

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064597

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 680/2019, de 23 de enero de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1914/2018

SUMARIO:**Insolvencias punibles. Alzamiento de bienes. Agravación por cuantía de lo defraudado superior a 50.000 euros. Responsabilidad civil del delito.**

Mediante un mecanismo nada sofisticado de creación de empresas, elude el pago de las deudas con la TGSS, no abonando nada por las empresas. Las empresas se creaban con la finalidad de abandonarlas cuando tuvieran una carga de deudas, siendo el mecanismo defraudatorio la ocultación patrimonial.

Cuando el art. 257 se remite al art. 250.1.5º CP hay que entender por valor de lo defraudado no el total del importe de la deuda, sino el perjuicio causado como consecuencia del alzamiento. Si alguien, v.gr., oculta 2.000 euros de su patrimonio (o un efecto con ese valor) para eludir su embargo con motivo de una deuda por importe de 100.000 euros, lo defraudado a efectos de la aplicación de ese novedoso subtipo agravado del delito de alzamiento no será el total de la deuda, sino el total de lo ocultado, de los bienes alzados. Por tanto, hemos de estar no al monto de la deuda impagada, sino de los bienes sustraídos fraudulentamente del propio patrimonio para eludir su embargo o afectación a la deuda.

Los delitos de alzamiento de bienes no llevan aparejada como responsabilidad civil la condena al pago como indemnización del importe de la deuda defraudada que, por definición, es previa al delito y no consecuencia del mismo.

En el delito de alzamiento de bienes, la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse, en su caso y siempre que exista petición al respecto, según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos. El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente. Por tanto, hay delito de alzamiento de bienes en cuanto se ha impedido el cobro de una deuda, pero es posible que las acciones constitutivas de delito solo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 109, 250.1.5.º, 257 y 307.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

RECURSO CASACION núm.: 1914/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 23 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 1914/2018 interpuesto por Anibal representado por la procuradora Sra. D.^a Esperanza Alonso Gimeno, bajo la dirección letrada de D. Fernando Soler Díaz contra sentencia de fecha 9 de mayo de 2018 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en causa seguida contra el recurrente por delito de insolvencia punible. Ha sido parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social representada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social D. Pascual Espín Alcaraz. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia inició PA nº 4075/2011, contra Anibal. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Segunda) que con fecha 9 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que Anibal, como socio constituyente de la mercantil Franquicias y Nuevas Ideas S. L., titular del 75 % de las participaciones y apoderado de la misma, y como administrador único también de diversas entidades mercantiles que se indicarán -todas ellas con similar objeto social relacionado con la hostelería y controladas por él-, llevó a cabo una serie de actuaciones consistentes, básicamente, en que, cuando las empresas a través de las que ejercían su objeto social las mercantiles llegaban a acumular un volumen importante de deuda con la TGSS y con la finalidad de que dicha deuda quedara en la empresa deudora deviniendo incobrable, procedía a cesar la actividad de la empresa y crear otra que continuara idéntica actividad, pero "partiendo de cero" en sus relaciones con la TGSS, realizando a dicho efecto los trasvases de material, personal y clientela de los establecimientos donde se ejercía la actividad empresarial a otros titularidad de otras mercantiles controladas también por él, estando todo ello deliberadamente encaminado a sustraerse a la acción recaudatoria de la Seguridad Social, eludiendo el pago de las deudas contraídas por las referidas mercantiles:

a) Así, Anibal constituyó, junto con su cónyuge Leonor, casados bajo el régimen de gananciales, la sociedad Franquicias y Nuevas Ideas S. L. por escritura pública otorgada con fecha de 11 de octubre de 2001, ostentando el primero 75 participaciones y la segunda 25.

Se nombró administradora única a Leonor, quien, en fecha 11 de octubre de 2001, otorgó poder a favor de Anibal.

Tenía por objeto social el desarrollo, promoción y explotación de establecimientos de hostelería propios o mediante franquicias y su domicilio social se fijó en Puzol, Urbanización Alfinach, Avenida Rector Emilio Bayarri, num. 9, Bloque E, puerta 13.a.

En fecha 5 de diciembre de 2003 se fijó el domicilio social en Puzol, Paseo de la Costera nº36 y el domicilio fiscal en Valencia, calle Jorge Juan, n.º 19, Mercado de Colón, local n.º 4.

En fecha 7 de octubre de 2009 se trasladó el domicilio social a la Calle Reus, nº 7-1.0-1.a, de Valencia.

Causó alta en Seguridad Social el 17 de Junio de 2002, con domicilio de actividad en Carretera Ademuz, Salidas 6 y 7 de Heron City, Local nº2 bis 11, de Paterna, dando de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a su primer trabajador el 17/06/2002 y desarrolló su actividad hasta el 30/09/2006, en que causó baja sin trabajadores, con una deuda por impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad Social de €21.974,68.

En la memoria 2007 (Abreviada) figura como actividad principal: "otros cafés y bares".

b) La mercantil Rosacruz Mediterránea, S.L. se constituyó por escritura publica de fecha 16 de agosto de 2005 otorgada en Madrid por Rodrigo y Shelf Companies Twenty-Four Spain S.L., suscribiendo cada uno 1.503 participaciones, siendo nombrado administrador único Rodrigo

Tenia por objeto la explotación de servicios hoteleros, hosteleros, discotecas y otros relacionados con la restauración gastronómica y los espectáculos públicos, fijando su domicilio social en Ontinyent, calle Rafael Juan Vidal, nº 14, entresuelo.

Por escritura de fecha 2 de noviembre de 2005, previo cese del administrador único, se designó a Anibal como nuevo administrador único por tiempo indefinido y se trasladó el domicilio social a Paterna, Carretera Valencia-Ademuz, salidas 6 y 7, local 2, 11- Heron City.

Causó alta en la Seguridad Social el 1 de febrero de 2006, con domicilio social y de actividad en Carretera Valencia-Ademuz, Salidas 6 y 7 (Centro Comercial Heron City n.º 2 bis 11 de Paterna), dando de alta en el Régimen General de la Seguridad social a su primer trabajador el 1/02/2006 y desarrolló su actividad hasta el 10/01/2011 en que causó baja sin trabajadores, con una deuda por impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad social de €143.715,31.

En la memoria 2007 (Abreviada) figura como actividad de la empresa: "otros cafés y bares".

b) La mercantil Aventurama Europea S.L. fue constituida por Rodrigo y Businessmen, S. L., suscribiendo cada uno de ellos 1503 participaciones, siendo nombrado administrador único Rodrigo.

Tenia por objeto social la explotación de servicios hoteleros, hosteleros, discotecas y otros relacionados con la restauración gastronómica y los espectáculos públicos y fijó su domicilio social en Bilbao, Alameda de Mazarredo n.º 65-8.º izquierda.

Por escritura de elevación a publicas de acuerdos sociales de 2 de noviembre de 2005, se trasladó el domicilio a Valencia, calle Jorge Juan nº 19, Mercado de Colón, local numero 4 y, previo cese del Administrador único, se designó nuevo administrador único, por tiempo indefinido a Anibal.

Causó alta en Seguridad Social el 1 de octubre de 2006, con domicilio social y de actividad en calle Jorge Juan (Mercado Colón, puesto 4) nº 19, bajo, de Valencia, dando de alta en el Régimen de la Seguridad Social a su primer trabajador el 01/10/2006 y desarrolló su actividad hasta el 31/05/2011, en que causó baja sin trabajadores, con una deuda por impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad Social de €219.437,33.

En la memoria de 2007 (Abreviada) figura como actividad principal: "Otros cafés y bares".

d) La sociedad Franquiciamanía Global S.L. se constituyó por escritura publica otorgada por Rodrigo y El oso hibernado S.L., suscribiendo cada uno 1.503 participaciones, siendo nombrado administrador único Rodrigo

Tenia por objeto la explotación de servicios hoteleros, hosteleros, discotecas y otros relacionados con la restauración gastronómica y los espectáculos públicos, fijando su domicilio social en Murcia, calle Ricardo Gil, n.o 26, 1.0 D.

Por escritura pública de fecha 7 de agosto de 2006, previo cese del administrador único, se designó a Anibal como nuevo administrador único por tiempo indefinido y se trasladó el domicilio social Gandia, Valencia, centro comercial de Ocio La Vital, Polígono Comercial Rafalcaid, carretera de Daimuz, s/n, Local A-12.

Causó alta en Seguridad Social el 6 de enero de 2007, con domicilio social en Plaza Cánovas del Castillo, no 9, 5a de Valencia y de actividad en Gandía (Valencia), centro comercial de Ocia La Vital, Polígono Comercial Rafalcaid, carretera de Daimuz, s/n, Local A-12, dando de alta en el Régimen General de la Seguridad social a su primer trabajador el 06/01/2007 y desarrolló su actividad hasta el 06/04/2009 en que causó baja sin trabajadores, con una deuda por impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad social de €6331,19.

En la memoria 2007 (Abreviada) figura como actividad de la empresa: "Otros cafés y Bares".

e) La mercantil El Café Artesanal Tostado Diariamente S.L se constituyó por escritura publica otorgada con fecha de 15 de junio de 2006, por Cayetano, Anibal y Verónica, suscribiendo 1.271, 1.519 y 310 participaciones, respectivamente, siendo nombrada administradora única Verónica, Tenía por objeto la compraventa, importación y exportación de toda clase de cafés y derivados, fijando su domicilio en Valencia, calle La Estrella, 13, bajo.

Back 2006 S.L. 1.503 participaciones, siendo nombrados administradores solidarios Rodrigo y Geronimo.

Tenia por objeto la explotación de servicios hoteleros, hosteleros, discotecas y otros relacionados con la restauración gastronómica y los espectáculos públicos, fijando su domicilio social en Barcelona, calle Rocafort, n.º 91 bis, ático 1.

Mediante escritura otorgada el día 30 de julio de 2008, se aceptó la dimisión de los administradores solidarios, nombrando administrador único por tiempo indefinido a Anibal, fijando el domicilio social en Valencia, calle Jorge Juan, n.º 11, 1ª.

Causó alta en Seguridad Social el 1 de enero de 2009, con domicilio social en Valencia, calle Jorge Juan, n.º 11, 1ª, y de actividad en Plaza Pescadería, n.º 8, bajo, de Castellón de la Plana, dando de alta en el Régimen General de la Seguridad social a su primer trabajador el 09/01/2009 y desarrollando su actividad hasta el 31/05/2010, en que causó baja sin trabajadores, con una deuda por impago de cuotas al Régimen General de la Seguridad social de €12.730,48, que no se reclaman por haber prescrito.

h) La sociedad Starport Promociones S.L. se constituyó por escritura publica otorgada con fecha de 30 de septiembre de 2010, por Coral, quien intervino en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único de la mercantil Companies Intra Legem, S.L. y como apoderado de Geronimo, siendo nombrados administradores solidarios Coral y Geronimo.

Tenía por objeto social la "explotación hotelera, hostelera, discotecas fijando su domicilio social en Barcelona, calle Rocafort, n.º 91, Bis, ático. Por escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales otorgada con fecha de 8 de noviembre de 2010, se trasladó el domicilio social a Valencia, calle Jorge Juan, n.º 19, local 4, y, previo cese de los administradores solidarios, se designó administrador único por tiempo indefinido a Primitivo, mayor de edad, vecino de Valencia, calle Jorge Juan, n.º 19, local numero 4.

Por escritura de 14 de diciembre de 2010, Primitivo, como administrador único, confirió poder a favor de Lorena.

Por escritura pública de compraventa de participaciones sociales de 4 de Julio de 2011 Lorena vendió el pleno dominio de las 602 participaciones a Primitivo.

Causó alta en Seguridad Social el 15 de junio de 2011, dando de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a su primer trabajador el 15/06/2011 y viene desarrollando su actividad con una plantilla de siete trabajadores.

Starport Promociones S.L. tiene una deuda con la Seguridad Social por importe de €51.383,36.

i) La mercantil Diseño y Creación Companies S.L. se constituyó por escritura publica de fecha 24 de agosto de 2010, concurriendo al otorgamiento Coral, en su propio nombre, como administradora única de Companies Intra Legem S.L. y, en calidad de apoderada, en nombre y representación de Geronimo; suscribiendo 1.503 participaciones sociales Coral y 1,503 participaciones Companies Intra Legem SL; siendo nombrados administradores solidarios Coral y Geronimo. Tenía por objeto social: "explotación hotelera, hostelera, discotecas" y fijó su domicilio en Barcelona, calle Rocafort, n. 91 Bis, ático 1ª.

Por escritura de elevación a público de acuerdos sociales de 17 de noviembre de 2010, previo cese de los administradores, quedó designado nuevo administrador único Primitivo, hoy fallecido, y se fijó como domicilio social, en Paterna, calle Tomás y Valiente, sin número, Centro Heron City, Local 2.11.

Por escritura publica de 14 de diciembre de 2010, Primitivo como administrador único confirió poder a favor de Lorena.

Por escritura pública de compraventa de participaciones sociales de 14 de diciembre de 2010, Primitivo vendió el pleno dominio de 752 participaciones a Lorena. Por ello, el capital social quedó distribuido de la siguiente forma: Lorena, titular de 752 participaciones sociales. Primitivo, titular de 751 participaciones. Carmela, titular de 1.503 participaciones.

Causó alta en Seguridad Social el 1 de Enero de 2011, dando de alta en el Régimen de la Seguridad Social a su primer trabajador el 1-1-2011 y viene desarrollando su actividad con una plantilla de cuatro trabajadores. La deuda contraída con la TGSS fue de €25.161,96.

Mediante la creación y control de toda esta estructura empresarial y el trasvase de medios materiales, personal laboral y clientela entre establecimientos cuyos titulares eran las mercantiles, Anibal mediante, ha conseguido hacer ineficaces los créditos públicos que sobre las empresas de los que es acreedora la TGSS".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO.- PRIMERO.- CONDENAR a Anibal, como responsable en concepto de autor del delito de insolvencia punible definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de la condena y multa de 20 meses con una cuota diaria de €10 y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

Segundo.

CONDENAR a Anibal a que abone en concepto de indemnización a la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de €491.288,35, con los intereses legales correspondientes.

Tercero.

IMPONER a Anibal las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al condenado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

La Sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Contra la presente resolución se podrá interponer RECURSO DE CASACIÓN en el término de los CINCO DÍAS siguientes contados a partir de la última notificación, en cualquiera de las modalidades establecidas por la Ley, mediante escrito con firma de Abogado y Procurador".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el condenado, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Anibal.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Motivo segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 109.2 CP.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando sus motivos y solicitando su inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación; el letrado de la Administración de la Seguridad Social igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 31 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El primer motivo (art. 852 LECrim), extenso y denso en su formulación, invoca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El derecho a la presunción de inocencia aparece configurado como regla de juicio que incorpora la prohibición de condena si no se han producido pruebas inculcatorias válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Una condena penal vulnera tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se

motive el resultado de dicha valoración o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable el iter discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 68/2010, de 18 de octubre; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Sintetizando su doctrina, se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena: a) con ausencia de pruebas de cargo; b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Pues bien, de esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- viene a sostenerse en el recurso que la prueba no sería suficiente, ni, en cierta medida, concluyente en cuanto habría otras explicaciones de la secuencia de traspasos y sustitución de unas empresas o sociedades por otras, distintas a la del ánimo de eludir el pago de las deudas contraídas con la seguridad social.

Hay que desestimar este argumento.

La prueba desplegada es suficientemente concluyente. Acreditada documentalmente, así como por el informe pericial de Cesareo, así como por la aceptación, tanto de la deuda, como de lo esencial de las operaciones por parte del acusado, es decir, que se produjeron sucesiones de empresas con traspaso de trabajadores, el ánimo defraudatorio (que consiste únicamente en la voluntad de sustraer elementos patrimoniales de unas sociedades para traspasarlos a otras con conocimiento de que con ello se dificultaba o imposibilitaba que la entidad deudora hiciera frente a los débitos) emana de la misma secuencia; amén de estar avalado por algunas declaraciones testificales (por todas manifestaciones, bien elocuentes de Cristóbal y Desiderio). La sentencia motiva su convicción de forma sólida y suasoria:

"Esta sucesión empresarial se evidencia por los siguientes indicadores:

- 1.- La coincidencia en la actividad de las tres empresas.
- 2.- La coincidencia en el centro de trabajo. El centro de trabajo donde desarrollaban la actividad las empresas sucesoras es el mismo que aquellos en que ejercía su actividad la empresa sucedida, ubicados en Paterna, Carretera Valencia-Ademuz, Salidas 6 y 7, local 2.11 (Nerón City) y calle Jorge Juan n.º 19, Mercado Colón, local n.º 4, de Valencia.
- 3.- La continuación de la actividad sin solución de continuidad: Franquicias y Nuevas Ideas S.L. comunica la baja de sus últimos trabajadores el 30/09/2006. Rosacruz Mediterránea, S.L. mientras comunica el alta de sus primeros trabajadores el 01/02/2006. Por su parte, Aventurama Europea comunica el alta de sus primeros trabajadores el 01/10/2006, es decir al día siguiente de la baja de los trabajadores de Franquicias.
- 4.- La existencia de relación familiar entre los administradores de las tres empresas: Leonor es la administradora única de Franquicias y Nuevas Ideas S.L. y apoderado su cónyuge Anibal, siendo éste administrador único de Rosacruz Mediterránea S.L. y de Aventurama Europea S.L.
- 5.- La coincidencia de trabajadores: de los 16 trabajadores que tuvo Franquicias y Nuevas Ideas S. L. durante los tres últimos meses de actividad, pasaron seis a Rosacruz Mediterránea S.L. y diez a Aventurama Europea, S.L. sin solución de continuidad.

Luego, de manera minuciosa explica las patentes vinculaciones con las otras mercantiles que se recogen en los hechos probados para confluir finalmente:

" En resumen, como sostuvieron el Ministerio Fiscal y la acusación particular:

- 1.- Anibal, mediante un mecanismo nada sofisticado de creación de empresas, elude el pago de las deudas con la TGSS, no abonando nada por las empresas, realizando un sistema de bola de nieve por empresas siempre controladas por él mismo, siendo administrador de derecho o de facto. Incluso en las últimas empresas Starport, tanto el Inspector como las empleadas han manifestado que él daba las órdenes, el pretexto de que estaba allí

porque vendía el café no es de peso porque no es preciso para el suministro el control diario. La documental igualmente acredita este control. El mecanismo de traspaso de empresa se hacía sin solución de continuidad y sin conocimiento de algunos de los trabajadores. Las empresas se creaban con la finalidad de abandonarlas cuando tuvieran una carga de deudas, asumiendo la misma actividad, mantienen la misma ubicación, no se acredita ninguna situación de crisis sobrevenida para justificar la creación de las nuevas empresas. Ni la Inspección de trabajo, ni los trabajadores notaron una disminución notable de ventas que lo justificara. Anibal alude a una franquicia entre la primera y las siguientes empresas, pero no resulta posible porque sería una auto franquicia, ya que franquicia empresas controladas por él mismo, de modo que no se podía transmitir, ni se pagaron royalties, ni constaba en la empresa matriz ninguna relación que justificara este hecho, más allá de la utilización del mismo nombre. El mecanismo de sucesión de empresa en sí mismo no es punible, podía dar lugar a derivación de responsabilidad, pero en este caso se producen sucesivas cesiones dejando impagadas las deudas anteriores.

2.- Por otra parte, las sociedades se han dejado inactivas de hecho, no se han disuelto, no existe concurso de acreedores, en Aventurama la propia administración efectuó una derivación de responsabilidad por esa causa. Como certifican los responsables de las UREs, fueron funcionarios personalmente a comprobarlo.

3.- El mecanismo defraudatorio es la ocultación patrimonial. La TGSS ha actuado las posibilidades administrativas, pues 3 Unidades de recaudación han desplegado actividad.

Frente a esos razonamientos no vale contraponer las manifestaciones del propio acusado negando que su propósito fuese defraudatorio. La presunción de inocencia no obliga a otorgar necesaria y absurdamente crédito a las manifestaciones del acusado que, por otra parte, está amparado por su derecho a no declarar o a no confesarse culpable faltando en su caso a la verdad si lo considera preferible para su defensa. Esto es obvio. Que las manifestaciones del acusado en el proceso penal estén tuteladas constitucionalmente y blindadas frente a cualquier persecución por no ajustarse a la realidad, no significa que hayan de ser tenidas siempre por ciertas, que es lo que parece deducirse de la extravagante argumentación del recurso.

Tampoco bastan esas manifestaciones para rechazar que hubiese traspaso de activos patrimoniales lo que queda evidenciado por las actuaciones concatenadas y algunas testificales según argumenta la sentencia.

Es inacogible un argumento que paralela y secuencialmente se va reiterando en el recurso: denuncia que la sentencia se hace eco las declaraciones de algunos testigos, siendo así que de algunas de las mencionadas no se deriva nada que pueda resultar inculpativo para el acusado.

Recoger el contenido de esas declaraciones en la sentencia para dar cuenta objetiva y neutral del resultado de la prueba exponiendo sintéticamente lo que relató cada testigo, por sí solo, no resulta atentatorio de la presunción de inocencia. Pero es que, además, algunos de los testimonios que se van enumerando en este apartado sí que arrojan datos inculpativos contra el acusado.

El argumento no se entiende. La sentencia recoge lo que declaró cada uno de los testigos, o peritos, además del propio acusado, así como sintéticamente, lo resultante de la documental (fundamento de derecho 2). Con ello no está proclamando que toda la prueba sea inculpativa. Será en el fundamento de derecho tercero que sirve de recipiente a la motivación fáctica donde se da cumplida cuenta de las razones que le llevan a considerar probados los hechos que refleja el factum. Sin duda se contaba con base probatoria sobrada para ello. De la secuencia de los hechos fluye con naturalidad la intencionalidad de sustraerse al pago de las deudas que iba contrayendo con la Seguridad Social, al margen de que en algún supuesto concreto pudieran concurrir otros propósitos adicionales. Pero eso no desvirtúa esa general y omnipresente intención que, por otra parte, alcanzó su objetivo como demuestran los magros, si no totalmente infructuosos, intentos de la Tesorería General de la Seguridad Social de hacerse pago mediante los procedimientos que la ley pone en sus manos: topaba con empresas insolventes, y de hecho inactivas; siendo así que la actividad era continuada por otra empresa controlada también por el acusado.

Las manifestaciones de varios de los testigos son también elocuentes a ese respecto (Olga -que sí aporta datos de cargo, por cierto-; agente policial 65254 -cuyo testimonio tampoco es inocuo desde el punto de vista de la acusación-; Pilar, Rafaela, Raquel, ...).

Que algunos eventuales testigos no hayan declarado, como denuncia el recurrente, no es dato a tomar en consideración. Lo importante es comprobar si la prueba desplegada sustenta la convicción de la Sala de forma suficiente; no sí podría haber existido más prueba.

El recurrente trata de empujarnos a un debate sobre valoración de la totalidad de la prueba que no es dable abrir en casación donde hemos de limitarnos a constatar que la Audiencia ha contado con prueba de cargo y que la ha valorado de forma racional. Y eso es innegable a la vista de la fundamentación fáctica de la sentencia. Para desmentirlo no basta con la negativa del recurrente. Tampoco es buena estrategia aislar cada uno de los indicios utilizados por el Audiencia, para desvinculados entre sí, y negar que atomizados y separadamente analizados tengan

por sí solos fuerza convictiva. Las conclusiones de la Audiencia surgen de la contemplación conjunta de todos los elementos indiciarios que va exponiendo. El examen desagregado de la prueba es táctica dialéctica tan frecuente como infecunda en un motivo por presunción de inocencia.

La prueba indiciaria o indirecta es también prueba y a ella hay que acudir normalmente para acreditar elementos internos como el propósito de eludir fraudulentamente el abono de las deudas contraídas con la Seguridad social. Como guía para evocar esa doctrina puede servirnos la STC 133/2014, de 22 de julio, -luego citada en la STC 146/2014, de 22 de septiembre-. A falta de prueba directa de cargo, se dice, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) este razonamiento ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-).

Leemos en la reseñada sentencia:

"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera 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' (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".

"Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero , se afirma "que 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) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero , se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio ."

"Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio , "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)".

Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)." (énfasis añadido).

Los datos objetivos recogidos en el hecho probado permiten formar una granítica convicción sobre el propósito rector de esa concatenada actuación empresarial: eludir el pago de buena parte de sus débitos por seguros sociales. La sucesión no transparente de empresas es una de las morfologías más típicas en el ámbito de las defraudaciones a la Seguridad Social (vid. STS 1046/2009, de 27 de octubre de 2009).

En cualquier caso, en cuando al detalle, como veremos enseguida, el hecho de que hipotéticamente en algunas de esas sucesiones empresariales (lo que podría admitirse en alguno de los pasos; nunca, en todos como ha acreditado la prueba) pudiera no existir traspaso de activos patrimoniales (lo que desvirtuaría la esencia del delito de alzamiento de bienes) no afectaría a la correcta subsunción de los hechos en el art. 257 CP, ni al importe de lo adeudado; tan solo al perjuicio que podría considerarse anudado a la acción defraudatoria, lo que, como veremos, a la postre va a resultar absolutamente irrelevante.

Segundo.

En efecto, hay algo que no está reflejado en el hecho probado (seguramente porque no se ha podido cuantificar a la vista de la prueba practicada): la valoración de los elementos patrimoniales y activos sustraídos al pago del débito contraído con la Seguridad Social.

Cuando el art. 257 se remite al art. 250.1.5º CP hay que entender por valor de lo defraudado no el total del importe de la deuda, sino el perjuicio causado como consecuencia del alzamiento. Si alguien, v.gr., oculta 2.000 euros de su patrimonio (o un efecto con ese valor) para eludir su embargo con motivo de una deuda por importe de 100.000 euros, lo defraudado a efectos de la aplicación de ese novedoso subtipo agravado del delito de alzamiento no será el total de la deuda, sino el total de lo ocultado, de los bienes alzados.

Como eso no está concretado en el hecho probado habrá que estimar el recurso en ese particular con la consiguiente necesidad de dictar segunda sentencia reindividualizando la pena.

No hay duda hoy, aunque históricamente se discutió, sobre la proyección del alzamiento de bienes a deudas públicas y entre ellas las contraídas con la Seguridad Social. Es más, es un tipo agravado (art. 257.3) correctamente apreciado.

Podría cuestionarse si la reforma de 2015 resulta más beneficiosa en la medida en que ha modificado el art. 257.3 CP matizando que la agravación en el caso de deudas a la Seguridad Social solo juega cuando provengan de un delito contra la Seguridad Social. Y el hecho probado no es claro en cuanto a que las deudas provengan en efecto de un delito del entonces vigente art. 307 CP: se exigía una cuantía superior a 120.000 euros en un plazo de un año.

Sin embargo la reforma de 2012 afectó al art. 307 CP. Y en la actualidad no habría duda de que sería de aplicación el actual subtipo agravado a la vista de las actuales cuantías y periodos que contempla el art. 307 vigente. Por tanto no hay duda de la procedencia de tal agravación. Es más la pena que se impondrá en la segunda sentencia no rebasará tampoco lo permitido por el tipo básico.

El motivo primero puede ser estimado solo parcialmente en los términos especificados.

Tercero.

El segundo motivo del recurso por el cauce del art. 849.1º LECrim denuncia aplicación indebida del art. 109 CP entendiendo que no procedía la fijación de responsabilidad civil en tanto que por vía administrativa se está ya reclamando la deuda habiéndose derivado la responsabilidad al empresario, aquí condenado.

Hay que dar la razón al recurrente aunque no por los argumentos aducidos sino por otros diferente: los delitos de alzamiento de bienes no llevan aparejada como responsabilidad civil la condena al pago como indemnización del importe de la deuda defraudada que, por definición, es previa al delito y no consecuencia del mismo.

Es más en el marco de los delitos contra la Seguridad social estrictamente defraudatorios podemos discutir si se trata de una deuda nacida del delito, o más bien de una deuda jurídico pública que se rige por la legislación específica (STS 277/2018, de 8 de junio, caso Noos). En todo caso no es ese el problema que ahora debemos tratar en la medida en que se ha condenado en exclusiva por el delito de alzamiento de bienes, no por previas defraudaciones a la seguridad social.

Es, en efecto, doctrina tradicional de esta Sala que en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse, en su caso y siempre que exista petición al respecto, según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos (art. 1305 del Código Civil).

En este caso, además, dada la naturaleza de la deuda, habría que acudir a los medios subrogados que contempla la legislación especial de seguridad social.

El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31 de diciembre, 1091/2010, de 7 de diciembre ó 209/2012, de 23 de marzo).

La indemnización, además, no podría extenderse a todo el monto de la obligación crediticia cuyo pago se eludió. Según se deduce de algunas de las consideraciones efectuadas antes, no puede afirmarse de manera rotunda que el delito de alzamiento de bienes haya afectado a todo el crédito. Hay delito de alzamiento de bienes en cuanto se ha impedido el cobro de una deuda, pero es posible -según se infiere de los hechos probados de la sentencia- que las acciones constitutivas de delito solo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad. Dicho de otra forma: no es incompatible con los hechos probados especular que si no hubiese existido delito de alzamiento de bienes la entidad pública acreedora tampoco hubiese podido cobrar la totalidad de su crédito. Esa es prueba cristalina de que no se trata clara y propiamente de responsabilidad civil nacida del delito.

El crédito previo no es transformado por la incidencia de un delito de alzamiento de bienes que por esencia ha de ser posterior al nacimiento y constitución de la obligación. Este es un punto de partida claro.

Tras la comisión del delito de alzamiento de bienes el crédito permanece sin variación alguna. El acreedor puede reclamarlo en virtud de la fuente que lo fundase -un contrato, la ley, un delito...- ante la jurisdicción correspondiente. Aquí de hecho ya está abierta esa vía administrativa. No se superpone un nuevo título de pedir al que lo originó.

Es in procedente el pronunciamiento sobre responsabilidad civil recogido en la sentencia.

Cuarto.

La estimación parcial del recurso conduce a la declaración de oficio de las costas causadas (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Anibal contra sentencia de fecha 9 de mayo de 2018 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en causa seguida contra el recurrente por delito de insolvencia punible; por estimación parcial del motivo primero y total del motivo segundo de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia.

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

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

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1914/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 23 de enero de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia que inició AA nº 4075/2011 contra Anibal, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Quinta), y que fue seguida por un delito de insolvencia punible en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

No es de aplicación el tipo agravado construido en el art. 257.4 por remisión al art. 250 CP en virtud de las razones que han quedado expuestas en la anterior sentencia.

Esto lleva a redimensionar la pena. Nos hemos de mover en un marco que oscilará entre uno y seis años de prisión más una multa que quedará comprendida entre doce a veinticuatro meses. La carencia de antecedentes penales y el tiempo transcurrido desde la fecha de comisión de los hechos invita a buscar los tramos más bajos aunque siempre por encima del mínimo para dar respuesta a la reiteración de la conducta defraudatoria y al volumen

de negocio manejado. La pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión junto con una multa de QUINCE MESES con una cuota diaria de diez euros (monto éste que fue el fijado en la instancia) se antojan extensiones ponderadas.

Segundo.

El delito de alzamiento de bienes no lleva habitualmente aparejada como responsabilidad civil el pago de la deuda que se pretendía eludir. Su reclamación ha de hacerse al margen del proceso penal como, en efecto, consta que se está efectuando en este caso mediante los mecanismos de que dispone la Tesorería General de la Seguridad Social. La deuda, de derecho público, es anterior al delito y viene asentada en la correspondiente legislación de seguridad social.

Tercero.

En lo demás y en cuanto no sean incompatibles con los presentes han de darse por reproducidos los razonamientos de la sentencia de instancia que se asumen

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

1º.-CONDENAR A La pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la condena, junto con una multa de QUINCE MESES con una cuota diaria de diez euros.

2º.- Se deja sin efecto la condena al pago de la indemnización que figuraba en la sentencia de instancia.

3º.- En el resto y en cuanto no sean incompatibles se mantienen y ratifican los pronunciamientos de la sentencia de instancia y en especial lo relativo a las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco
Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

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.