

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065966

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 146/2022, de 17 de febrero de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1273/2020

**SUMARIO****Delito de insolvencia punible. Error en la apreciación de la prueba. Requisitos y finalidad. Presunción de inocencia. Prueba indiciaria. Análisis conjunto de todos los indicios.**

Respecto a la eficacia de sentencias recaídas en otro orden jurisdiccional, cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho. La mera calificación civil de la quiebra no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional.

El delito de insolvencia punible, constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio; donde basta una insolvencia aparente y no es exigible que el acreedor agote todos los medios de cobro, basta con obstaculizar la ejecución. Consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito. Como elementos: 1) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, 2) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor, 3) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro y 4) un elemento tendencial subjetivo o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos. No se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Por ello, para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente.

La participación del "extraneus" en la acción delictiva como coautor por cooperador necesario se ha reconocido cuando se trate de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores. No es preciso ser deudor y disponer de un determinado patrimonio para ser condenado como autor del delito del art. 257, sino que también puede serlo el cooperador que colabora con la persona en que concurran tales circunstancias.

**PRECEPTOS:**

Ley de Enjuiciamiento criminal, art. 666.2.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21, 50, 65, 66, 72, 257, 260 y 307.

Código civil, art. 1.911.

Constitución española, arts. 24 y 120.

Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 6.

**PONENTE:***Don Juan Ramón Berdugo Gomez de la Torre.*

Magistrados:

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don SUSANA POLO GARCIA

Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 146/2022

Fecha de sentencia: 17/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1273/2020

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1273/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 146/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1273/2020, interpuesto por Mario , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Raquel Nieto Bolaño, bajo la dirección letrada de D. Jesús Fernando Sánchez Cabrera; y por Nicolas , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Encarna González Cano, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Paz Martínez Ruiz, contra la sentencia nº 45/2020, de fecha 28 de enero de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 42/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y,

como parte recurrida: Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Picassent instruyó Procedimiento Abreviado nº 241/2015, contra Rubén, Mario, y Nicolas, por un delito de insolvencia punible y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 42/2019, dictó sentencia nº 45/2020, de fecha 28 de enero de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

<<Los acusados Rubén, mayor de edad DNI NUM000 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, Mario, mayor de edad DNI NUM001 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, fueron designados en Junta general Extraordinaria y Universal de fecha 31 de marzo de 2003 administradores solidarios de la mercantil UNIPLASA S.A (en adelante UNIPLASA), condición que mantuvieron hasta el cese de actividades de la mercantil por extinción de las relaciones laborales mediante Expediente de Regulación de Empleo, aprobado con efectos de 31 de octubre de 2010.

La sociedad UNIPLASA, fue constituida el 1 de octubre de 1986 con la denominación social de Playdesa S.A., modificando su denominación el 29 de diciembre de 1988 en la que pasó a denominarse UNIPLASA, fijando su domicilio social en la Carretera Nacional 332 KM 250 de SILLA.

El objeto social de UNIPLASA era la fabricación, importación, exportación, compra y almacenamiento, manipulación, transformación y venta al por mayor y al detalle de todo tipo de productos relacionados con la industria química del plástico y derivados, destacando la fabricación de envases de plástico de un sólo uso.

UNIPLASA fue declarada sucesora de la mercantil MAPLEX SA, en virtud de informe de la Inspección de Trabajo de fecha 30/5/1997, Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 19/11/1997 confirmada por sentencia de fecha 23/10/2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y posteriormente por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24/5/2007.

La entidad UNIPLASA durante los años 2008 a 2010, no abonó las cuotas de sus trabajadores a la Seguridad Social, generando una deuda con el siguiente desglose:

- En el ejercicio 2008 (de enero a diciembre), con un total de 49 trabajadores dejó de abonar a la Seguridad Social el importe de 131.527,35 euros de principal, 51.509,47 euros de intereses y costas y recargo de 26.305,47 euros, siendo un total de 194.047,93 euros.

- En el ejercicio 2009 (de enero a diciembre), mantuvo de alta a un número de trabajadores que osciló entre los 49 y 31, dejó de abonar a la Seguridad Social el importe de cuotas de 385.529,02 euros, siendo el principal 257.648,42 euros, recargo de 51.529,66 euros e intereses de demora de 89.350,94 euros.

- En el ejercicio 2010 (de enero a diciembre) mantuvo en alta a 32 trabajadores, no ingresando las correspondientes cotizaciones de los mismos, generando una deuda con la Seguridad social de 286.349,75 euros. De los que resulta de principal: 192.412,13 euros, recargo: 38.482,44 euros y por intereses demora 55.455,18 euros.

En esta situación claramente deficitaria con la Seguridad Social, siendo conocedores de los oportunos procedimientos de apremio, así como de las reclamaciones de otros acreedores, los acusados con la finalidad de eludir su responsabilidad, al haber generado una importante deuda, abandonaron la gestión de dicha mercantil tras seguirse expediente de regulación de empleo y vendieron la totalidad de sus participaciones sociales en UNIPLASA con fecha 18 de noviembre de 2010, a Silvio, quien se convirtió en único socio y administrador, para el que no se sigue el presente procedimiento por encontrarse en ignorado paradero.

Los acusados Rubén, Mario como administradores de UNIPLASA, puestos de común acuerdo con el otro acusado Nicolas, con DNI NUM002, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien había sido contratado previamente en la mercantil UNIPLASA la categoría de oficial administrativo desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 15 de septiembre de 2010, decidieron bajo la apariencia de persona jurídica independiente, la continuidad de su actividad empresarial y de esta forma con fecha 6 de octubre de 2010 acordaron constituir PLÁSTICOS ZEHER 2010 S.L. (en adelante PLÁSTICOS ZEHER), con la finalidad burlar la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social y hacer ineficaces sus derechos de cobro.

De esta forma, en la fecha indicada, el acusado Nicolas constituyó mediante escritura pública la mercantil PLÁSTICOS ZEHER suscribiendo la totalidad del capital estipulado en 3.000 euros y siendo nombrado administrador único de la citada mercantil. El objeto social de PLÁSTICOS ZEHER era la fabricación, importación, exportación, compra y almacenamiento, manipulación, transformación y venta al por mayor y al detalle de todo tipo de productos relacionados con la industria química del plástico y derivados.

PLÁSTICOS ZEHER pese estar administrada formalmente por el acusado Nicolas, era administrada de hecho por los acusados Rubén y Mario quienes conocían la realidad empresarial de la fabricación de envases de plástico de un solo uso a la que se dedicaba PLASTCISO ZEHER, actividad económica coincidente con UNIPLASA.

UNIPLASA y PLÁSTICOS ZEHER, tenían idéntico objeto social, esto es, la fabricación de envases de plástico de un sólo uso, siendo los envases que fabricaba PLÁSTICOS ZEHER idénticos a los fabricados por UNIPLASA; las máquinas de fabricación de los envases pertenecían UNIPLASA, siendo arrendadas por PLASTICOS ZEHER a la empresa adjudicataria de las mismas en subasta pública. De los 21 trabajadores de Plásticos ZEHER, 19 habían sido trabajadores de UNIPLASA.

PLÁSTICOS ZEHER mantenía una deuda con la Seguridad social a fecha del cese de su actividad en concepto de deuda propia por los impagos a la Seguridad Social con el siguiente desglose:

- En el ejercicio 2010, un total de 210.116,80 euros desglosados en 179.370,96 euros de principal 25.611,91 euros intereses y costas así como recargo de 30.745,84 euros.

- En el ejercicio 2012, principal de 13.215,58 euros y recargo de 2.643,12 euros.

- En el ejercicio 2013 por importe total de cuota obrera y cuota patronal, intereses y recargo de 100.018,89 euros siendo principal 71.833,31 euros, intereses y costas 11.664,5 euros y recargo 16.521,08 euros.

- En el ejercicio 2014 por importe total 71.577,02 euros, con el desglose siguientes principal 54.395,3 euros, intereses 4.956,28 y recargo de 12.225,44 euros.

- En el año 2015 por importe total de 36.017,01 euros, siendo principal cuota obrera y cuota patronal 27.639,92 euros, intereses 1.395,55 euros y recargo por importe de 6.981,54 euros.

- En el ejercicio 2016 adeudaba a la Tesorería General de la Seguridad Social 31.115,44 euros en concepto de deuda propia por descubierto total.

Por resolución de 10/10/2011 la Dirección Provincial de Procedimientos especiales adoptó resolución en virtud de la cual declaraba a la empresa PLÁSTICOS ZEHER sucesora en la titularidad de la explotación, industrial o negocio desarrollados por la empresa UNIPLASA y consecuentemente declaraba a la misma responsable solidaria de las deudas contraídas con la Seguridad Social que cuantificaba en 4.557.931,95 euros.

El 11 de marzo de 2015, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería de la Seguridad Social contra la sentencia 82/2013 de 27 de febrero que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valencia había dictado en el proceso 50/2012. La decisión de dicho Juzgado accedía a la pretensión de invalidez jurídica que PLÁSTICOS ZEHER 2010, SL había formulado contra el citado acuerdo de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Valencia, confirmado en alzada el 2 de enero de 2012 que declaraba " ...que declaraba responsabilidad solidaria por sucesión de empresas en la deuda por cotizaciones contraídas por UNIPLASA, SA".

PLÁSTICOS ZEHER solicitó la declaración de concurso voluntario con fecha 26 de diciembre de 2014, que se tramitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de VALENCIA con el número 1570/2014. En la solicitud y demanda de concurso voluntario se puso de manifiesto que la causa de su insolvencia era por razones de coyuntura económica estructural, omitiendo en la lista de acreedores el importe adeudado a la Seguridad social. No obstante dicha omisión, finalizada la tramitación del concurso y declarado fortuita la insolvencia de PLASTICOS ZEHER, la representación procesal de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con fecha 13 de julio de 2016, solicitó la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, por el que la TGSS goza de privilegio general en los créditos por importe de 15.743,03 euros y 1.926.309,30 euros, teniendo la consideración de crédito concursal por importe total de 4.776.337,93 euros.

El acusado Sr. Rubén ha fallecido en fecha de 1 de diciembre de 2019. >>

## **Segundo.**

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos al acusado Mario, como autor directo y responsable de un delito de insolvencia punible, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 18 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 CP más el pago de una quinceava parte de las costas procesales y a que indemnice a la Tesorería de la Seguridad Social en concepto de responsabilidad civil, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia que no podrá exceder en ningún caso del crédito inicial que ostentaba frente a UNIPLASA SA con el interés legal del artículo 576 LEC y que consistirá en la cantidad correspondiente a los beneficios obtenidos por PLÁSTICOS ZEHER, SL desde su constitución hasta que presentó la solicitud de concurso voluntario.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Nicolas, como cooperador necesario y responsable de un delito de insolvencia punible, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a

las penas de 2 AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 12 MESES DE MULTA con una cuota diaria de 10 euros y responsabilidad personal subsidiaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 CP más el pago de una quinceava parte de las costas procesales, declarando de oficio las restantes.

Se declara la extinción de la responsabilidad criminal del acusado Rubén por su fallecimiento.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación. >>

#### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por la representación procesal de Nicolas; de Mario; y de la Tesorería General de la Seguridad Social, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso por la representación procesal de Nicolas; y de Mario; presentándose escrito de desistimiento de la interposición del recurso de casación por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por la representación procesal de Nicolas se presentó escrito de adhesión al recurso de casación preparado por la representación procesal de Mario.

#### **Cuarto.**

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Mario:

##### **Primero.**

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, en relación con el art. 5.4 LOPJ, bajo la imputación de existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

##### **Segundo.**

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 24.2 Ce sobre presunción de inocencia y su manifestación a través del principio "in dubio pro reo", al no existir prueba de cargo idónea.

##### **Tercero.**

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, como consecuencia de la indebida aplicación del art. 257 CP.

##### **Cuarto.**

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, a resultas de la valoración e infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de penas, con vulneración del art. 257.1 CP, en relación con los arts. 66 y 50.4 y 5 CP.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Nicolas:

##### **Primero.**

Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el art. 24.2 de la CE, por haberse vulnerado el principio de presunción de inocencia, por no existir prueba de cargo válida, eficaz y suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría de mi representado con respecto al delito de insolvencia punible, y, de forma subsidiaria, por inaplicación del principio de in dubio pro reo.

##### **Segundo.**

Por Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 257 del Código Penal, por aplicación indebida.

**Tercero.**

Por Infracción de Ley del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse producido un error de hecho en la apreciación de las pruebas

**Cuarto.**

Por quebrantamiento de Forma del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y especialmente al no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, puesto que en la sentencia objeto de este recurso, no se efectúan los razonamientos lógicos a fin de relatar no solo las pruebas de cargo (validez y alcance para desvirtuar el principio de presunción de inocencia), sino las de descargo, que merecen a nuestro juicio el mismo tratamiento que las anteriormente mencionadas, determinando a todas luces una falta de congruencia del fallo.

**Quinto.**

Por Infracción de Doctrina Jurisprudencial del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de los principios esenciales del ordenamiento jurídico penal, entre ellos, el principio de mínima intervención del derecho penal.

**Sexto.**

Por Infracción de Ley del artículo 849.1º y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art. 21.6 del Código Penal, en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de preceptos constitucionales, concretamente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE)

**Séptimo.**

Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del principio de proporcionalidad de penas, vulnerándose, por falta de motivación, lo dispuesto en el art. 257 del Código Penal en relación con el art. 65.3 del Código Penal.

**Octavo.**

Por Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del principio de proporcionalidad de penas, vulnerándose, por falta de motivación, lo dispuesto en el art. 257 del Código Penal en relación con el art. 66.1.6 del Código Penal.

**Noveno.**

Por Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 50.4 y 5 del Código Penal con respecto al incumplimiento de la obligación de motivar la extensión de la pena de multa y la cuantía de la misma.

**Quinto.**

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; 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 16 de febrero de 2022.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

RECURSO Mario

**Primero.**

El motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ bajo la imputación de existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Considera que la valoración incriminatoria que realiza el tribunal a quo se basa en una doble consideración: por un lado que el cierre de Uniplasa fue un acto de disposición voluntario de sus administradores; y por otro, que tal cierre fue buscado de propósito para, acto seguido, constituir una nueva empresa a la que derivar el "fondo de comercio" en connivencia con el otro acusado Nicolas, y todo ello realizado de forma confabulada con la finalidad de eludir el pago de la millonaria deuda que reclamaba la Seguridad Social.

Y entiende que tales afirmaciones -sobre las que se asienta la apreciación incriminatoria- devienen infundadas e inciertas, no solo por no resultar apoyadas en prueba fehaciente y válida ni medio que enerve la presunción de inocencia, sino por aparecer contradichas por prueba documental obrante en autos que se opone a tal apreciación.

Señala así, en relación a los actos de disposición para "deshacerse de la empresa" como documentos: expediente de apremio de la TGSS contra Uniplasa; embargo de los bienes y derechos que pudiera ostentar la deudora Uniplasa, en concreto la totalidad de la maquinaria, acordado en el mismo expediente; Expediente de Regulación de Empleo que supuso el despido de toda la plantilla.

Por tanto, el cierre de la empresa fue impuesto por hechos objetivos e ineludibles y no por la voluntad de los administradores.

Y en cuanto a la connivencia y confabulación para la constitución de Plásticos Zeher 2010 SL, señala: las certificaciones del Registro Mercantil que acreditan que las sociedades Uniplasa y Plásticos Zeher tienen una composición social y aparecen formadas y gestionadas por personas distintas; el atestado confeccionado por los funcionarios adscritos a la Brigada de Delincuencia Económica y Fiscal, Sección de Investigación de la Seguridad Social, que llega a la conclusión de que no existe sucesión de empresa, ni ha habido connivencia entre las mercantiles investigadas; la existencia del ERE NUM003, que fue aceptado por la autoridad laboral con efectos al 31-10-2010; Concurso de Acreedores núm. 1570/2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, que resolvió declarando fortuita la situación de insolvencia de Plásticos Zeher.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

1.1.- Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, por todas SSTs 72/2021, de 28-1; 898/2021, de 18-11, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba ( STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. ( STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

1.2.- Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala ( SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842) ) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entro otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento ( STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514) , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

En síntesis, la finalidad de este motivo consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo ( STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008, 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido



en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

Por último han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente a la que se impugna.

1.3.- Prevención esta última omitida por el recurrente, que no propone la nueva redacción que debería tener los hechos probados, caso de prosperabilidad, dado que se limita al mero enunciado de que las pruebas documentales obrantes en autos adveran la inexistencia de la trama fraudulenta, sin que los indicios que pretende hacer valer la sentencia de instancia, puedan oponerse a lo que resulte de tal prueba documental, remitiéndose en este concreto apartado para su análisis, al motivo segundo por infracción de precepto constitucional, en concreto presunción de inocencia por falta de prueba idónea.

## **Segundo.**

El motivo segundo, como deducido del anterior, y de forma alternativa al mismo, denuncia infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 24.2 CE sobre presunción de inocencia y su manifestación a través del principio "in dubio pro reo", al no existir prueba de cargo idónea.

Considera que los elementos de juicio que hace valer la sentencia de instancia no son en ningún caso una prueba de cargo contundente, sino que se trata de meros indicios o "consideraciones" -que, por sí mismos, resultan en todo punto insuficientes para hacer decaer la realidad que deriva de las indubitadas pruebas documentales que han sido reseñadas en el motivo anterior- y que además acreditan un error en la valoración de tal prueba, dado que la misma evidencia una interpretación contra reo proscrita por el art. 24.2 CE.

El motivo deviene improsperable.

2.1.- En cuanto al alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es doctrina jurisprudencial reiterada, SSTs 434/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2; 817/2017, de 13-12, la que establece, sobre el alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en

la instancia antes de la reforma operada por Ley 41/2015, obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar 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. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia respecto a la tesis defensiva del acusado por existir alternativas plausibles razonables, en SSTS 784/2009 de 14 julio, 681/2010 de 15 julio, 211/2017 del 29 febrero, tenemos dicho que para determinar si esta garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino

porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Ahora bien ello no implica que el Tribunal esté obligado a considerar probadas todas las alegaciones formuladas por el acusado, ni que tenga que realizar un análisis exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas, lo que sí está obligado que es a ponderar y valorar la prueba de descargo junto con la de cargo, lo que representa un presupuesto sine qua non indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso ( STS 258/2010 de 12 marzo, 540/2010 y 8 junio).

En palabras del Tribunal Constitucional 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 ( SSTC. 187/2006 de 19 junio, 148/2009 y 15 junio).

2.2.- En el caso actual, la sentencia recurrida -fundamento derecho 2º- detalla la prueba documental obrante en autos consistente en:

- Constitución de Uniplasa por escritura pública de 28-12-1998.
  - Resolución de la Subdirección Provincial de Gestión Recaudatoria, declarando a Uniplasa y otra empresa, sucesoras de las actividades de Marplex SA, las reclamaba las deudas de ésta con la Seguridad Social, anteriores a la sucesión. Declaración que fue firme el 24-5-2007.
  - La cesación de Uniplasa en sus actividades por extinción de las relaciones laborales mediante Expediente de Regulación de Empleo, aprobado con efectos a 27-10-2010.
  - La venta de Uniplasa a Silvio, quien pasó a ser administrador único por escritura pública de 18-11-2010.
  - La constitución de la empresa Plásticos Zeher 2010, en fecha 6-10-2010, por el coacusado Nicolas y los contratos de arrendamiento suscritos el 6-11-2010 de la nave, con renta mensual de 3.850 €, de carretilla y grupo electrógeno, así como de la maquinaria, originariamente de Uniplasa y adquirida por la entidad Inpromasa Inmuebles SL en expediente ejecutivo seguido contra Uniplasa.
  - Resolución de la Dirección Provincial de la Seguridad Social de Valencia, Subdirección Provincial, de fecha 10-10-2011, que declaraba a Plásticos Zeher sucesora de la explotación, industria o negocio desarrollados por Uniplasa y consecuentemente declaraba a aquella responsable de las deudas contraídas con la Seguridad Social por Uniplasa con anterioridad a la sucesión en el importe de 4.557.931, 95 €.
- Resolución que fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valencia que accedió a la pretensión de invalidez jurídica de aquel acuerdo por sentencia 82/2013, de 27-2, si bien la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11-3-2015, estimó el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado y declaró la responsabilidad solidaria por sucesión de empresas en la deuda por cotizaciones contraídas por Uniplasa.
- Distintas resoluciones de la jurisdicción laboral por demandas de trabajadores contra Plásticos Zeher y Uniplasa, que si bien fueron inicialmente estimadas por los Juzgados de lo Social, la Sala de lo Social del TSJ estimó sendos recursos de suplicación y dictó sentencias de 1-4-2014 y 17-9-2013, declarando la no existencia de esa sucesión empresarial entre Uniplasa y Plásticos Zeher.
  - Relación de compras-pagos y ventas, según Modelo 347, de Plásticos Zeher en los años 2010, 2011 y 2012.
  - Solicitud de concurso de la entidad Plásticos Zeher, en cuyo informe para la calificación del concurso de 6-4-2016, inicialmente no se recogía la deuda que mantenía con la TGSS como sucesora de Uniplasa.
  - Certificado de la TGSS según el cual la entidad Plásticos Zeher mantiene una deuda de 4.861.761,14 €.
  - Auto de detención por incomparecencia de Silvio de 2-2-2017.

- Copia literal de detención del acusado Rubén de 1-12-2019.

A continuación pasa a analizar la prueba personal practicada en el plenario consistente en las declaraciones de los acusados Sr. Rubén, Sr. Mario y en última instancia el también acusado Sr. Nicolas.

2.3.- Seguidamente, en el fundamento de derecho cuarto, considera que la prueba practicada ha evidenciado que el acusado Mario, en unión del fallecido Sr. Rubén, "plenamente conscientes de la deuda que mantenía UNIPLASA con la Tesorería de la SS y con la finalidad de eludir el pago de la misma, conociendo la existencia del procedimiento de apremio contra la mercantil, procedieron a deshacerse de la empresa y con la colaboración del acusado Nicolas, crearon la nueva empresa PLÁSTICOS ZEHER 2010 con la misma actividad empresarial, proveyéndose de la misma maquinaria y prácticamente los mismos trabajadores de UNIPLASA, frustrando así cualquier expectativa de pago que pudiese tener la Tesorería de la SS mientras continuaban con la actividad empresarial precedente que les reportaría beneficios al continuar vendiendo sus productos en el mercado, principalmente a quien había sido su cliente principal, POLPLAS.

Así pues el fondo de comercio de UNIPLASA fue utilizado por PLÁSTICOS ZEHER y le permitió continuar en la actividad de la empresa así como la obtención de beneficios, maniobra ésta ocultada a la entidad acreedora..."

Y alcanza tal conclusión en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es un hecho reconocido que los acusados vendieron UNIPLASA en extrañas circunstancias pues la misma, siendo deudora de casi seis millones de euros frente a la Seguridad Social, fue vendida por un euro según la propia declaración de los acusados Sres. Rubén y Mario. Resulta llamativa la venta que se efectuó a favor de un Señor llamado Silvio, del cual únicamente se sabe que fue empleado durante un tiempo del padre del acusado Sr. Nicolas (véase el informe de vida laboral obrante al folio 272) y que se encuentra en paradero desconocido desde, al menos desde el día 2 de febrero de 2017. Resulta inverosímil para el Tribunal el desconocimiento de datos esenciales sobre el comprador del que los acusados decían saber muy poco, comprador que adquirió la sociedad por un euro a pesar de las obligaciones frente a la Seguridad Social y del que nada se sabe por estar desaparecido. Ello unido a la acreditada vinculación profesional con el Sr. Fermín, padre del acusado Sr. Nicolas y administrador de POLPLAS, principal cliente de UNIPLASA, revelan fraudulenta la operación.

Antes de la consumación de la citada venta, UNIPLASA había cesado en su actividad por extinción de las relaciones laborales ya que se siguió expediente de regulación de empleo (Folios 122 y siguientes del rollo de Sala) por imposibilidad de la mercantil de hacer frente a la deuda de la Seguridad Social no generada por la mercantil que había derivado en el embargo de maquinaria (adjudicada a un tercero) imposibilitando a la mercantil para seguir con su actividad por falta de medios técnicos.

A propósito del Expediente de regulación de Empleo de UNIPLASA, hemos de referirnos a la declaración testifical de Matilde quien fue trabajadora de MAPLEX, PLAYDESA y UNIPLASA sucesivamente con una antigüedad de 25 años. La testigo declaró que en la votación del Expediente de Regulación de Empleo por parte de los compañeros le consta se votó a favor ya que de esta manera la plantilla se iría a trabajar a otra empresa. Declaró la testigo que hubo presiones por parte de los sindicatos para que se aprobara el expediente de regulación de empleo. Esa nueva empresa se constituiría con los mismos jefes, mismos encargados y mismos compañeros. La misma no participó en dicha votación por haber extinguido previamente su relación laboral pero corroboró que estando activa UNIPLASA, comprobó personalmente como trabajadores de dicha mercantil acudían a PLÁSTICOS ZEHER, concretando que iban de Beniparrell a Silla.

Ello representa un poderoso indicio incriminatorio pues permite conectar el cese de la actividad de UNIPLASA con la constitución la empresa PLÁSTICOS ZEHER (folio 101 y ss Tomo I) cuyo objeto social era coincidente con el de UNIPLASA, al menos en relación a la fabricación de plásticos de un sólo uso, extremo ratificado por el Inspector de Trabajo Sr. Nicanor con ocasión del juicio.

En relación a los inicios relativos a PLÁSTICOS ZEHER, es un hecho reconocido que comenzó su actividad mercantil con la maquinaria que en su día se embargó a UNIPLASA por la Tesorería de la Seguridad Social, como así lo ratificó el Inspector de Trabajo en juicio Sr. Nicanor quien giró dos visitas en la mercantil PLÁSTICOS ZEHER en febrero de 2011 que comprobó tal extremo precisando que no recordaba que las máquinas hubieran sufrido una modificación esencial ya que de haberlo apreciado lo habría hecho constar.

A su vez, es un dato probado que hubo un trasvase de trabajadores procedentes de UNIPLASA, en concreto 19, que pasaron a desempeñar su actividad en PLÁSTICOS ZEHER, y de los cuales 15 lo hicieron en la condición de indefinidos (ver folio 244 y ss Tomo II).

PLÁSTICOS ZEHER debió contar con una gran capacidad económica pues no sólo asumió el pago y responsabilidad de hacer frente a la meritada carga salarial dimanante de una extensa plantilla en las mencionadas circunstancias sino que a su vez asumió de inicio el pago de una renta por arrendamiento de nave cercana a los 3.900 euros mensuales a partir del mes de noviembre de 2017 (como señala el contrato de arrendamiento obrante en los autos al folio 116 Tomo I) .

Preguntado por tales extremos, los ex administradores de UNIPLASA se limitaron a negar cualquier tipo de intervención en la gestión de PLÁSTICO ZEHER mientras que el Sr. Nicolas trató de justificar su proyecto empresarial alegando que había trabajado previamente en UNIPLASA como comercial y esa experiencia profesional (de

aproximadamente once meses de duración) le permitió ver potencial en la nueva empresa. Contaba con 22 o 23 años cuando empezó a trabajar en UNIPLASA y era técnico deportivo pero pese a carecer de trayectoria profesional en el sector se lanzó al mercado pensando que podía hacer negocio.

Sin embargo, no ofreció ninguna respuesta precisa ni convincente sobre la procedencia de tan cuantiosa financiación ya que se limitó a decir que le ayudó la familia, tampoco sabía qué era un estudio de viabilidad, no consideró necesario uno antes de montar una empresa pues dijo literalmente "que se hizo más o menos unos cálculos". Preguntado por el volumen de negocio de PLÁSTICOS ZEHER en el primer mes, reconoció que el mismo podía arrojar un importe de 86.000 euros y ello por cuanto tenía clientes.

Reconoció la adquisición de la maquinaria procedente de UNIPLASA afirmando que tuvo que reparar con una inversión de 100.000 euros nuevamente gracias a su familia y proveedores. Y la maquinaria no la buscó sino que se la ofrecieron como también se ofrecieron los trabajadores que luego contrató tras poner un anuncio al saber que buscaba personal competente en la materia. Explicaciones que a juicio de la Sala son insuficientes y evidencian que el Sr. Nicolas no creó por su cuenta y riesgo la empresa sino que contó para ello con los acusados al ser éstos los únicos conocedores del sector de los plásticos en el que iba a operar la mercantil pues de otra forma no se halla explicación lógica a los inicios de la nueva empresa que en el primer año de su creación alcanzó una facturación en ventas-ingresos superior a 2.000.000 de euros, debiendo a su vez subrayarse que el principal cliente de PLÁSTICOS ZEHER (POLPLAS) ya era cliente de UNIPLASA y lo era de forma principal también como reconoció el acusado Sr. Mario.

De otro lado, la presencia del acusado Rubén en las instalaciones de PLÁSTICOS ZEHER si referida únicamente al día 9 de febrero de 2011 cuando el Inspector de Trabajo Sr. Nicanor giró visita en la empresa fue corroborada por éste quien declaró que ese día le consta que una persona preguntaba por el acusado y que una trabajadora le explicó que a veces iba por la empresa y les ayudaba por motivos de amistad.

A favor de la desvinculación de ambas empresas se puede hacer mención al testimonio de los trabajadores que depusieron en el plenario. Así el testigo Sr. Juan María, quien fue empleado primero de UNIPLASA y luego de PLÁSTICOS ZEHER, declaró que tuvo conocimiento de la oferta de trabajo de PLÁSTICOS ZEHER por un compañero y así fue como le contrataron, si este Tribunal duda de su imparcialidad dado que sus afirmaciones relativas a la maquinaria utilizada por PLÁSTICOS ZEHER, fueron sorprendentes ya que negó que fueran las mismas, y ello a pesar de que consta documentado que la maquinaria utilizada por PLÁSTICOS ZEHER había sido embargada a UNIPLASA y que lo corroborara el Inspector de Trabajo que visitó las instalaciones de PLÁSTICOS ZEHER. El ex trabajador de PLÁSTICOS ZEHER y UNIPLASA Sr. Abilio también declaró que supo por otros compañeros que PLÁSTICOS ZEHER buscaba personal y por eso se fue a Beniparrell y habló con el Sr. Nicolas. En los mismos términos declaró la trabajadora Sra. Gema quien negó que el Sr. Rubén les asesorara en PLÁSTICOS ZEHER pues sólo acudía esporádicamente para ayudarles en algunas cuestiones por amistad. El testigo Sr. Casiano, trabajador también de ambas mercantiles, fue la persona identificada por el Inspector de Trabajo cuando realizó su visita y que se personó allí preguntando por el acusado Sr. Rubén, ofreciendo sin embargo el testigo una versión distinta que no merece credibilidad pues se contradice con la que relató el Inspector de Trabajo.

2.4.- El recurrente cuestiona cada una de las anteriores pruebas que califica de meros indicios o "consideraciones", pero olvida que esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios ( SSTS. 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE., salvo cuando por su especial significación así proceda ( STS. 20.1.97).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. ( SSTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata ( STS. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, ( art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aun cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

En este sentido el Tribunal Constitucional recuerda que este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" ( SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). 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 coherencia (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 se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediatez, 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 18.12, FJ. 24).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente 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 o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si ( SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

Bien entendido que también se ha dicho que la prueba indiciaria necesita de un plus argumentativo. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena ( SSTS 587/2014 de 18 de julio, 241/2015 de 17 de abril, 815/2016 de 28 de octubre).

2.5.- El recurrente cuestiona la suficiencia de los indicios que destaca la sentencia recurrida, pero esta Sala, SSTS 56/2009, de 9 de marzo; 877/2014, de 22 de diciembre; 796/2016, de 27 de septiembre, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección ( SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza conectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental ( STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1, 5883/2009 de 8.6, 527/2009 de 25.5, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5, rechazó las conclusiones que se obtengan 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, advirtiendo el Tribunal Constitucional (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..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio ( SSTS. 631/2013 de 7.6, 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

2.6.- En definitiva, tal como señala la sentencia recurrida, de lo actuado se desprende que la maniobra de creación de la empresa Plásticos Zeher fue en realidad una continuación encubierta de la actividad empresarial de

Uniplasa, consistente en "la creación de una sociedad que persigue impedir que se puedan hacer efectivos los créditos de la Seguridad Social frente a UNIPLASA, desviando la actividad empresarial y su fondo de comercio a la nueva sociedad PLÁSTICOS ZEHER, dejando en insolvencia a la anterior. Existe continuación encubierta de la actividad empresarial de UNIPLASA pues PLÁSTICOS ZEHER surge cuando cesa la actividad de UNIPLASA, opera con el mismo objeto social, con una plantilla prácticamente en su totalidad procedente de UNIPLASA, misma maquinaria y el mismo cliente principal. También pretendieron los acusados mediante la venta de la sociedad UNIPLASA al Sr. Silvio intentar evitar cualquier tipo de responsabilidad por las deudas a la empresa ya que se nombraba a un nuevo administrador.

Por tanto, los acusados constituyeron la entidad PLÁSTICOS ZEHER asumiendo la actividad empresarial de UNIPLASA pero procurando que ningún activo integrara ya el patrimonio de la entidad deudora frente a la SS. Por tanto, UNIPLASA, devino así vacía de patrimonio, por cuanto el fondo de comercio se había traspasado a PLÁSTICOS ZEHER mediante una desviación de la producción utilizando para ello la maquinaria que les permitió producir los mismos moldes los cuales, a su vez, fueron destinados al mismo cliente principal, POLPLAS, tal y como es de ver en los datos ofrecidos por los modelos 347. Se prosiguió así la actividad empresarial de fabricación del plástico quedando acreditado que obtuvo ingresos posteriores que no fueron destinados al pago del crédito que ostentaba la SS."

Conclusión que considera reforzada, en cuanto supone un acto ratificador de esa intención de los acusados de dificultar la actividad recaudatoria de la TGSS por el hecho de que en la solicitud de declaración de concurso voluntario de fecha 26-12-14 tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia de la entidad Plásticos Zeher, no se incluyó en la lista de acreedores el importe adeudado a la Seguridad Social, y fue solo, cuando finalizada la tramitación del concurso y declarada fortuita la insolvencia de Plásticos Zeher, y a instancia de la representación procesal de la TGSS, se solicitó la modificación de la lista definitiva con la inclusión de créditos privilegiados por importe de 15.743,03 € y 1.926.309,30 €, teniendo la condición de crédito concursal por importe total de 4.776.337,93 €.

2.7.- Por último, la posible eficacia de los pronunciamientos recaídos en la jurisdicción social obstativos a reconocer esa sucesión en las deudas de Uniplasa por parte de Plásticos Zeher, ha sido también analizada en la sentencia recurrida (fundamento derecho 5º) con argumentos que deben ser asumidos en esta sede casacional.

En efecto, respecto a la eficacia de las sentencias dictadas por otros órganos, la doctrina de esta Sala -por ejemplo STS 46/2014, de 11-2, con cita s. 180/2004, de 9-2-, viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada ( STS. 771/2002 de 18.7).

Así en la STS. 232/2002 de 15.2, se hace una reseña de la doctrina de esta Sala y se recuerda que ya la sentencia de 16.10.91, estableció que: "los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que en proceso distinto y por jueces diferentes se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se dieran entre las dos resoluciones la identidad de cosa juzgada". Y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, ya recordó: primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba". Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002 de 17.7.

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina "prejudicialidad positiva" o "eficacia positiva" de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho". En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que "nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica".

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un



determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in idem" y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim ( STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un "plus" de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Y en concreto la STS. 27.3.95, que se refiere a un caso de la posible eficacia en el orden penal de una sentencia dictada por un juzgado de otro orden jurisdiccional, en concreto de lo social, y que se examina un recurso en el que se critica la postura del Tribunal sentenciador por apartarse de los criterios acogidos en la resolución precedente del Juzgado de lo social, se declara que constituye doctrina judicial consagrada y pacífica:

a) Que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento. b) Lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero. c) En consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución, incurriéndose en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador. d) De ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas. e) La jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas ( SSTS. de 4 de noviembre de 1.987, 14 de febrero de 1.989 y 12 de marzo de 1.992, entre otras muchas).

Y con carácter específico, en relación al delito del art. 260 CP. del contenido de sus apartados 3 y 4, se infiere que a los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo esencial no es ya el dato jurídico-formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al Juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto.

Naturalmente esto no quiere decir -como ya precisó la anterior sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo 682/2004 de 28.5 y 1316/2005 de 9.11- que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del animo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional.

2.8.- Siendo así, no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de

dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

### **Tercero.**

El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de ley, como consecuencia de la indebida aplicación del art. 257 CP.

Considera que no se cumplen los requisitos del referido precepto por cuanto la mercantil Uniplasa no ocultó su deuda a la Seguridad Social -la propia sentencia descarta el delito de fraude a la Seguridad Social del art. 307 CP- y brindó la totalidad de sus bienes, créditos y activos a la acción ejecutiva de la TGSS, que realizó los embargos que consideró oportunos en el expediente ejecutivo de apremio y fue la propia TGSS la que, con las acciones emprendidas en dichos procedimientos de apremio, llevó de forma inexorable al cierre y extinción de la empresa, siendo la situación de insolvencia debida a causas objetivas ineludibles y ajenas a la voluntad de los administradores o representantes.

Y es igualmente evidente que a la mercantil Plásticos Zeher tampoco puede imputársele la realización de cualquier acto de disposición patrimonial que pudiera haber obstaculizado el procedimiento de cobro de la TGSS, desde el momento que tal empresa fue objeto de concurso voluntario de acreedores, autos 1570/2014, Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, que concluyó "fortuita la insolvencia de Plásticos Zeher".

Insiste en que no se produjo sucesión entre ambas empresas, sin que se constate la existencia de esa trama fraudulenta para eludir la deuda de la Seguridad Social.

3.1.- Previamente habrá que recordar que, formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 991/2021, de 16-2- que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr ( STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que

lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.2.- Igualmente debemos recordar la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 821/2017, de 13-12; 194/2018, de 24-4; 299/2019, de 7-6; 635/2021, de 14-7) sobre el delito del art. 257 CP. Hemos dicho que el art. 257 CP, constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal, y de otro el interés colectivo con el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

El Código Penal tipifica las insolvencias punibles alzamiento- y también unas específicas insolvencias asimiladas al alzamiento de bienes y en concreto se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación ( STS. 2504/2001 de 26.12).

La STS. 1347/2003 de 15.10 resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto y elementos de este delito: tal como entiende la doctrina, el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito.

La STS núm. 1253/2002, de 5 de julio, recuerda que uno de los elementos del delito es la producción de "un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo" ( SSTS. 31.1.2003, 5.7.2002). También hemos dicho que "el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son:

1º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacido pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes ( STS. 11.3.2002).

2º) un elemento dinámico que consiste en, una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor. Por ello ha de incidirse en la estructura totalmente abierta a la acción delictiva, ya que la norma tipifica el "realizar" cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones" art. 257.1.2, de ahí que la constitución de un préstamo hipotecario, no parece razonable entender que no implique de por sí una reducción del patrimonio sino sólo la obligación de su cumplimiento, pudiéndose sólo hablar de disminución, cuando, producido el impago del préstamo, se hubiera ejecutado el bien que garantizaba la deuda, pues parece evidente que, según el concepto económico jurídico del patrimonio que sigue la jurisprudencia y la doctrina, el contraer una obligación hipotecaria si disminuye de forma sustancial el valor de su patrimonio.

3º) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido; y

4º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos ( SSTS de 28 de septiembre, 26 de diciembre de 2000, 31 de enero y 16 de mayo de 2001), ( STS núm. 440/2002, de 13 de marzo). Elemento subjetivo del sujeto o ánimo de perjudicar a los acreedores ( SSTS. 1235/2003 de 1.10, 652/2006 de 15.6, 446/2007 de 25.5).

Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas ( STS nº 129/2003, de 31 de enero). En efecto, la existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda,

por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanecen en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores ( SSTS. 1347/2003 de 15.10, 7/2005 de 17.1). Por ello es incompatible este delito con la existencia de algún bien u ocultado o conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito ( SSTS. 221/2001 de 27.11, 808/2001 de 10.5, 1717/2002 de 18.10).

La constante doctrina de esta Sala expuesta en las SSTS. 667/2002 de 15.4, 1471/2004 de 15.12, 1459/2004 de 14.12 dice que " la expresión en perjuicio de sus acreedores" que utilizaba el art. 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1º del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores. Este mismo precedente jurisprudencial precisa que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia ( SS de 28.5.79, 29.10.88, STS. 1540/2002 de 23.9).

Por ello, para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente, consecuencia de la enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes o de cualquier actividad que sustraiga tales bienes al destino solutorio al que se hallen afectos ( SSTS. 17.1 y 11.9.92, 24.1.98) porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos. Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados ( STS. 4.5.89), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica. Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito ( SSTS. 425/2002 de 11.3, 1540/2002 de 23.9, 163/2006 de 10.2, 1101/2007 de 27.12).

Bien entendido que cuando, como aquí ocurre, el deudor es una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá en las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o administración aun cuando no concurren en ellas las condiciones, cualidades o relaciones que constituyen la esencia de la relación jurídica protegida por el tipo penal (véase STS 1101/2007 de 27.12). En este sentido el artículo 31 CP -como antes el artículo 15 bis- quiso entender la responsabilidad penal al que actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica y lleve a cabo las acciones típicas que configuran el injusto.

3.3.- En el caso presente la sentencia recurrida, tras destacar como este recurrente -en unión de otra persona ya fallecida- fueron designados en Junta General Extraordinaria y Universal, de fecha 31-3-2003, administradores solidarios de la mercantil Uniplasa, condición que mantuvieron hasta el cese de actividades de dicha mercantil por extinción de las relaciones laborales mediante ERE, aprobado con efectos de 31-10-2010; señalar cuándo se constituyó aquella mercantil, su objeto social, cómo fue declarada sucesora de la mercantil Maplex SA, por sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24-5-2007; y detallar la falta de abono durante los años 2008 a 2010 de las cuotas de sus trabajadores a la Seguridad Social, generando una deuda en los ejercicios de 2008 de 194.047,93 €; de 2009 de 385.529,02 €; y de 2010 de 286.349,75 €; declara probado:

"En esta situación claramente deficitaria con la Seguridad Social, siendo conocedores de los oportunos procedimientos de apremio, así como de las reclamaciones de otros acreedores, los acusados con la finalidad de eludir su responsabilidad, al haber generado una importante deuda, abandonaron la gestión de dicha mercantil tras seguirse expediente de regulación de empleo y vendieron la totalidad de sus participaciones sociales en UNIPLASA con fecha 18 de noviembre de 2010, a Silvio, quien se convirtió en único socio y administrador, para el que no se sigue el presente procedimiento por encontrarse en ignorado paradero.

Los acusados Rubén, Mario como administradores de UNIPLASA, puestos de común acuerdo con el otro acusado Nicolas, con DNI NUM002, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien había sido contratado previamente en la mercantil UNIPLASA la categoría de oficial administrativo desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 15 de septiembre de 2010, decidieron bajo la apariencia de persona jurídica independiente, la continuidad de su

actividad empresarial y de esta forma con fecha 6 de octubre de 2010 acordaron constituir PLÁSTICOS ZEHER 2010 S.L. (en adelante PLÁSTICOS ZEHER), con la finalidad burlar la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social y hacer ineficaces sus derechos de cobro.

De esta forma, en la fecha indicada, el acusado Nicolas constituyó mediante escritura pública la mercantil PLÁSTICOS ZEHER suscribiendo la totalidad del capital estipulado en 3.000 euros y siendo nombrado administrador único de la citada mercantil. El objeto social de PLÁSTICOS ZEHER era la fabricación, importación, exportación, compra y almacenamiento, manipulación, transformación y venta al por mayor y al detalle de todo tipo de productos relacionados con la industria química del plástico y derivados.

PLÁSTICOS ZEHER pese estar administrada formalmente por el acusado Nicolas, era administrada de hecho por los acusados Rubén y Mario quienes conocían la realidad empresarial de la fabricación de envases de plástico de un solo uso a la que se dedicaba PLASTCISO ZEHER, actividad económica coincidente con UNIPLASA.

UNIPLASA y PLÁSTICOS ZEHER, tenían idéntico objeto social, esto es, la fabricación de envases de plástico de un sólo uso, siendo los envases que fabricaba PLÁSTICOS ZEHER idénticos a los fabricados por UNIPLASA; las máquinas de fabricación de los envases pertenecían UNIPLASA, siendo arrendadas por PLASTICOS ZEHER a la empresa adjudicataria de las mismas en subasta pública. De los 21 trabajadores de Plásticos ZEHER, 19 habían sido trabajadores de UNIPLASA.

PLÁSTICOS ZEHER mantenía una deuda con la Seguridad social a fecha del cese de su actividad en concepto de deuda propia por los impagos a la Seguridad Social con el siguiente desglose:

- En el ejercicio 2010, un total de 210.116,80 euros desglosados en 179.370,96 euros de principal 25.611,91 euros intereses y costas así como recargo de 30.745,84 euros.
- En el ejercicio 2012, principal de 13.215,58 euros y recargo de 2.643,12 euros.
- En el ejercicio 2013 por importe total de cuota obrera y cuota patronal, intereses y recargo de 100.018,89 euros siendo principal 71.833,31 euros, intereses y costas 11.664,5 euros y recargo 16.521,08 euros.
- En el ejercicio 2014 por importe total 71.577,02 euros, con el desglose siguientes principal 54.395,3 euros, intereses 4.956,28 y recargo de 12.225,44 euros.
- En el año 2015 por importe total de 36.017,01 euros, siendo principal cuota obrera y cuota patronal 27.639,92 euros, intereses 1.395,55 euros y recargo por importe de 6.981,54 euros.
- En el ejercicio 2016 adeudaba a la Tesorería General de la Seguridad Social 31.115,44 euros en concepto de deuda propia por descubierto total.

Por resolución de 10/10/2011 la Dirección Provincial de Procedimientos especiales adoptó resolución en virtud de la cual declaraba a la empresa PLÁSTICOS ZEHER sucesora en la titularidad de la explotación, industrial o negocio desarrollados por la empresa UNIPLASA y consecuentemente declaraba a la misma responsable solidaria de las deudas contraídas con la Seguridad Social que cuantificaba en 4.557.931,95 euros.

El 11 de marzo de 2015, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería de la Seguridad Social contra la sentencia 82/2013 de 27 de febrero que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Valencia había dictado en el proceso 50/2012. La decisión de dicho Juzgado accedía a la pretensión de invalidez jurídica que PLÁSTICOS ZEHER 2010, SL había formulado contra el citado acuerdo de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Valencia, confirmado en alzada el 2 de enero de 2012 que declaraba " ...que declaraba responsabilidad solidaria por sucesión de empresas en la deuda por cotizaciones contraídas por UNIPLASA, SA".

PLÁSTICOS ZEHER solicitó la declaración de concurso voluntario con fecha 26 de diciembre de 2014, que se tramitó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de VALENCIA con el número 1570/2014. En la solicitud y demanda de concurso voluntario se puso de manifiesto que la causa de su insolvencia era por razones de coyuntura económica estructural, omitiendo en la lista de acreedores el importe adeudado a la Seguridad social. No obstante dicha omisión, finalizada la tramitación del concurso y declarado fortuita la insolvencia de PLASTICOS ZEHER, la representación procesal de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con fecha 13 de julio de 2016, solicitó la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, por el que la TGSS goza de privilegio general en los créditos por importe de 15.743,03 euros y 1.926.309,30 euros, teniendo la consideración de crédito concursal por importe total de 4.776.337,93 euros.

El acusado Sr. Rubén ha fallecido en fecha de 1 de diciembre de 2019."

3.4.- De tal relato fáctico se desprende la concurrencia de los elementos del tipo delictivo del art. 257 -actual "frustración de la ejecución"- . Para la comisión de referido delito basta con que el deudor haya actuado sobre bienes propios de forma que pueda entenderse que pretendió situarlos fuera del alcance de las acciones que corresponden a los acreedores para la efectividad de sus créditos, originándoles el correspondiente perjuicio, bien porque resulte imposible hacerlos efectivos, ante la inexistencia de bienes sobre los que dirigir la reclamación, bien porque su actuación suponga una dificultad seria y relevante para ello.

Por ello el elemento subjetivo consiste en la intencionalidad del agente comisor de "alzarse" con sus bienes en perjuicio de su acreedor o acreedores, utilizando para ello el mecanismo de desaparición simulada o aparente

del patrimonio que sirve de garantía y crédito. Esa intencionalidad directa ha de inferirse necesariamente de los actos realizados por el deudor en orden a provocar su insolvencia, que normalmente consisten en la transmisión de sus bienes a familiares, amigos o personas de su confianza que ya saben de antemano lo ficticio o irreal de esa transmisión.

Siendo así, la consumación se realiza cuando el deudor realiza, con éxito inicial, los actos de fingida disposición de sus bienes, y ello sin perjuicio de que los acreedores, mediante las oportunas acciones, u otro medio reparador -se declara la sucesión entre las empresas Uniplasa y Plásticos Zeher, y la inclusión del crédito en la lista de acreedores del concurso- puedan obtener el cobro de sus créditos.

Pero para la consumación del delito no es necesario -como ya se ha explicado- que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente, consecuencia de la enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los bienes o de cualquier actividad que sustraiga tales bienes al destino solutorio al que se hallen afectos. Por eso puede decirse que el delito del art. 257 no es un delito de insolvencia, sino de "frustración de la ejecución", tal como ha recogido el propio legislador con la modificación del Título del Capítulo VII por LO 1/2015, de 30-3.

- En el caso presente, la sentencia considera probado que este recurrente, y el fallecido Sr. Rubén, con la colaboración del coacusado Nicolas, crearon la entidad Plásticos Zeher 2010, con la misma actividad empresarial, maquinaria y trabajadores de Uniplasa, frustrando así cualquier expectativa de pago que pudiera tener la TGSS.

Se trata, por tanto, de una maniobra de los administradores de Uniplasa para continuar con la actividad de esta, mediante la constitución de una nueva empresa con la finalidad de eludir el pago de la deuda que mantenía con la TGSS, objeto ya de procedimiento de apremio.

Conclusión a la que llega el tribunal "a quo" en base a la prueba, en especial indiciaria, que se ha analizado en el motivo precedente.

#### **Cuarto.**

El motivo cuarto por infracción de ley prevista en el art. 849.1 LECrim, a resultas de la valoración e infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas con vulneración del art. 257.1 CP, en relación con los arts. 66 y 50.4 y 5 CP.

El motivo cuestiona la motivación de la pena impuesta (3 años prisión y multa 18 meses, cuando el art. 257.1 CP contempla el abanico punitivo de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses) "en atención a las circunstancias personales del reo así como a la gravedad de los hechos", valorando al efecto "la voluntad sostenida en el tiempo de impedir el pago de la deuda", así como que "la cuantía es muy elevada y proviene de una entidad pública como es la Seguridad Social". Elementos valorativos que no serían de apreciar en el caso presente y que no justifican ese exceso de rigor punitivo.

El motivo deberá ser estimado.

4.1.- En relación a la motivación de las penas es cierto que esta Sala tiene establecido, SSTS 93/2012, de 16-2; 17/2017, de 20-1; 826/2017, de 14-12; 49/2018, de 17-1; 712/2021, de 22-9, que el derecho a la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia, exige una explicitación suficiente de la concreta pena se vaya a imponer a la persona concernida.

En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la STC 21/2008 de 31 enero: "...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril).".

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....".

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11- que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional ( SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ahora bien, la individualización corresponde al tribunal de instancia, de forma que en casación la cuantía y extensión de la pena solo puede ser cuestionada cuando se haya impuesto pena inadmisibles, teniendo en consideración factores de individualización incorrectos o se haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria o desproporcionada.

En definitiva, la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general que el tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el tribunal dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al tribunal por la ley, con o sin establecimiento de criterios orientadores ( STS 420/2015, de 26-6).

4.2.- En el caso presente, la sentencia recurrida (fundamento de derecho noveno) se limita a señalar: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal, no concurriendo circunstancias atenuantes ni agravantes, procede imponer al acusado la pena en atención a las circunstancias personales del reo así como la gravedad de los hechos. En el atención a lo expuesto, las maniobras del acusado Sr. Mario evidencian una voluntad sostenida en el tiempo de impedir el pago de la deuda, cuya cuantía es muy elevada y proviene de una entidad pública como es la Seguridad Social, por lo que se estima adecuado imponer al acusado Sr. Mario la pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con una cuota diaria de 10 euros."

Motivación insuficiente a juicio de esta Sala casacional para justificar esa exasperación punitiva -imposición de la pena en la mitad superior-.

Así, en relación a las circunstancias personales del reo, su situación como administrador desde la fecha de su nombramiento, en Junta General Extraordinaria de 31-3-2003, junto con el inicial acusado Sr. Rubén, fallecido el 1-12-2019, entre la celebración del juicio y el dictado de la sentencia, no consta cometiesen irregularidad alguna, cumpliendo todas sus obligaciones en el pago de cuotas de la Seguridad Social, y es solo a partir del 2008, cuando por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 24-5-2007, Uniplasa fue declarada definitivamente sucesora de la mercantil Maplex SA, asumiendo por ello sus deudas, cuando dejaron de abonarse aquellas cuotas -cuyo impago, no olvidemos, no ha motivado su condena por el delito de fraude a la Seguridad Social del art. 307 CP-.

En cuanto a "esa voluntad sostenida en el tiempo de impedir el pago de la deuda" es lo que constituye precisamente el tipo delictivo del art. 257.1-2º, y realmente se materializó en dos actuaciones puntuales: la venta, el 18-11-2010, de la totalidad de las participaciones sociales de Uniplasa a un tercero Silvio por 1 euro, que se convirtió en único socio y administrador, actualmente en paradero desconocido; y la constitución, como administradores de Uniplasa, puestos de acuerdo, con el coacusado Nicolas -que había trabajado previamente como oficial administrativo en Uniplasa, desde el 1-10-2009 al 15-9-2010-, de la mercantil Plásticos Zeher 2010, el 6-10-2010, entidad que pese a ser administrada formalmente por Nicolas, era administrada de hecho por Mario y Rubén, con objeto social similar a Uniplasa y con la finalidad de burlar la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva de la TGSS.

Respecto a la elevada cuantía de la deuda y la condición de Entidad Pública del perjudicado -el impago de cuotas a la Seguridad Social, según los hechos probados, en el ejercicio 2008, ascendió a 131.527,35 € de principal, 51.509,47 € de intereses y costas, y 26.305,47 € de recargo, en total 194.047,93 €; en el ejercicio 2009: 257.648,42, de principal, 51.529,66 € de recargo, y 89.350,94 € de intereses de demora, en total 385.529,02 €; y en el ejercicio 2010: 192.412,13 € de principal, 38.482,44 € de recargo, y 55.455,18 € de intereses de demora, en total 286.349,75 €.

En definitiva, 581.587,50 € de principal, y sumados intereses de demora y cargos, 865.926,70 €, cantidades ciertamente elevadas, y la condición de Entidad Pública del perjudicado -Tesorería General de la Seguridad Social- no puede ser cuestionada, pero el legislador en la época en que acaecieron los hechos no contemplaba estas circunstancias como modalidades agravadas, dado que su introducción en los apartados 3º ("En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses) y 4º ("las penas previstas



en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1º, 4º y 5º del apartado primero del art. 250") del art. 257 tuvo lugar por LO 5/2010, cuya entrada en vigor se produjo el 23-12-2010, fecha posterior a la consumación de los hechos que, según la sentencia recurrida, se produjo con la venta de la despatrimonialización de la sociedad Uniplasa el 18-11-2010 y la constitución de Plásticos Zeher 2010, 6-10-2010.

4.3.- Es cierto que estas circunstancias sí podrían valorarse como factores de individualización penológica pero, a juicio de esta Sala, concurrirían también otros que favorecerían al recurrente:

En primer lugar, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos (2010) y la incoación de las diligencias, auto 4-3-2014, y el dictado de la sentencia recurrida, 28-1-2020, que si bien por las razones que se expondrán al analizar el motivo séptimo del recurrente Nicolas, no puede dar lugar a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, ello no impide que el tribunal a la hora de determinar la cuantía de la pena, pueda tenerla en cuenta.

En segundo lugar, la sentencia recurrida -de forma acertada- no acoge la petición de las acusaciones de la condena, en concepto de responsabilidad civil, de 4.557.931,95 €, importe de la deuda reclamada por la TGSS, sino "los beneficios obtenidos por Plásticos Zeher SL desde su constitución hasta que presentó la solicitud de concurso voluntario".

Y tiene razón la sentencia, pues como hemos dicho en reciente STS 635/2021, de 14-7, la propia naturaleza del ilícito penal, delito de mera actividad y no de resultado, trae como consecuencia que la responsabilidad civil acumulada no comprenda, en principio y negativamente, el montante de la deuda, que deberá seguir su propio camino en tanto que tiene un origen anterior a los actos defraudatorios.

Sí alcanzará, sin embargo, a los dos extremos siguientes. Por un lado, a la restitución de la cosa, a la restauración del orden jurídico alterado: con carácter general, a través de anulaciones de las operaciones realizadas y, excepcionalmente cuando ello no fuera posible -transmisiones a terceros de buena fe, por ejemplo-, mediante el correspondiente resarcimiento del importe del crédito impagado ( arts. 110 y 111 CP). Por otra parte, a la indemnización de los perjuicios causados por gastos posteriores -básicamente procesales- ocasionados en evitación de una insatisfacción definitiva de la deuda.

En efecto, es 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, 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 C.Civil). El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es un presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31-12; 1091/2010, de 7-12; 209/2012, de 23-3; 400/2014, de 15-4).

En consecuencia, desde estas perspectivas, no existen motivos objetivos o subjetivos de suficiente entidad para imponer la pena exacerbada de 3 años de prisión que se sitúa en la mitad superior -2 años y 6 meses a 4 años- como si concurrese una agravante. En consecuencia, la pena aplicable en atención a todas las circunstancias del caso, que se desprenden de la causa -y no solo de la sentencia-, estimamos que la adecuada, según el hecho, ha de ser la de 2 años de prisión y multa de 15 meses.

RECURSO Nicolas

#### Quinto.

El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, ambos en relación con el art. 24.2 CE, por haberse vulnerado el principio de presunción de inocencia, por no existir prueba de cargo válida, eficaz y suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría de este recurrente con respecto al delito de insolvencia punible y, de forma subsidiaria, por inaplicación del principio in dubio pro reo.

Cuestiona su condena como cooperador necesario de dicho delito, a la pena de 2 años de prisión y 12 meses de multa, a razón de 10 euros cuota día, haciendo su particular valoración de las pruebas tenidas en cuenta para fundamentar tal condena, al no ser lógico el criterio plasmado en la sentencia, cuando únicamente existen meros indicios y hay distintas posibilidades en el acontecer de los hechos, al no poder ser estimada la conducta del recurrente con la finalidad de frustrar cualquier expectativa de pago que pudiera tener la TGSS.

5.1.- Siendo el motivo en su desarrollo similar al ordinal segundo del recurso interpuesto por el anterior recurrente, nos remitimos a lo allí argumentado en orden a la suficiencia de la prueba valorada por el tribunal de instancia para evitar repeticiones innecesarias, debiendo solo resaltar en cuanto a la invocación de la falta de aplicación del principio in dubio pro reo, en STS 817/2017, de 13-12, hemos recordado que el proceso de análisis de las diligencias permite deslindar dos fases perfectamente diferenciadas: 1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "estrictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone ( STC. 31.5.85) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos ( art. 741 LECr.).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpativa; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminatorio, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado ( STS. 45/97 de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" ( SSTS. 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS. 999/2007 de 12.7, 677/2006 de 22.6, 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC. 147/99 de 15.6. Alcance principio in dubio pro reo. "Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, "en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial", ni está dotado de la protección del recurso de amparo, "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas" ( SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4; 103/1995, de 3 de julio, F. 4; 16/2000, de 16 de enero, F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4; y 137/2005, de 23 de mayo, F. 3).

La STS 666/2010, de 14-7, insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus

razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)".

Duda que en el caso presente ni siquiera se ha planteado el tribunal de instancia.

#### **Sexto.**

El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 257 CP por aplicación indebida.

El motivo se remite a los mismos argumentos planteados en el motivo primero, que da íntegramente por reproducidos en lo que se refiere a que los hechos no son constitutivos del referido delito, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria.

6.1.- En efecto, no solo los autores pueden cometer este delito, sino también todos aquellos que colaboren con ellos en auxilio necesario cuando haya existido confabulación. Así, considera esta Sala que el partícipe por cooperador necesario contribuye al hecho criminal con actos sin los cuales este no hubiese podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no efectúa el hecho típico, desarrollando una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, todo ello en el contexto de un acuerdo previo. En concreto la jurisprudencia (ver SSTS 516/2002, de 23-3; 1962/2002, de 21-11; 1564/2005, de 4-1-2006) tiene dicho que no es preciso ser deudor y disponer de un determinado patrimonio para ser condenado como autor del delito del art. 257, sino que también puede serlo el cooperador que colabora con la persona en que concurran tales circunstancias. Por ello, la participación del "extraneus" en la acción delictiva como coautor por cooperador necesario se ha reconocido cuando se trate de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores, de suerte que sin este concurso no hubiese podido llevarse a efecto la acción defraudatoria.

6.2.- En el caso presente la sentencia recurrida considera probado que los administradores de Uniplasa, puestos de acuerdo con el hoy recurrente, decidieron la continuidad de su actividad empresarial bajo la apariencia de otra persona jurídica independiente, y de esta forma acordaron constituir Plásticos Zeher "con la finalidad de burlar la actuación ... de la TGSS y hacer ineficaces sus derechos de cobro ... ", añadiendo que fue Nicolas quien constituyó mediante escritura pública dicha mercantil, suscribiendo la totalidad del capital y siendo nombrado administrador único, pero precisando que "pese a estar administrada formalmente por el acusado Nicolas, era administrada de hecho por los acusados Rubén y Mario...".

Y en base a ello, en el fundamento de derecho séptimo condena al mismo como cooperador necesario pues "no puede obviarse que, en calidad de administrador de Plásticos Zeher, aseguró la continuación de la actividad empresarial de la primera impidiendo el cobro de la deuda de la Seguridad Social."

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

#### **Séptimo.**

El motivo tercero por infracción de ley del art. 849.2 LECrim, por haberse producido error en la apreciación de la prueba.

Designa como documentos:

- 1) El atestado de la Sección de Investigación de la Seguridad Social, de la Dirección General de la Policía, folios 13 a 298, Tomo I.
- 2) Contratos de arrendamiento de la maquinaria (folios 130-134 Tomo I).
- 3) Sentencia nº 1893/2013, de 17-9-2013, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana (folios 158 y ss. Tomo II).
- 4) Expediente de regulación de empleo (folios 122 y ss. del rollo de Sala).
- 5) Expediente de la TGSS, folios 142 a 153, Tomo I.
- 6) Certificados de deuda emitido por D. Amadeo, folios 168 a 170, y 255 a 260, Tomo III, corroborado en el acto del juicio.

Documentos que acreditarían que en relación a la sucesión de empresas se incurre en un evidente error material en cuanto el atestado policial de la Sección de Investigación SS de la Dirección General de la Policía y la sentencia del TSJ Comunidad Valencia nº 1893/2013, acreditan que no se daban los requisitos necesarios para apreciar esa sucesión empresarial entre Uniplasa y Plásticos Zeher.

No se razona la causa que motiva la no valoración de la prueba consistente en el expediente de la TGSS en el que acuerda declarar la sucesión de empresas y se procede vía apremio al embargo de las cuentas de Plásticos Zeher, lo que evidencia que no se ha frustrado cualquier expectativa de pago que pudiera tener la TGSS.

7.1.- En cuanto al ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim -tal como ya hemos expuesto en el motivo primero del recurso del anterior recurrente-, se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala, que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10, 778/2007 de 9-10; 1148/2009, de 25-11- la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECr.

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

7.2.- En el caso presente, los documentos que designa como acreditativos del error en la apreciación de la prueba son coincidentes con los señalados en el motivo 1º articulado por el anterior recurrente por la misma vía casacional y, o bien no son verdaderos documentos a efectos casacionales (atestado policial, sentencias de otro orden jurisdiccional, informe pericial) o bien han sido valorados por el tribunal junto con otras pruebas.

Y en cuanto al no haberse razonado la no valoración de alguna prueba, la exigencia de vocación de valoración de toda la prueba no comporta que el tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas y abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del TC, exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios pero sin que ello implique 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 ( SSTC 148/2009, de 15-6; 187/2006, de 19-6).

#### **Octavo.**

El motivo cuarto por quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECrim, al no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, al no efectuarse los razonamientos lógicos a fin de relatar no solo las pruebas de cargo (validez y alcance para desvirtuar el principio de presunción de inocencia) sino las de descargo, determinando a todas luces una falta de congruencia del fallo.

El motivo, dado que se remite a los mismos argumentos planteados en el motivo tercero que da íntegramente por reproducidos a los efectos oportunos, debe ser desestimado, debiendo solo recordar que para que pueda apreciarse que el vicio in iudicando denominado "incongruencia omisiva" o "fallo corto" exige que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentaciones, esto es, que se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten porque sobre cada uno de estos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica ( STC 15-4-96).

#### **Noveno.**

El motivo quinto por infracción del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración de los principios esenciales del ordenamiento jurídico-penal, entre ellos, el principio de mínima intervención del derecho penal.

El motivo, tras reproducir argumentos ya esgrimidos en los motivos primero y segundo, insiste en que no concurre ninguno de los elementos del delito de insolvencia punible previsto en el art. 257.1.2º CP, dado que no se llevó a cabo por ninguno de los acusados actuación concertada y fraudulenta alguna para eludir, dificultar o impedir la eficacia de un procedimiento de apremio. La mercantil Uniplasa cesó en su actividad como consecuencia de la actuación de la TGSS que embargó su maquinaria. Asimismo, constituida la mercantil Plásticos Zeher 2010 SL, la TGSS incoó expediente acordando la existencia de sucesión empresarial entre ambas mercantiles, y consecuencia de ello procedió en vía de apremio al embargo de las cuentas de Plásticos Zeher 2010 SL.

Asimismo, en el concurso de acreedores instado en su día por la mercantil Plásticos Zeher 2010 SL, pese a su presentación extemporánea, le fue admitido y reconocido el crédito a la TGSS por un total de 4.776.337,93 €. Concurso que fue declarado voluntario, no culpable, por auto de 10-4-2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia. Por tanto si en dicho procedimiento no se declaró culpable al Sr. Nicolas, ni se dedujo testimonio por estimar los hechos presuntamente constitutivos de delito, habrá de regir el principio de mínima intervención penal con aplicación del principio "non bis in idem".

Y cabe concluir que, como la presunta sucesión de empresas, no privó a la TGSS de hacer efectivo el abono de las cantidades adeudadas por vía de apremio, la conducta examinada carece de antijuridicidad material y al no lesionar el bien jurídico protegido a través de la figura de la insolvencia punible, se trata de un comportamiento atípico al que por aplicación del principio de legalidad corresponde un pronunciamiento absolutorio, remitiendo a la acusación particular al procedimiento administrativo para la consecución de las cantidades adeudadas.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

9.1.- Ciertamente el derecho penal constituye la última ratio aplicable a los hechos más graves para la convivencia social, y en este sentido al derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de intervención mínima.

El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

La STS 1484/2004, de 28-2-2005, resulta clarificadora al precisar que: "En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear."

9.2.- En efecto, el bien jurídico protegido en todas las modalidades de insolvencia punible es, además del interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio, la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 C.Civil. Es el derecho a no impedir u obstaculizar que tal ejecución tenga plena efectividad lo que la ley penal trata de salvaguardar. Bien jurídico de suficiente entidad para justificar la intervención del derecho penal.

El recurrente lo que cuestiona es la subsunción de su conducta en el tipo delictivo del art. 257-2 y en todo caso la aplicación del principio non bis in idem, dado que en vía civil el concurso fue declarado voluntario y fortuito y no culpable. La primera alegación no guarda relación con el contenido del principio de mínima intervención del derecho penal. La segunda, con independencia de que su incidencia lo sería con el delito que se contemplaba en el art. 260.1 ("el que fuera declarado en concurso ... cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre...") lo cierto es que la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal tal como se recoge en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto del civil-mercantil y la desaparición de la conclusión objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 CP 1973. Ahora, tanto este delito como los delitos singulares relacionados con él (v.gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc) "podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste". A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los juzgados y tribunales respecto de la legislación mercantil, bastando que por prueba practicada en el proceso penal quede acreditado si la situación de crisis económica o de insolvencia ha sido o no causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. Esto es, por los representantes legales de

una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica. Se cierra así el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil e igualmente de la jurisdicción laboral ( SSTS 612/2006, de 2-6; 146/2009, de 28-2).

#### **Décimo.**

El motivo sexto por infracción de ley del art. 849.1 y 852 LECrim, por vulneración del art. 21.6 CP, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por infracción de preceptos constitucionales, concretamente, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE).

Argumenta que las presentes actuaciones se incoaron mediante auto de 4-3-2014 y que la causa era sencilla, al tratarse de un solo hecho delictivo, tres acusados y una instrucción que solo requería de un par de oficios por la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello considera manifiestamente injustificado que el procedimiento se prolongase más de cinco años.

El motivo se desestima.

10.1.- Como hemos dicho en SSTS 196/2014, de 19-3; 415/2017, de 17-5; 817/2017, de 13-12; 152/2018, de 2-4, la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad ( STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras ( SSTS. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTS. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial

de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe ( art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

10.2.- Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa , sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación ( STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante ( STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTS 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de



recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

10.3.- En el caso presente el recurrente se limita a señalar el tiempo de tramitación del procedimiento y a estimar que cinco años excede con mucho la duración de procedimientos de naturaleza parecida, pero no detalla los hipotéticos periodos de paralización o inactividad procesal, derivando por tanto la indebida dilación dentro del proceso de su duración.

Siendo así, tal como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, "respetando los hechos probados no constan en ellos los presupuestos fácticos que condicionan la apreciación de esta atenuante, que precisa de algo más que la medición de la duración total del proceso, como las paralizaciones o inactividades injustificadas, si es que existieron, sobre las cuales es posible valorar lo indebido de la dilación para concederle efecto atenuatorio".

UNDÉCIMO.- El motivo séptimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por infracción del principio de proporcionalidad de penas, vulnerándose, por falta de motivación, lo dispuesto en el art. 257 CP en relación con el art. 65.3 CP.

Argumenta que el art. 65 CP, tras la reforma LO 15/2003, de 25-11, añadió el párrafo 3º con la finalidad de establecer una penalidad atenuada para el inductor o cooperador necesario en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, con la finalidad de resolver la situación del extraneus partícipe de un delito especial propio con una facultativa atenuación de la pena.

Añade que, aun siendo cierto que la rebaja en un grado es facultativa, existen precedentes de esta Sala - STS 494/2014, de 18-6- que consideran que esta reducción de la pena debe aplicarse cuando el juez no motiva la razón por la que no la ha tomado en consideración, como ha sucedido en el presente supuesto.

El motivo debería prosperar.

Ciertamente el art. 65.3 prevé una atenuación de carácter facultativo para aquellos extranei partícipes en delitos especiales propios. El fundamento de la atenuación aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad. En la medida en que el contenido y la intensidad del injusto en la acción del extraneus que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del intraneus. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el extraneus no infringe -no puede infringir- el deber jurídico especial que pesa sobre el intraneus ( STS 693/2019, de 29-4).

Por ello, la incorporación a nuestro Código del párrafo 3º del art. 65 CP, permite responsabilizar a aquellas personas que por ausencia de las condiciones necesarias para ser sujeto activo, llevan a cabo actuaciones de inducción o cooperación necesaria en concierto con un sujeto activo típico, esto es, el que reúne las condiciones o exigencias previstas en la Ley ( STS 446/2017, de 21-6).

Sobre la naturaleza facultativa de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 CP, ya se ha pronunciado esta Sala. El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán", es bien expresivo de que la diferente posición del particular en el que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe ( SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11; 693/2019, de 29-4; 332/2020, de 18-6).

- En cuanto a la intervención del extraneus en el alzamiento de bienes, su participación como coautor por cooperación necesaria se ha venido reconociendo repetidamente por la jurisprudencia, cuando se trata de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores, de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a efecto la acción fraudulenta ( STS 1962/2002, de 21-11). Por ello esta Sala ha resuelto que el partícipe de un delito con elementos especiales de autoría como es el alzamiento de bienes, al no reunir en su conducta todos los elementos de la tipicidad, en este caso la condición de deudor, puede ser reducida la penalidad en un grado conforme el art. 65.3 CP, pues la condición de deudor que exige el tipo no es atribuible al partícipe, necesario o no ( SSTS 652/2006, de 15-6; 792/2016, de 20-10).

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial no ha tomado en consideración la posible aplicación del precepto mencionado, por lo que no se pronunció sobre el mismo, pero del relato fáctico se infiere que la participación de este recurrente no fue tan relevante como la intervención del otro condenado, Sr. Mario. Así, se recoge que su actuación se limitó a constituir la mercantil Plásticos Zeher, suscribiendo la totalidad del capital estipulado en 3.000 €, siendo nombrado administrador único de la citada sociedad. Pero añadiendo a continuación, que pese a estar administrada "formalmente" por el acusado, era administrada de hecho por los acusados Rubén y Mario. Y en la fundamentación jurídica al individualizar la pena, impone la pena de 2 años -inferior a la del autor-

"por considerar que si bien la participación del mismo fue necesaria para la creación de la sociedad pantalla Plásticos Zeher, el mismo no participó en la ideación del plan expuesto, en tanto no tenía interés en perjudicar el crédito de la SS frente a Uniplasa".

Siendo así, no se advierten razones que impidan su aplicación, que en principio debería ser la regla general. Aplicación que conllevará la rebaja en un grado de la pena y cuya individualización se realizará en la segunda sentencia.

DUODÉCIMO.- El motivo octavo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por infracción del principio de proporcionalidad de penas, vulnerándose, por falta de motivación, lo dispuesto en el art. 257 CP en relación con el art. 66.1.6 CP.

Argumenta que si bien la pena de prisión se ha impuesto en su mitad inferior, no ha justificado por qué motivo se ha fijado una pena de dos años de prisión, cuando la mínima del tipo penal es de 1 año de prisión, por lo que estima que se ha infringido lo preceptuado en los arts. 72 y 66 CP e interesa la nulidad de la sentencia o, alternativamente, la imposición de una pena de 1 año de prisión.

Estimado que ha sido el motivo precedente y aplicándose lo dispuesto en el art. 65.3 CP con nueva individualización penológica, el motivo carece de objeto práctico.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo noveno por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 50.4 y 5 CP con respecto al incumplimiento de la obligación de motivar la extensión de la pena de multa y la cuantía de la misma.

Señala el recurrente que la sentencia recurrida se limita en el F.J. noveno, en cuanto a la individualización de la pena relativa al mismo, a disponer: "... entendemos que procede la condena a ... 12 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros ...", sin identificar por el órgano jurisdiccional los datos objetivos de capacidad económica que le llevaron a imponer esa cuota diaria de 10 euros.

Por ello, ante la falta de motivación de la cuantía de la multa, se ha infringido lo preceptuado en el art. 50 CP, e interesa la nulidad de la sentencia o, alternativamente, la imposición de la pena de multa de 12 meses a razón de 3 euros cuota diaria.

13.1.- Respecto a la extensión y cuantía de la multa, esta Sala consciente de la frecuente penuria de datos en las causas, en evitación de que resulte inaplicable el art. 50.5 del CP, ha ensayado una interpretación flexible del precepto, de tal modo que la fijación de la multa podrá fundamentarse ( SSTS 125/2009, de 2-12; 774/2013, de 21-10) en los siguiente extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal ad quem vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos ( SSTS 232/2014, de 25-3; 434/2014, de 3-6; 441/2014, de 5-6; 318/2016, de 15-4; 407/2020, de 20-7).

No podemos olvidar en este sentido que si bien algunas resoluciones de esta Sala se muestran radicalmente exigentes en otros aspectos, aplicando sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado, otras más recientes por el contrario, admiten que dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la ley, de dos a 400 euros, y la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, no requiere de expreso fundamento, puesto que una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva.

En efecto, el art. 50.5 CP señala que los tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. Pero con ello no se requiere significar que los tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse ( SSTS 201/2014, de 14-3; 434/2014, de 3-6; 572/2019, de 25-11).

13.2.- En el caso que nos ocupa, partiendo de que la sentencia no establece pronunciamiento alguno de responsabilidad civil respecto a este acusado, en cuanto a la cuota diaria de la multa, acepta la petición fiscal que solicitó la cuota diaria de 10 €, cuota que no parece desproporcionada para una persona que constituyó una sociedad con manejo de cantidades importantes de dinero.

DÉCIMO CUARTO.- Estimándose parcialmente los recursos, procede declarar las costas de oficio ( 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

1º) Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Mario; y de Nicolas, contra la sentencia nº 45/2020, de fecha 28 de enero de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 42/2019.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

### **RECURSO CASACION NÚM.: 1273/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Picassent, seguida por delito de insolvencia punible, contra Rubén; Mario; y Nicolas, fallada posteriormente por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en Procedimiento Abreviado nº 42/2019, recayendo sentencia nº 45/2020, de 28 de enero de 2020, que fue recurrida en casación por los condenados Mario y Nicolas, y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, procede imponer al acusado Mario las penas de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 15 meses de multa con cuota diaria de 10 €.

**Segundo.**

Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho undécimo de la sentencia precedente, procede rebajar en un grado las penas impuestas a Nicolas, y teniendo en cuenta las mismas circunstancias expuestas en la resolución recurrida, se consideran proporcionadas las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 9 meses de multa con cuota diaria de 10 €.

**FALLO**

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

Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia nº 45/2020, de fecha 28 de enero de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 42/2019, se modifica la misma en el extremo de condenar a Mario como autor de un delito de insolvencia punible, sin circunstancias modificativas, a las penas de 2 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 15 meses de multa con cuota diaria de 10 €; y condenar a Nicolas como cooperador necesario de dicho delito con aplicación del art. 65.3 CP, a las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 9 meses de multa con cuota diaria de 10 €.

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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet  
Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.