

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065297

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTADER

Sentencia 2/2021, de 18 de diciembre de 2020

Rec. n.º 10/2020

SUMARIO:

Delito contra la Seguridad Social. Ánimo defraudatorio. Condenado autor de un delito contra la Seguridad Social y, junto a la pena de prisión de dos años y la multa de 341.914 euros, le impone una indemnización de 226.772 euros que deberá abonar a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Administrador único de una mercantil que explotaba dos clubes abiertos al público y en los que estaban contratados y dados de alta en la Seguridad Social numerosos trabajadores. El acusado, que era la persona encargada de la gestión efectiva de la sociedad, "incumplió de forma consciente y voluntaria sus obligaciones en materia de cotización social, no abonando cantidad alguna en concepto de cuotas a la Seguridad Social relativas a los trabajadores que tuvo de alta en la empresa. Así, dejó de abonar una cantidad de 170.957 euros, cantidad que asciende a 226.772 euros con los intereses de demora y recargos correspondientes.

Llevaba incumpliendo de forma absoluta su obligación de abonar las cotizaciones sociales y "nunca solicitó un aplazamiento del pago de las cuotas debidas, ni interesó la regularización de su deuda. Además, tampoco cumplió con su obligación de depositar las cuentas de la sociedad en el registro mercantil desde el año 2011, y tampoco presentó el impuesto de sociedades. El crédito generado con motivo de la actuación del acusado fue declarado por la Seguridad Social como incobrable.

La Audiencia considera que el impago se produjo "de forma consciente y voluntaria, y con un ánimo claramente defraudatorio. fue en todo momento conocedor" de la obligación que tenía de abonar las cuotas sociales, y es que la persona que se encargaba de elaborar las nóminas testificó en el juicio que cuando recibía telemáticamente la notificación de que no se estaban pagando las cuotas sociales se lo comunicaba al acusado "de forma inmediata. El tribunal califica la actitud del ahora condenado como "absolutamente omisiva, opaca y obstruccionista".

En este sentido, señala que la sociedad contrató a numerosos trabajadores a los que no se dio de alta en la seguridad social, algunos de ellos extranjeros que carecían de permiso de trabajo.

PRECEPTOS:

Ley orgánica 10/1995 (CP), arts. 28.1, 31 bis, 56, 58, 66, 109, 116, 307.1, 307 bis.

PONENTE:

Doña Maria Almudena Congil Diez.

Magistrados:

Don AGUSTIN ALONSO ROCA
Don MARIA ALMUDENA CONGIL DIEZ
Don JUAN JOSE GOMEZ DE LA ESCALERA

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 3 Avda Pedro San Martin S/N Santander Teléfono: 942357125
Fax.: 942357130 Modelo: C1921**

Proc.: PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° : 0000010/2020 NIG: 3907543220160003152 Resolución:
Sentencia 000002/2021

Procedimiento Abreviado 0000512/2016 - 00 JUZGADO DE INSTRUCCION N° 2 de Santander

Acusado Justiniano Procurador: ALFREDO JOSÉ VARA DEL CERRO Perjudicado TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

AUDIENCIA PROVINCIALCANTABRIA(Sección Tercera)

Rollo de Sala número: 10/2020.

SENTENCIA N° : 000002/2021

ILMOS. SRES.:

Presidente:D. AGUSTÍN ALONSO ROCA. Magistrados:D.ª MARÍA ALMUDENA CONGIL DÍEZ.D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

En Santander, a dieciocho de diciembre de dos mil veinte.

Este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados mencionados al margen, ha visto en juicio oral y público la presente causa penal de Procedimiento Abreviado procedente del JUZGADO DE INSTRUCCION NÚMERO 2 DE LOS DE SANTANDER, y seguida con el número 512/2016, Rollo de Sala número 10/2020, por un delito de CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL , contra D. Justiniano, en calidad de acusado , mayor de edad, con DNI número NUM000 y en situación de libertad por esta causa, representado por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo José Vara del Cerro y asistido por la Letrada D.ª María Amparo García Bailo.

Como Acusación Particular , la TESORERÍA GENERAL DELA SEGURIDAD SOCIAL , representada y asistida por el Letrado de la administración de la Seguridad Social.

Y con la intervención del Ministerio Fiscal en la representación que ostenta del mismo la Ilma. Sra. D.ª Begoña Abad Ruiz.

Es Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección Tercera, D.ª MARÍA ALMUDENA CONGIL DÍEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La presente causa se inició por el Juzgado de Instrucción indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente, por las normas del Proceso Abreviado, y remitiéndose a este Tribunal para su enjuiciamiento, acordándose la celebración del Juicio Oral, que tuvo lugar en esta sede el pasado día 1 y 3 de diciembre de 2020, quedando la causa vista para Sentencia.

Segundo.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del juicio, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de Fraude a la seguridad social previsto y penado en los artículos 307.1 y 2 y 307 bis del Código penal, reputando autor al acusado, y solicitando que se le impusieran las penas de 3 años y 6 meses de Prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y Multa de 531.624,93 euros, con 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 un periodo de 6 años, y pago de las costas procesales causadas. Asimismo, en concepto de responsabilidad civil se interesó la condena del acusado a indemnizar a la Tesorería de la Seguridad Social en 234.405,72 euros, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.

En igual trámite, la Acusación particular consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de fraude a la seguridad social previsto y penado en los artículos 307 y 307 bis del Código penal, reputando autor al acusado, y solicitando que se le impusieran las penas de 3 años y 6 meses de Prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y Multa de 783.356,25 euros, con dos meses de arresto en caso de impago, así como 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 un periodo de 4 años, y pago de las costas procesales causadas. Asimismo en concepto de responsabilidad civil se interesó la condena del acusado a indemnizar a la Tesorería de la Seguridad Social en la suma de 261.118,75 euros, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.

La defensa del acusado consideró que los hechos no eran constitutivos de delito y solicitó su libre absolución.

Quinto.

En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, excepto la de dictar sentencia en el plazo legal, por acumulación de asuntos pendientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Valorando en su conjunto y del modo ordenado por el artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas practicadas en el juicio, la sala obtiene la razonable convicción de que los hechos enjuiciados, relatados como probados, son constitutivos de un delito Contra la Seguridad Social, previsto y penado en el artículo 307.1 y 2 y 307 bis del Código Penal, en su redacción en vigor desde el 17 de enero de 2013, al encontrarnos ante una conducta consistente en el impago de forma consciente y voluntaria y con un ánimo claramente defraudatorio por parte de la mercantil "San Hostelera, SL" de la totalidad de las cuotas de la Seguridad Social, incluidas, tanto la cuota empresarial, como la cuota obrera, durante las anualidades correspondientes a los años 2013 a 2017 por un importe muy superior a los 50.000 €, superando también muy ampliamente los 120.000 € a que se refiere el subtipo agravado previsto en el artículo 307 bis del Código penal.

Castiga el artículo 307 del Código penal la conducta de quien por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y los 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 50.000 euros. Dicho artículo igualmente dispone que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación cuando ésta se acredite por otros hechos, así como que a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales. La protección penal que dicho precepto otorga al sistema público de seguridad social garantizado en el artículo 41 de nuestra CE, se justifica por el hecho de encontrarnos ante comportamientos socialmente lesivos que suponen un ataque a la política social del Estado, a la economía en su conjunto, y especialmente, a la competitividad de las empresas, y a los derechos de los trabajadores.

Desde el punto de vista funcional se afirma por nuestra jurisprudencia que la Seguridad Social es equivalente a una Hacienda Pública especializada y por ello mismo el fraude a la Seguridad Social tiene una naturaleza similar al delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal, con el que comparte Título, el XIV del Libro II, diferenciándose básicamente en la institución defraudada y en los conceptos de defraudación. El bien jurídico protegido es por tanto la función recaudatoria necesaria para integrar el patrimonio de la Seguridad Social. Este objetivo integrador concentra sus esfuerzos en proteger suficientemente el patrimonio de la Seguridad Social con objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales.

Dicho lo anterior, como principales rasgos del delito básico del artículo 307 del Código penal contra la Seguridad Social, cabe destacar los siguientes:

1) El tipo exige como presupuesto ineludible la existencia de una relación jurídica de cotización, a partir de la que es posible identificar a los sujetos activo y pasivo de la conducta. Es éste, en consecuencia, un delito especial propio, ya que solo puede ser sujeto activo el obligado al pago de las cuotas o al cumplimiento de las obligaciones que determinan el carácter debido de las devoluciones obtenidas o de las deducciones disfrutadas.

El sujeto activo de este delito es por tanto la persona que resulte obligada al cumplimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, la persona obligada al pago, y por ello, normalmente, el empresario que es quien por imperativo de la Ley General de la Seguridad Social está obligado a ingresar las cotizaciones propias y las relativas a sus trabajadores. Así lo dispone el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto dispone que: "El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad". Por lo tanto, el sujeto activo, concretamente el autor en sentido estricto (artículo 28 párrafo 1º CP), queda restringido a quienes ostenten la cualidad de empresario, sin perjuicio de la eventual aplicación del artículo 31 bis del Código Penal cuando el empresario es una persona jurídica, tal es el caso que nos ocupa.

El objeto material lo constituyen las cuotas y conceptos de recaudación conjunta. Al hablar el precepto de "cuotas" en general y sin especificar, demuestra que la voluntad del legislador ha sido incluir, tanto la cuota empresarial, como la obrera; y a ello hay que añadir lo que la norma penal denomina "conceptos de recaudación conjunta", que son las primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, aportación al Fondo de Garantía Salarial, y cuotas para formación profesional y desempleo. Por su parte la STS 523/2006, de 19 de mayo de 2006, incluyó también en el objeto material los recargos de mora, apremio e intereses.

2) Con independencia de la modalidad de conducta en la que se incardinan los hechos, el tipo exige que constituyan una defraudación, lo que, al igual que en el delito fiscal, entrañaría no solo la producción de un perjuicio patrimonial, sino la producción a través de un hecho defraudatorio, que puede ser -más no exclusivamente- el engaño. Recordemos que cometen este delito quienes por acción u omisión, defrauden a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta o disfrutando de deducciones indebidas por cualquier concepto.

- Esta infracción penal tiene por tanto una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva, el ánimo defraudatorio.

Respecto de su dimensión objetiva, bastaría una breve referencia a la condición objetiva de punibilidad (que la suma defraudada supere la suma de 50.000 €) en el periodo de los cuatro años posteriores a la reforma del C.P. -operada por la L.O. 7/2012 de 27 de Diciembre que entró en vigor el 17 de Enero de 2013. Este umbral de punibilidad (más de 50.000 €) concurre en los ejercicios objeto de enjuiciamiento, y que no han sido objeto de regularización, -vistas las certificaciones emitidas por la seguridad social- concurriendo incluso el supuesto de agravación a que se refiere el artículo 307 bis 1, letra a) por cuanto la cuantía de las cuotas defraudadas en dicho periodo excede de 120.000 €.

Así pues, descendiendo al caso que nos ocupa, la realidad y cuantía de dicho impago por parte de la mercantil "San Hostelera, SL" obligada al pago conforme a la normativa antes citada, ha quedado plenamente acreditada a la vista de las certificaciones expedidas por la Tesorería General de la Seguridad Social que obran aportadas a las actuaciones (folios 618 y siguientes) de cuyo examen se desprende que en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2017, se dejó de ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social un total de 170.957,31 euros en concepto de cuotas, conforme al siguiente desglose. En el periodo comprendido entre el 17 de enero y el 31 de diciembre de 2013 se dejaron de ingresar a la seguridad social cuotas por importe de 52.980,45 euros (cantidad que resulta de descontar a los 55.466,79 € contemplados en dicha certificación la suma de 2.486,34 € correspondientes a los días 1 a 16 de enero de 2013); en el año 2014 cuotas por importe de 46.572,42 euros; en el año 2015 se dejaron de ingresar cuotas por importe de 33.347,45 euros; en el año 2016 se dejaron de ingresar cuotas por importe de 35.396,74 euros y en el mes de enero del año 2017 se dejaron de ingresar cuotas por importe de 2.660,25 euros, lo que hace un total 170.957,31 euros . A dichas cantidades deben de añadirse los correspondientes intereses por importe de 18.798,92 euros y recargos por importe de 37.016,12 euros, (cantidades obtenidas tras haber deducido de la correspondiente certificación la suma de 526,71 euros en concepto de intereses y de 497,27 euros en concepto de recargos correspondientes al periodo comprendido entre el 1 y el 16 de enero de 2013 que no se enjuicia). En consecuencia, se encuentra plenamente acreditado documentalmente que la deuda global generada a consecuencia del impago de las cuotas de la seguridad social durante el periodo objeto de enjuiciamiento, incluidos intereses y recargos, asciende a la suma de 226.772,35 euros .

De igual modo, nos encontramos con que el impago por parte de la mencionada mercantil de dichas cantidades, se encuentra acreditado a la vista de la mencionada documental y de la aportada por la Tesorería en el acto de la vista acreditativa de que por dicha Tesorería se han considerado dichos créditos incobrables vista la insolvencia de dicha mercantil que en la actualidad carece de bienes y de actividad. Asimismo la realidad de tal impago se pone asimismo de manifiesto a la vista del resto de las pruebas practicadas en el plenario, entre las que ocupa un lugar destacado el testimonio prestado en el acto del plenario por D. Luis Antonio, persona que tanto en el periodo que aquí se enjuicia, como incluso con anterioridad a la llegada a la empresa del acusado Sr. Justiniano, se encargaba de elaborar las nóminas, las altas y bajas de los trabajadores, los contratos laborales, y en definitiva de la llevanza de todo el " tema laboral" de la empresa "San Hostelera, SL", habiendo manifestado que lo hacía "bajo las indicaciones" del acusado D. Justiniano, al que consideraba "el gerente" de dicha empresa, siendo por lo demás dicho testigo la persona autorizada en red para relacionarse telemáticamente con la administración de la Seguridad Social. Dicho testigo, cuya objetividad a juicio de la sala no merece ninguna duda, en el acto del plenario manifestó que el acusado era la persona que le decía cuál era la categoría profesional de los trabajadores, relatando que él, siguiendo las órdenes del acusado, elaboraba las nóminas y los seguros sociales de los trabajadores y los llevaba periódicamente a la empresa, habiendo declarado el propio acusado en el acto el plenario que cuando él estaba en la empresa " supervisaba" las cosas, corroborando en definitiva lo manifestado por dicho testigo, al relatar que de hacer las nóminas se encargaba un chico que se apellidaba Luis Antonio, el cual dejaba allí las nóminas. Dicho testigo, también manifestó que unos dos o tres días antes de fin de mes entregaba en la empresa los seguros sociales para que por la misma se pagarán en ventanilla, relatando que cuando le llegaba la notificación de que dichos seguros sociales no habían sido pagados, se la llevaba nuevamente al Sr. Justiniano para que éste los

pagara, corroborando asimismo que la empresa tenía plena actividad comercial cuando era gestionada por el Sr. Justiniano, conclusión que asimismo se encuentra reforzada a la vista de lo declarado por el resto de los testigos, tanto los trabajadores de la empresa, como los agentes del cuerpo nacional de policía y los funcionarios de la Inspección de trabajo que en reiteradas ocasiones acudieron a los dos centros de trabajo que la empresa tenía tanto en Ojaiz como en Camargo haciendo constar en las actas que obran unidas a las actuaciones que ambos centros tenían actividad comercial, y relacionando el número e identidad de los trabajadores que allí se encontraban prestando sus servicios cuando tuvieron lugar las mencionadas visitas, parte de los cuales se correspondían con los que en esos momentos encontraban dados de alta en la empresa, tal y como resulta de cotejar tales actas con las vidas laborales de la empresa que también obran en la causa. En suma, la sala entiende que ha quedado plenamente acreditada la obligación de la mercantil de abonar las cuotas sociales y el absoluto y pleno incumplimiento por parte de dicha mercantil de dicha obligación por un importe superior a 120.000 € en el período de cuatro años comprendido entre los meses de enero de 2013 y enero de 2017.

Asimismo, en su dimensión subjetiva, dicho tipo penal exige la concurrencia de un ánimo defraudatorio, ánimo que también concurre en el presente caso. Sobre esta cuestión, es cierto que como así nos lo recuerda nuestro TS, por todas en su sentencia de 22-11- 2018, el mero hecho de no pagar a la Seguridad Social no supone sin más una defraudación y no es delito el no abonar las cuotas a la Seguridad Social sin realizar alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar a la labor investigadora, puesto que el simple impago sin la concurrencia de un elemento de mendacidad solo constituye una infracción tributaria cuya sanción excede del ámbito penal. De ahí que la conducta típica sea el "defraudar" eludiendo el pago de las cuotas, de suerte que si bien la mera omisión de la declaración o una declaración incompleta, puede suponer una defraudación; la falta de pago de la cantidad debida por el obligado por imposibilidad económica constatada, sin ningún artificio o maniobra de ocultación, excede el ámbito de la responsabilidad penal e incide en una infracción administrativa.

La acepción "defraudar" significa engaño, pero la significación actual no hace referencia expresa al engaño sino que comprende tanto "el privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho" como el "eludir o burlar el pago de los impuestos". Ambas acepciones llevan a estimar que se requiere algo más que el hecho de no pagar para que este delito se cometa por acción u omisión, exigiéndose al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los Servicios de la Seguridad Social, es decir, una acción u omisión tendente a esa maniobra de evasión o defraudación, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivo el cobro de aquello que corresponde.

En relación con este elemento subjetivo del delito, nos encontramos con que la mercantil "San Hostelera, SL", que como se razonará más adelante no sólo era administrada formalmente por el acusado, sino que también era administrada de forma efectiva por el mismo; ha mantenido una conducta absolutamente omisiva, opaca y obstruccionista, de la que cabe inferir el ánimo defraudatorio exigido por dicho tipo penal.

En este sentido basta cotejar las actas de las inspecciones practicadas en los clubs de alterne que obran a los folios 781 y siguientes y que han sido ratificadas en el acto del plenario por los agentes del cuerpo nacional de policía que participaron en las mismas, y por la inspectora de trabajo D.ª Almudena, con las vidas laborales de la mercantil que obran a los folios 818 y siguientes, para concluir que dicha sociedad contrató los servicios de numerosos trabajadores a los que no dio de alta en el régimen de la seguridad social, siendo incluso algunos de ellos trabajadores extranjeros en situación irregular en España y por tanto sin permiso de trabajo. De lo anterior se desprende que la mercantil no sólo no abonó en su integridad las cuotas debidas a la seguridad social en relación con todos y cada uno de los trabajadores que sí tuvo dados de alta en el régimen de la seguridad social en el periodo comprendido desde el año 2013 hasta el año 2017 que aquí se analiza; sino que además, ocultó a la seguridad social la efectiva contratación de otros trabajadores a los que no dio de alta en el régimen de la seguridad social, privando en definitiva a dicha administración, por mor de dicha actividad de ocultación, de los ingresos a que tenía derecho por dicho concepto. Asimismo, consta documentado en la causa que dicha mercantil también actuó de forma fraudulenta en relación con la contratación de algunos de sus trabajadores, tal es el caso de D.ª Antonieta persona respecto a la cual se siguió un procedimiento ante la jurisdicción social que culminó con la sentencia que obra a los folios 731 y siguientes, la cual alcanzó firmeza, y en la que se declara probado que la misma pese haber sido dado de alta en dicha empresa durante el periodo comprendido entre el 14 de marzo el 21 de junio de 2013, nunca prestó una actividad laboral efectiva para la empresa, tratándose de una contratación simulada que le permitió además acceder al subsidio de desempleo, circunstancia que evidencia una vez más la actividad defraudatoria de todo orden llevada a cabo por la mencionada mercantil.

De igual modo, las pruebas practicadas en el plenario evidencian que dicha conducta incumplidora ha estado además acompañada de una absoluta opacidad en la gestión de los dos clubs regentados por la mercantil de la que el acusado era administrador único, encontrándonos con que dicha mercantil no sólo no ha hecho frente al pago de sus obligaciones con la seguridad social, sino que tampoco ha cumplido con el resto de sus obligaciones tanto fiscales, como mercantiles. En este sentido, nos encontramos con que dicha mercantil no posee ningún bien susceptible de ser trabado por la administración de la seguridad social para el cobro de la elevada deuda generada,

tal y como así lo acredita la documentación aportada por la Tesorería General de la Seguridad Social tanto con su escrito de acusación, como en el acto del plenario, habiéndose considerado el crédito generado por impago de las cuotas sociales como incobrable.

Asimismo, está acreditado documentalmente (folios 844 y siguientes), que las últimas cuentas anuales depositadas en el registro mercantil por la sociedad se correspondieron con el ejercicio del año 2011, ello pese a que la misma mantuvo su actividad hasta mediados del año 2017, tal y como así resulta de las vidas laborales de dicha sociedad que obran a los folios 818 y siguientes.

De igual modo, tal y como así resulta de las actas de inspección llevadas a cabo por el grupo operativo de extranjeros entre los años 2011 y 2014, (folios 781 y siguientes) ratificadas en el acto del plenario por algunos de los agentes que participaron en las mismas, así como a la vista de lo declarado por la Inspectora de trabajo D.^a Almudena, se ha de entender plenamente acreditado que en los dos clubs denominados Casablanca que la sociedad San Hostelera SL regentaba, se llevó a cabo durante el periodo que aquí se enjuicia una actividad comercial sostenida, actividad cuya existencia ha sido igualmente corroborada a la vista de lo declarado con carácter general por todas las trabajadoras que acudieron a prestar declaración al acto del plenario en calidad de testigos, desprendiéndose de sus declaraciones que la empresa, entre los años 2013 y 2017 mantuvo una actividad comercial continuada, así como que las mismas recibían como contraprestación a su trabajo por cuenta ajena sus emolumentos en metálico y en mano, habiendo incluso declarado la testigo D.^a Cecilia que cobraba en mano una cantidad superior a la que figuraba en su nómina. Tal inusual forma de abonar los salarios, haciéndolo en metálico y sin ajustarse a los conceptos retributivos estipulados en las nóminas, evidencia una vez más la opacidad en la gestión llevada a cabo la empresa y con ello su voluntad de defraudar las legítimas expectativas de cobro de la administración de la Seguridad Social.

16 Asimismo, está plenamente documentado en la causa (folios 822 y siguientes) que dicha sociedad durante los ejercicios de 2015, 2016 y 2017 eludió el pago de distintas obligaciones fiscales no presentando el correspondiente impuesto de sociedades, y no efectuando su declaración de actividades con terceros a través del denominado modelo 347, circunstancias todas ellas que sin lugar a dudas han dificultado el cobro de las cantidades adeudadas a la Tesorería de la Seguridad Social hasta el punto de que tal y como así se ha acreditado documentalmente en el acto del plenario, el crédito de la seguridad social habida cuenta la insolvencia de la mercantil que por lo demás carece de toda suerte de bienes, ha sido declarado incobrable.

Finalmente, resulta sumamente relevante a efectos de evidenciar tal ánimo defraudatorio, el hecho de que pese a la existencia de dicha actividad comercial continuada, dicha mercantil en ningún momento interesara el aplazamiento o fraccionamiento del pago de las cuotas debidas, ni pusiera en ningún momento de manifiesto su intención de hacer frente siquiera de forma parcial a dichos pagos, máxime cuando el hoy acusado en su condición de gerente de dicha empresa, tal y como se razonará a continuación, fue en todo momento conocedor de la realidad de dichos impagos, los cuales tal y como así lo declaró el testigo Sr. Luis Antonio, le eran comunicados de forma inmediata por el mismo para que hiciera efectivo su pago.

Concurren por tanto a juicio de la sala todos los requisitos exigidos por el tipo penal de referencia para fundar un pronunciamiento de condena.

Segundo.

Del mencionado delito resulta responsable en concepto de autor, ex artículo 28 del código penal, D. Justiniano, al haber ejecutado los hechos directa, personalmente y con conciencia y voluntad.

En relación con la autoría del delito que nos ocupa, el acusado sostiene que pese a su reconocida condición de administrador único de dicha sociedad, todas las funciones relativas a la gerencia de la empresa eran desempeñadas por un tal Isaac, persona a la que el acusado considera responsable de dichos impagos al haberle otorgado un poder de gestión de la empresa.

Sobre esta cuestión, nos encontramos con que a los folios 800 y siguientes constan las escrituras de constitución y los estatutos de la mercantil "San Hostelera, SL", desprendiéndose de su examen, que dicha sociedad se constituyó por escritura pública de 28 de septiembre 2004 por D. Lucas, D.^a Marí Jose y D. Pedro Miguel -persona está que depuso como testigo en el acto del plenario sin hacer mención a su condición de socio fundador-, nombrándose administradora única a D.^a Marí Jose. De igual modo, consta que por escritura pública de 27 de julio de 2006 se cesó a dicha administradora y se nombró administrador único por plazo indefinido al hoy acusado D. Justiniano. Asimismo, consta que por escritura pública de 8 de enero de 2009 se otorgó poder a favor de D. Isaac, atribuyéndole entre otras funciones la de nombrar y separar al personal de la sociedad, fijar los sueldos y retribuciones, dar altas y bajas en los seguros sociales, formular y presentar las declaraciones de cuotas del personal por dichos conceptos, liquidarlos y pagarlos y gestionar en los centros y organismos competentes o que se relacionen dicho seguros.

Expuesto lo anterior, lo primero que llama la atención de la sala, es que el acusado, pese a sostener con fundamento en el mencionado poder que D. Isaac era quien ostentaba la totalidad de las facultades de gestión en esta materia, imputándole en consecuencia la responsabilidad derivada del impago de las cuotas sociales, ni tan

siquiera le ha propuesto como testigo para prestar declaración en el acto del plenario, entendiéndolo la sala, máxime a la vista del resultado de las pruebas practicadas en el acto del plenario, que dicha declaración resultaba indispensable para sustentar tal línea de defensa, y en definitiva para acreditar, si como sostiene el acusado, fue D. Isaac y no el acusado, quien llevó a cabo la actividad de gestión empresarial relevante para la comisión del delito que nos ocupa.

Expuesto lo anterior, tal y como ya se ha razonado en el fundamento jurídico anterior, nos encontramos con que en el acto del plenario se ha contado con un testimonio sumamente relevante cual es el prestado por D. Luis Antonio, ello por cuanto dicho testigo no sólo era el encargado de gestionar materialmente todo lo relativo a las nóminas, altas y bajas de trabajadores, contratos laborales, y a la elaboración de los documentos de pago de los seguros sociales; sino que además era la persona autorizada en nombre de la empresa para relacionarse telemáticamente con la Tesorería de la Seguridad Social a través del sistema "en red". Dicho testigo, ratificando su declaración sumarial, en el acto del plenario puso de manifiesto con total contundencia que el mismo desempeñaba su trabajo "bajo las indicaciones de D. Justiniano", persona a la que atribuyó la condición de "gerente" de la empresa, siendo por tanto el acusado la persona que le indicaba la categoría profesional de cada trabajador, y la necesidad de dar de alta o de baja a los mismos, declarando que todo su trabajo lo llevaba a cabo "en base a las órdenes del acusado". Dicho testigo también relató que entregaba a la empresa los seguros sociales para que se pagarán en ventanilla, y que al ser la persona autorizada por la empresa en red, cuando recibía la notificación de que no se estaban pagando las cuotas correspondientes a los seguros sociales, él le llevaba tales notificaciones " al Sr. Justiniano " para que éste las pagará, circunstancia que no sólo evidencia que el acusado ejercía de forma efectiva las facultades de gestión en materia laboral, sino que también fue en todo momento conocedor de la obligación que tenía la empresa que el mismo gestionaba de abonar dichas cuotas sociales, así como del impago de dichas cuotas y de las reclamaciones que en relación a su pago se efectuaban por parte de la Seguridad Social. Dicho testigo, también relató que llevaba encargándose de dicha actividad desde hacía unos 20 años, manifestando que al inicio, la actividad se llevaba a cabo mediante una sociedad civil y que después se constituyeron hasta tres empresas, declarando que con anterioridad al momento en que el Sr. Justiniano se hizo cargo de la gestión social, "siempre se pagaban las obligaciones sociales", no habiéndose producido ningún descubierto hasta la llegada del acusado, para explicar que el sistema en red le daba una relación de impagados y él se lo comentaba puntualmente al Sr. Justiniano, dándole cuenta de los descubiertos de cada mes. Dicho testigo al ser preguntado acerca de si mantuvo algún tipo de trato con D. Isaac, aclaró que el trato con Constantino obedeció a otra época distinta.

De igual modo, nos encontramos con que la testigo Antonieta, a la sazón trabajadora de la empresa en su condición de cocinera, con toda contundencia manifestó que cuando el club Casablanca fue gestionado por la mercantil San Hostelera, SL, el acusado fue su nuevo jefe, declarando en igual sentido las testigos D.^a Cecilia la cual trabajó como limpiadora, cocinera y camarera "corretornos" en el local Casablanca de Ojaiz, y D.^a Africa, relatando la primera de ellas que el acusado era su jefe, así como que iba a todos los días al local y que Isaac "no le suena"; y la segunda que fue contratada por D. Justiniano, así como que " Topo" era un socio minoritario de Justiniano. A modo de conclusión, de lo relatado por los testigos mencionados, y en especial por el Sr. Luis Antonio cabe concluir, que el hoy acusado, en el periodo que aquí se enjuicia, con independencia de las funciones que pudiera o no desempeñar D. Isaac en la mencionada mercantil, era la persona que en su condición de administrador único de dicha empresa gestionaba de facto la misma, encargándose en especial de tomar decisiones en relación a la contratación del personal laboral, altas y bajas y pago de seguros sociales, circunstancia, que por ello le convierte en autor responsable del delito que nos ocupa. No obsta a tal conclusión lo manifestado en el acto del plenario por el Sr. Antonio, que manifestó haber tenido negocios con dicha mercantil, así como que hacía las cuentas con el Sr. Topo, máxime cuando dicho testigo pese a no haber hecho manifestación alguna al respecto al responder a las generales de la ley, lo cierto es que tal y como resulta del registro mercantil fue socio fundador de la mencionada sociedad, encontrándonos además con que en su declaración sumarial, en contra de lo manifestado en el acto del plenario, relató que el dueño de la mercantil era " Justiniano" y que tenía un contrato suscrito con el mismo y no con el Sr. Isaac.

Finalmente, debe de ponerse de manifiesto, tal y como así se desprende de lo manifestado por los agentes del cuerpo nacional de policía que efectuaron las correspondientes inspecciones en los dos centros de trabajo de dicha mercantil, que el Sr. Justiniano era la única persona que ellos identificaron como gerente de dicha empresa.

Por todo lo expuesto, la sala entiende que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 31 del Código penal, el acusado debe de ser considerado autor responsable del delito que nos ocupa, al ser quien en su condición de administrador único de la mercantil San Hostelera, SL, llevaba a cabo de forma efectiva la gestión de la empresa en la materia laboral que nos ocupa, siendo la persona que todo momento dictaba las directrices empresariales en materia laboral y quien en todo momento estuvo informado de la necesidad de hacer frente al pago de las cuotas de la seguridad social siendo por ello responsable del incumplimiento fraudulento de dichas obligaciones sociales.

Tercero.

En la realización del expresado delito y en relación a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Cuarto.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 109 y 116 del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

En el presente caso, teniendo en cuenta que el período objeto de enjuiciamiento abarca desde el día 17 de enero de 2013 hasta el día 31 de enero de 2017, a la vista de la certificación emitida por la Tesorería de la Seguridad Social que obra a los folios 618 y siguientes, y tras descontar las cantidades que en concepto de principal corresponden al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 16 de enero de 2013, incluidos tanto los recargos de mora, apremio e intereses, el acusado deberá de indemnizar a la Tesorería General de la seguridad social en la suma de 226.772,35 euros . No procede declarar la responsabilidad solidaria de la mercantil "San Hostelera, SL", por cuanto la misma no fue traída al procedimiento en calidad de responsable civil, no interesándose, no obstante lo anterior su condena en tal concepto por ninguna de las acusaciones.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal regla 6ª del Código Penal, y al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y dado que el elevado importe de la cuantía defraudada ya ha sido tenido un cuenta para aplicar el tipo agravado previsto en artículo 307 bis del Código penal, la sala entiende adecuada la imposición de las penas en su grado mínimo, entendiéndose por ello ajustada a la gravedad de los hechos la imposición de la pena de 2 años de Prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena prevista en el artículo 56 del Código Penal , y la pena de 341.914,62 euros de Multa - correspondiente al duplo de las cuotas defraudadas -, con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses en caso de impago , y 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 un periodo de 4 años .

Sexto.

El artículo 58 del Código Penal, dispone que el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada, aplicándose igual regla a las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

Séptimo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

Por cuanto antecede, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLO

Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a D. Justiniano, como Autor responsable de un delito Contra la Seguridad Social previsto y penado en los artículos 307.1 y 2 y 307 bis.1 letra a) del Código penal, a las penas de:

- 2 AÑOS DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena prevista en el artículo 56 del Código Penal .

- MULTA por importe de 341.914,62 euros , con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses en caso de impago , y;

- 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 un periodo de 4 AÑOS.

Se condena al acusado al pago de todas las costas causadas .

Asimismo , se condena al acusado D. Justiniano, a que en concepto de responsabilidad civil, indemnice a Tesorería General de la Seguridad Social , en la suma de 226.772,35 euros .

Abónese en su totalidad el tiempo que el acusado haya estado privado de libertad por esta causa si no le hubiera sido abonado con anterioridad.

Recábese, en su caso, la pieza de responsabilidad civil, al Juzgado de Instrucción del que procede la causa. Dese a las piezas de convicción y efectos intervenidos el destino previsto en las Leyes y Reglamentos.

Notifíquese la presente resolución a los perjudicados, tal y como dispone el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Notifíquese la presente resolución a todas las partes haciéndoles saber que contra la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe interponer recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el plazo de los 10 días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta Ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sra. Magistrada que la firma, estando celebrando Audiencia Pública, el mismo día de su fecha. DOY FE.

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.