reflejaban operaciones reales. Por más que aquellos contratos constituyeran un contexto en que se facilitaba el engaño de que no existían los deudores finales de los recibos.

En cuanto a la intervención de la recurrente en esos contratos el hecho que la sentencia declara probado no contradice lo que el motivo expone: no figura en los documentos que instrumentan tales contratos. Pero, sin que ello suponga un hecho contrario, la aportación por quien era la persona que ejercía el control de ambas empresas coacusadas, favoreció que ambas se beneficiaran de la financiación vía descuento así obtenida.

No concurren pues los requisitos de estimación del motivo alegado. Porque de los documentos alegados no deriva un hecho que contradiga lo que se declara probado, ni de los mismos resulta como consecuencia una modificación relevante para el sentido del fallo objeto de recurso.

El motivo se rechaza.

Recurso de "Almacenes Aniés S.L."

Quinto.

En un confuso planteamiento del único motivo se formulan dos razones disímiles de impugnación: a) infracción del artículo 251 bis del Código Penal por no ser típico el comportamiento en la medida que por esta sociedad no se adeudó nada a la financiera que se dice perjudicada y b) error en la valoración probatoria al apartarse del resultado de la pericia que excluye la condición de deudora de la recurrente respecto de la entidad bancaria que se proclama perjudicada.

Ninguna de las quejas confusamente expuestas es de recibo.

El error probatorio porque lo que se afirma no contradice el relato de lo probado ya que la sentencia no proclama que la recurrente sea deudora ex contractu sino ex delicto. De ahí que la contabilización de los

resultados en clave jurídico privada de los actos relativos a descuento no es la razón de la imputación de la responsabilidad penal, ni de la civil que deriva de ésta.

Ya la propia sentencia de instancia advirtió de que: "Nos resulta sumamente difícil, a efectos de autoría del delito, distinguir entre una y otra empresa, cuyos objetos sociales vienen a ser muy similares, máxime cuando las dos tenían pólizas de descuento con "Banca Cívica", los recibos se remitían en nombre de cualquiera de las dos y, lo que parece más importante, tanto una como otra eran las auténticas titulares de las cuentas corrientes en donde "Banca Cívica" cargaba los recibos en la creencia errónea de que se trataba de cuentas correspondientes a los clientes de las dos empresas "Aniés". Estamos, por tanto, ante un caso de coautoría, en el que nada tiene que ver que una empresa haya funcionado en el mercado mejor que la otra, pues recordemos que "Forrajes Aniés" está concursada y actualmente en liquidación".

Es decir las dos personas jurídicas son condenadas como coautoras. Y esa coautoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal les hace solidariamente responsables frente a terceros que son los perjudicados, con independencia del beneficio o no obtenido por el coautor. Ciertamente en la relación entre ellos debiera establecerse, como ordena dicho precepto la cuota que debe asumir cada coautor. No lo hizo así la sentencia de instancia y nada se formula al respecto en los recursos que solamente protestan la responsabilidad frente al perjudicado. Por lo que nuestra decisión solamente ha de referirse a la responsabilidad frente a la financiera perjudicada como fruto de la actuación de la que la recurrente es coautora.

No habiendo error probatorio y siendo la responsabilidad derivada del perjuicio causado por el actuar delictivo y no de la deuda mercantil, el motivo se rechaza.

Recurso de "Gestiones Mondoto S.L."

Sexto.

1. El único motivo formulado en este recurso postula que, contra lo decidido en la instancia, debieron imponerse a la parte acusadora particular ("Caixabank") el importe de las costas derivadas de su acusación contra la recurrente que resultó en definitiva absuelta.

Admite la recurrente que: "Es posible, que en la fase de instrucción, en la fase de conclusiones provisionales y en la fase de apertura de juicio oral, existiera algún tipo de indicio frente a "Gestiones Mondoto, S.L." por el hecho de haber recibido el 19.07.2012 en su cuenta de "Ibercaja" NUM000 una transferencia de "Almacenes Aniés, S.L." por el importe de 24.985'26 euros".

Y que no quedó acreditado en esa fase de instrucción que con un cheque emitido con cargo a la cuenta de "Gestiones Mondoto, S.L." por importe de 54.500 euros que fue abonado a "Almacenes Aniés, S.L." se devolviera aquel ingreso de 24.985'26 euros.

La sentencia declara en sede de hechos probados que acreditado el ingreso de la transferencia a favor de la recurrente por la acusada "Almacenes Aniés", y su posterior devolución, se llevara a cabo con la finalidad de favorecer o facilitar la financiación fraudulenta.

Es decir la sentencia de instancia no absuelve porque haya mediado la devolución a que se refiere el motivo, sino por la ausencia de la finalidad delictiva de tal doble movimiento. De ahí que, no estimando temeridad en la acusación, al examinar las costas en su último Fundamento jurídico, justifique la declaración de oficio de las derivadas por el procedimiento seguido contra las dos absueltas (una persona física y otra persona jurídica) excluyendo las originadas por la acusación particular al respecto, lo que justifica también por estimar que ambas absueltas habían sido acusadas por el Ministerio Fiscal.

3. En nuestra STS nº 192/2018 de 24 de abril , recordábamos la doctrina sobre imposición de costas a la acusación particular. Partíamos de carácter crucial del criterio de temeridad y mala fe a los que remite el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . En cuanto al concepto de mala fe resaltamos su carácter subjetivo fácil de definir pero difícil de acreditar a diferencia del de temeridad. De la temeridad y mala fe se exige que sean notorias y evidentes , debiendo mantenerse una interpretación restrictiva de estos términos legales (STS nº 682/2006, de 25 de junio Sentencia núm. 419/2014 de 16 abril y STS nº 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición (STS 19.9.2001 , 8.5.2003 y 18.2, 17.5 y 5.7, todas de 2004, entre otras muchas).

La imposición de costas a cargo de la acusación particular se vincula a que perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, porque sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada o inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.

Asimismo se impone su prueba a quien solicita la imposición (STS núm. 419/2014 de 16 abril).

Y se advierte de que no es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido posiciones en el proceso diversas, incluso contrapuestas, a la de la acusación oficial (STS 91/2006 de 30 de enero). Y, por otro lado, resaltamos el especial cuidado en cuanto a la trascendencia que deba reconcomerse a las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión . Desde la admisión a trámite de la querella, la formalización de la imputación o la apertura del juicio oral. Y es que la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular (STS 91/2006, 30 de enero). Se ha dicho, sin embargo, que si tales decisiones fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , resultaría de aplicación apenas limitada al solo caso de desviación respecto de la acusación pública, ya que la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. Ahora bien, si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral , la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS nº 508/2014 de 9 junio). La expresión de las razones de aquellas decisiones interlocutorias pueden dar una adecuada perspectiva para la decisión sobre la imposición de las costas (STS 384/2008, de 19 junio).

Desde una perspectiva subjetiva también nos referimos a que como factores reveladores de aquella temeridad o mala fe suele indicarse más que la objetiva falta de fundamento o inconsistencia de la acusación, la consciencia de ello por parte de quien, no obstante, acusa. Lo que no empece que sea la evidencia de esa falta de consistencia la que autorice a inferir aquella consciencia. Así se impone la condena cuando se estime que existen "razones para suponer que no le asistía el derecho" o cuando las circunstancias permiten considerar que "no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción". Desde luego se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querella, a sabiendas de que el querellado no ha cometido el delito que se le imputa (STS nº 508/2014 de 9 junio)., Recientemente hemos indicado como determinante que el acusador tuviera conocimiento de datos que demostrarían la inexistencia de delito y los oculta o no los aporta, dotando así de una apariencia de consistencia a la acusación que sostiene (STS nº 144/2016 de 22 de febrero).

Ciertamente cabe que tal conocimiento aparezca a lo largo de tramitación aunque no en momento inicial (SSTS de 18 de febrero y 17 de mayo de 2004). Pero debemos tener por menos trascendente si aparece en momento tan próximo al términos del procedimiento que ya no cabe atribuir al mantenimiento de la acusación la producción de unos costes o un daño generado con posterioridad a la adquisición de ese conocimiento.

Finalmente el Tribunal a quo ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas (STS nº 508/2014 de 9 junio y núm. 720/2015 de 16 noviembre).

4. Atendida esta doctrina, a la vista de los antecedentes expuestos en el apartado 2 de este Fundamento Jurídico, cabe resaltar que es la propia recurrente la que admite que en acusar no hubo temeridad, cuanto menos hasta concluir la actividad probatoria en el juicio oral. Los parámetros expuestos en el anterior apartado 3 llevan a la confirmación de la decisión impugnada ya que ni objetiva ni subjetivamente cabe atribuir daño alguno al comportamiento procesal de la acusación particular, ni, desde luego, que ello fuera fruto de mala fe o temeridad.

El recurso se rechaza.

Séptimo.

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

FALLO

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

Desestimar los recursos de casación interpuestos por "Forrajes Aniés S.L", "Almacenes Aniés S.L." y "Gestiones Mondoto S.L.", contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 20 de noviembre de 2017 .

Condenando a los recurrentes al pago de las costas derivadas de sus recursos.

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

Así se acuerda y firma.

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