

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066455

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 47/2023, de 2 de febrero de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2046/2021

SUMARIO:**Delito contra la seguridad social. Sucesión de sociedades para evitar la ejecución.**

En el delito contra la Seguridad Social no se sanciona la mera omisión de la declaración ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz. El tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles. Por tanto, el concepto de defraudación está vinculado a actuaciones de ocultación o alteración de datos de obligatoria comunicación.

Se tipifica en el vigente artículo 307 del Código Penal, que en su apartado 1 sanciona a el que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros.

La reforma del art. 307 CP mediante Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introdujo un segundo párrafo en su apartado primero sobre el delito de defraudación contra la Seguridad Social, que expresamente señala que «La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos». El preámbulo de la Ley explicaba el motivo de esta novedad, señalando que «en la práctica se dan supuestos en los que se interpreta que no existe delito contra la Seguridad Social por el mero hecho de que se hayan presentado los documentos de cotización, sin entrar a valorar si son veraces y completos. También es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, precisamente, la presentación de documentos de cotización aparentemente correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido un último inciso para aclarar que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos. El inciso no supone modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma». También se afirma la posibilidad de que el fraude se realice mediante la sucesión de empresas, como fórmula para eludir el pago de cuotas a la Seguridad Social.

Algunos elementos de donde se puede deducir la defraudación, son, a título ejemplificativo los siguientes: a) Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo, b) Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama, c) Diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales (nuestro caso); y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; e d) Incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial.

Al declararse por el Tribunal de instancia que las sociedades utilizadas son instrumentales y no condenar a las personas jurídicas, debe tomarse en consideración el total de lo defraudado por las personas físicas en cada ejercicio y no por cada sociedad.

PRECEPTOS:

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

Constitución Española, art. 41.

PONENTE:*Doña Carmen Lamela Díaz.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 47/2023

Fecha de sentencia: 02/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2046/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

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

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2046/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 2046/2021 interpuesto, por infracción de ley, por D. Paulino y D.^a Antonia, ambos representados conjuntamente por el procurador D. Francisco José Agudo Ruiz y bajo la dirección letrada de D. María del Carmen Medina Suárez, contra la sentencia núm. 11/2021, de 26 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el Recurso de Apelación núm. 61/2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la Sentencia, de 27 de febrero de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 23/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, que condenó a D. Paulino como autor criminalmente responsable de dos delitos consumados contra la seguridad social y un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a D.^a Antonia como autora criminalmente responsable de dos delitos consumados contra la seguridad social, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, absolviéndoles de otros delitos de los que venían siendo acusados. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida, la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, incoó Diligencias Previas con el núm. 1211/2016, por dos delitos contra la seguridad social, un delito de falsedad en documento mercantil y de un delito de falsedad en documento oficial contra D. Paulino, y contra D.^a Antonia y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria cuya Sección Segunda dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 23/2019, sentencia el 27 de febrero de 2020 que contiene los siguientes hechos probados:

"Son hechos probados, y así se declara expresamente, que los acusados, Paulino, mayor de edad, sin antecedentes penales, e Antonia, mayor de edad, sin antecedentes penales, unidos por una relación sentimental, constituyeron la Sociedad Civil Particular denominada Enrivata Servicios, en el año 2005, dada de alta en la Seguridad Social el 1 de agosto de ese año, que llegó a tener inscritos hasta 91 trabajadores y con la que se dedicaban a prestar servicios de limpieza, fundamentalmente a comunidades en régimen de propiedad horizontal siendo su representante legal Antonia que a su vez resultaba ser su socia mayoritaria, con un 95 por ciento mientras que el otro acusado, Paulino, ostentaba un cinco por ciento, a pesar de lo cual se encargaba de la gestión diaria de la sociedad.

Como quiera que en el año 2009 Enrivata comenzó a generar deuda con la Seguridad Social, por el impago de las cuotas de cotización de sus trabajadores, y dado que las Unidades de Recaudación de la misma comenzaron a dirigirse, directamente, a sus clientes ordenándole el ingreso del importe de los servicios que les prestaba Enrivata en las cuentas del organismo público, los acusados, puestos de común acuerdo, pese a contar siempre prácticamente con el mismo inmovilizado y clientela, y básicamente con la misma plantilla, que daban de alta indistintamente en unas y otras, comenzaron a constituir un entramado de sociedades mercantiles, en las que unas veces aparecía Antonia como administradora, otras Paulino y en una de ellas incluso el padre de éste. Así, utilizando este entramado de empresas, que se sucedían unas a otras sin solución de continuidad, y aún cuando procedían a declarar los Seguros Sociales correspondientes a las cuotas patronal y obrera de sus empleados, conscientemente dejaban de ingresarlas en las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social, al tiempo que seguían ejerciendo su actividad comercial, y con la finalidad impedir la localización de sus bienes o de su patrimonio para frustrar la acción recaudadora del ente público, tanto en vía voluntaria como en fase ejecutiva y con ello, la posibilidad del cobro efectivo de la deuda generada por cada una de las empresas, procedían a facturar los servicios prestados, por los trabajadores de una de las empresas, mediante otra sociedad mercantil distinta que, en ocasiones, ni siquiera tenía dados de alta trabajadores a su nombre, al tiempo que llevaban a cabo actos de ocultación de su actividad económica, dejando de presentar las cuentas anuales obligatorias en el Registro Mercantil, y mediante el cese efectivo de la actividad empresarial de otras sin proceder a su formal liquidación y disolución, por lo que, al intentar el servicio de recaudación cobrar las deudas dirigiéndose a los clientes a los que prestaban servicios se encontraban con que, en realidad, la factura la debían abonar no a la sociedad que estaba obligada a satisfacer las cotizaciones sociales sino a una diferente, que no presentaba deuda alguna con la Seguridad Social, dando lugar a que los diferentes expedientes de apremio tramitados para el cobro de las deudas no llegasen a un final satisfactorio todo lo cual además les permitía obtener certificados negativos de deudas con la Seguridad Social a nombre de las nuevas sociedades que iban creando lo que a su vez les permitía contratar con otras entidades o empresas.

En el desarrollo de este plan los acusados constituyeron, en primer lugar, Enrivata Servicios S.C.P., en el año 2005, de la que era administradora Antonia y que generó deuda con la Seguridad Social, por impago de cotizaciones, tanto cuota patronal como obrera, de 687,81 euros en el año 2009, de 47.072,91 euros en el año 2010 y de 52.128,89 euros en el año 2011. Cuando, a consecuencia de estas deudas con la Seguridad Social, los servicios de recaudación comenzaron a requerir a los clientes de dicha sociedad el ingreso en las cuentas de la TGSS de las cantidades que debían satisfacer a Enrivata por sus servicios de limpieza y mantenimiento, los acusados constituyeron Serviplus Canarias Employment S.L.U, la cual, como hemos dicho, pasó a asumir la prestación, en su mayor parte, de los mismos servicios que Enrivata, a las mismas comunidades y empresas, y, en su mayoría, con los mismos trabajadores, causando alta en la Seguridad Social en marzo de 2009, y resultando ser su administradora Antonia. De esta manera Enrivata dejó de obtener los ingresos por los servicios que prestaba los cuales comenzaron a ser facturados por esta nueva mercantil que llegó a tener inscritos 114 trabajadores y que, como la anterior, ya en el año 2011, comenzó a generar deuda con la Seguridad Social por impago de cotizaciones de sus trabajadores en cuantía de 80.051,39 euros en el año 2011, 136.119,82 euros, en el año 2012, 91.940,92 euros en el año 2013, 84.663,39 euros en el año 2014 y 50.763,17 euros en el año 2015, no procediendo a depositar cuentas en el Registro Mercantil en ninguno de los años en los que tuvo actividad comercial y sin que abonase dicha mercantil, tampoco, cantidad alguna de la adeudada por Enrivata a la Seguridad Social.

Con el mismo objetivo que la anterior, y para poder seguir disponiendo de los ingresos derivados de los servicios que prestaban a empresas y comunidades de propietarios, una vez que la Seguridad Social comienza a tratar de cobrar las cantidades que se le debían directamente a los clientes, los acusados crean, el 17 de marzo de 2011, la mercantil Averías 24 horas Serviplus S.L.U, en la que aparecía nuevamente como administradora Antonia y que empezó a dejar de abonar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social desde el mismo año de su constitución adeudando 74.854,16 euros el año 2011, 112.594,42 euros en el año 2012 y 33.714,11 euros en el año 2013, no depositando nunca cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Como quiera que, dada la labor de la inspección de trabajo, se dicta una resolución derivando la responsabilidad por las deudas generadas con la seguridad social por estas tres sociedades, personalmente, a la acusada Antonia, en calidad de administradora, los acusados deciden constituir en el año 2012 Centro Especial Servitecni Comunidades S.L. de la que pasa a ser administrador el acusado Paulino, que también se encargaba, de hecho, de la gestión de las anteriores sociedades. Esta entidad mercantil asumió los servicios que prestaban las sociedades antes citadas, los ingresos que de ellos derivaban, dejándolas únicamente con las deudas con la Seguridad Social que se veía, de esta forma, imposibilitada de cobrar sus crédito, y, a la vez, comenzó desde el año 2013 a dejar de abonar las cuotas correspondientes a los trabajadores que tenía dados de alta en la Seguridad Social, generando deuda por importe de 26.455,32 euros, en el año 2013, 104.127,24 euros en el año 2014, 43.135,96 euros en el año 2015, 14.298,28 euros en el año 2016 y 10.469,13 euros en el año 2017, sin que, al igual que sucedió con las anteriores, presentase nunca sus cuentas para su depósito en el Registro Mercantil.

Siguiendo con el mismo plan y con idéntico propósito de poner a salvo los ingresos y evitar que cualquier intento de cobro de las deudas generadas con la Seguridad Social pudiera tener éxito, los acusados constituyen en el año 2014 la mercantil Servitecni Lanzarote y Fuerteventura S.L. la cual ya en el año 2015 pasa a tener una deuda con la Seguridad Social por importe de 337,52 euros, en el año 2016 de 6.905,75 euros y en el año 2017 de 6.235,84 euros, sociedad cuyo administrador era Paulino y que nunca presentó en el Registro Mercantil sus cuentas anuales.

Dado que, a raíz de la actividad inspectora y de las unidades de recaudación los problemas para que los acusados mantuvieran este sistema eran cada vez más grandes, pues la Seguridad Social comenzó a incoar expedientes de derivación de deuda a los clientes de estas sociedades, en el año 2016 constituyen Servicios, Limpieza y Socorrismo Hoteles S.L.U. entidad mercantil en la que aparecía como administrador Geronimo, padre del acusado Paulino, y que no sólo se dedicaba a la misma actividad que las restantes sociedades, con los mismos clientes y en los mismos centros de trabajo sino que, incluso, llegó a emitir hasta 55 facturas antes de tener trabajador alguno inscrito a su nombre cobrando, de esta forma servicios que habrían prestado alguna de las sociedades antes descritas resultando que, en la práctica, el supuesto administrador era un empleado más de la mercantil, y de hecho así incluso lo llegaron a comunicar uno de sus clientes, y que quien realmente la gestionaba era el acusado Paulino.

En el desarrollo de estas actividades, se produjo a lo largo del tiempo una serie de operaciones en virtud de la cuales aunque los contratos eran concertados por una de las sociedades la facturación del servicio prestado, en cada momento, era realizado por aquella mercantil que no presentase deuda con la Seguridad Social, para así poner a salvo los fondos que se debían percibir, y ello a pesar de que ni se celebraba un nuevo contrato ni se modificaba otra cosa en las facturas que la denominación de la sociedad siendo, en todo momento, la misma persona la que se encargaba de gestionarla, esto es, Paulino, e incluso coincidiendo los números y correos electrónicos de contacto, e incluso a pesar de que en no pocas ocasiones los trabajadores que efectuaban las labores de limpieza estaban dados de alta en una mercantil distinta a la que recibía el pago por parte de la comunidad de propietarios o empresa correspondiente. Buena prueba de todo ello es que, por ejemplo, las facturas de Servitecni Lanzarote Fuerteventura se emitían con el logo de Servitecni Comunidades, folio 619, o , por ejemplo, que a la misma comunidad de propietarios, Edificio Velázquez, le ha facturado, el mismo servicio, de limpieza y mantenimiento integral, Serviplus Canarias, Servitecni Comunidades y Servitecni Lanzarote y Fuerteventura, folios 618 vuelto y 619; idéntica sucesión en relación con el mismo cliente y servicio facturado lo podemos observar a los folios 628 y 628 vuelto en relación con Servitecni Lanzarote y Fuerteventura y Servicios Limpieza y Socorrismo Hoteles SL, y otro tanto se puede comprobar que sucede en otros casos, véanse, por ejemplo los folios 715 y 715 vuelto.

Los servicios de Recaudación de la Seguridad Social, con la finalidad de tratar de cobrar las deudas que con ella mantenía la Mercantil Servitecni inició diversos expedientes de derivación de deuda a varias comunidades de propietarios. En el caso de tres de ellas, edificios Velázquez, Rivera y Residencial Playa Sardina, su Secretario y Administrador aportó un certificado de cotización que no se ha podido demostrar que le fuese entregado por los acusados.

También se inició un expediente de derivación de deuda a la Comunidad del Edificio San Lázaro a la que el acusado Paulino entregó, para justificar estar al día en los pagos a la Seguridad Social, cuatro documentos, supuestamente emitidos por Banco Popular, con el membrete del mismo, y en los que se establecía que habían sido abonadas las cuotas a la Seguridad Social correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2014 y de enero de 2015, abono que nunca había tenido lugar por cuanto que Servitecni debía la totalidad de las cuotas generadas en los años 2013, 2014 y 2015, resultando imposible que los mismos hayan sido obtenidos a través de la página web de banco que niega haberlos expedido."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Paulino, ya circunstanciado, como autor criminalmente responsable de dos delitos consumados contra la seguridad social, y un delito de falsedad en documento mercantil, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

Por el primer delito contra la seguridad social la pena de prisión de dos años y multa de 726.974,60 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un mes. Igualmente, y al amparo del art. 56 del C.Penal, la pena de prisión llevará aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil. Igualmente se les impone la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

Por el segundo delito contra la seguridad social la pena de prisión de dos años y multa de 396.971,86 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de quince días. La pena de prisión llevará aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil. Se le impone la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

Por el delito de falsedad en documento mercantil la pena de prisión de seis meses, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, y previa declaración de insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Paulino del delito de falsedad en documento oficial que se le imputaba.

Se le condena al abono de tres novenas partes de las costas procesales incluyendo en este porcentaje las de la acusación particular.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Antonia, ya circunstanciada, como autora criminalmente responsable de dos delitos consumados contra la seguridad social, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

Por el primer delito contra la seguridad social a la pena de prisión de dos años y multa de 726.974,60 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un mes. La pena de prisión llevará aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil. Igualmente se les impone la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

Por el segundo delito contra la seguridad social la pena de prisión de dos años y multa de 396.971,86 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de quince días. La pena de prisión llevará aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil. Se le impone la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Antonia de los delitos de falsedad en documento oficial y mercantil que se le imputaban. Se le condena al abono de dos novenas partes de las costas del procedimiento incluyendo, en este porcentaje, las de la acusación particular.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a las mercantiles Centro Especial Servitecni Comunidades S.L., Serviplus Canarias Employment S.L.U. y Averías 24 horas Serviplus S.L.U. de los delitos contra la seguridad social que se les imputaban.

Se declaran de oficio cuatro novenas partes de las costas procesales.

Los acusados, Paulino e Antonia, indemnizarán, conjunta y solidariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, en la cantidad de en la cantidad de 363.487,30 euros, cantidad de la que responderá subsidiariamente la mercantil Serviplus Canarias Employment SLU, y en 198.485,93 euros, cantidad de la que responderá, subsidiariamente, la mercantil Centro Especial Servitecni Comunidades SLU. Con los intereses del art. 576.1 de la LEC con aplicación de lo dispuesto en los art. 307 bis 2 en relación con el 307.6 del C. Penal."

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 26 de febrero de 2021, en el Rollo de Apelación número 61/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Antonia y D. Paulino contra la sentencia de fecha 27 febrero de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo nº 23/2019, dimanante del procedimiento de abreviado nº 1211/2016, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos. No se efectúa imposición de las costas de esta alzada."

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por los acusados, 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.

Quinto.

La representación procesal de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.

Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida e incorrecta aplicación de los arts. 307 y 307 bis del Código Penal, con base en la propia doctrina jurisprudencial de la Excma. Sala II del Tribunal Supremo respecto de los supuestos de falta del elemento objetivo y de la acción de defraudación a la seguridad social, no constituyendo dicho delito el mero impago, cuando dichas declaraciones se han presentado correctamente.

Segundo.

Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por error en la apreciación de la prueba, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, basado en documental unida a los autos por Diligencia de Ordenación de 13 de enero de 2020, que fue remitida por la Tesorería General de la Seguridad Social como prueba anticipada solicitada por la representación procesal de los acusados Paulino e Antonia, consistente en 2 expedientes administrativos de derivación de responsabilidad, con un contenido de 31 folios.

Tercero.

Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida e incorrecta aplicación de los arts. 307 y 307 bis del Código Penal, al haberse condenado por la comisión de dos delitos de defraudación teniendo en cuenta los mismos periodos impositivos en ambos, vulnerándose, también, el principio non bis in ídem.

Sexto.

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la Tesorería General de la Seguridad Social, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo, de la LECrim por la representación procesal de los recurrentes, la Sala admitió el recurso de casación quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 1 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Los recurrentes, D. Paulino y D.^a Antonia, han sido condenados en sentencia confirmada en apelación, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Canarias, como autores responsables de dos delitos consumados

contra la seguridad social, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

Por el primer delito contra la seguridad social, a las penas de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil, y multa de 726.974,60 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un mes. Igualmente, se les impuso la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

Por el segundo delito contra la seguridad social, a las penas de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el desempeño de la profesión de administrador de cualquier tipo de sociedad, civil o mercantil, y multa de 396.971,86 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de quince días. Igualmente, se les impuso la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y de gozar de los beneficios incentivos fiscales o de la Seguridad Social por plazo de tres años.

D. Paulino fue condenado también como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, a la pena de prisión de seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, y previa declaración de insolvencia, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

En la misma sentencia D. Paulino fue absuelto del delito de falsedad en documento oficial, D.^a Antonia fue absuelta de los delitos de falsedad en documento oficial y mercantil, y las mercantiles Centro Especial Servitecni Comunidades S.L., Serviplus Canarias Employment S.L.U. y Averías 24 horas Serviplus S.L.U. de los delitos contra la seguridad social.

Igualmente fueron condenados, D. Paulino, al abono de tres novenas partes de las costas procesales y D.^a Antonia, al abono de dos novenas partes de las costas del procedimiento incluyendo en ambos casos las ocasionadas por la acusación particular, y declarándose de oficio cuatro novenas partes de las costas.

Por último, ambos acusados fueron condenados a indemnizar, conjunta y solidariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, en la cantidad de 363.487,30 euros, cantidad de la que responderá subsidiariamente la mercantil Serviplus Canarias Employment SLU, y en 198.485,93 euros, cantidad de la que responderá, subsidiariamente, la mercantil Centro Especial Servitecni Comunidades SLU. Con los intereses del art. 576.1 de la LEC con aplicación de lo dispuesto en los art. 307 bis 2 en relación con el 307.6 CP.

El recurso se dirige contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Rollo de Apelación núm. 61/2020, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia de fecha 27 febrero de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo núm. 23/2019, dimanante del procedimiento de abreviado núm. 1211/2016, incoado por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria.

Segundo.

1. El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida e incorrecta aplicación de los arts. 307 y 307 bis CP.

Estiman que la acción que se les imputa, - impedir la localización de sus bienes o de su patrimonio para frustrar la acción recaudadora del ente público - es atípica, pues el delito de defraudación a la seguridad social no alcanza a los hechos realizados durante el periodo de ejecución o vía de apremio, ya que este delito se comete única y exclusivamente en el periodo en que se efectúan las declaraciones de cotización o la inspección de las mismas, esto es, cuando éstas se hayan presentado de forma inexacta o de forma contraria a la realidad. Explican que, en su caso, conforme refiere el hecho probado, procedieron a declarar los seguros sociales correspondientes a las cuotas patronal y obrera de sus empleados, aunque conscientemente dejaban de ingresarlas en las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social. Así, constituyeron hasta seis sociedades de forma sucesiva obteniendo certificados negativos de deudas con la Seguridad Social a nombre de las nuevas sociedades que iban creando lo que a su vez les permitía contratar con otras entidades o empresas. Y al final ninguna de estas sociedades abonó las correspondientes deudas con la seguridad social generadas por los seguros sociales de los trabajadores.

A su juicio los arts. 307 y 307 bis CP, no contemplan como elemento del tipo acciones tendentes a evitar acciones ejecutivas sobre un patrimonio, sino lo que protegen es que las declaraciones de cotización se presenten de forma real y veraz, pero sin que formen parte del elemento objetivo del tipo hechos que dificulten o impidan las fases de ejecución forzosa, los cuales se inician posteriormente por los Servicios de Recaudación de la Seguridad Social en reclamación de las propias declaraciones de cotización efectuadas correctamente por el sujeto pasivo. De esta forma, el delito de defraudación a la Seguridad Social requiere que se produzcan actuaciones de ocultación o

alteración de datos de obligatoria comunicación, mediante la utilización o la presentación de declaraciones falsas o inexactas.

2. No asiste la razón a los recurrentes. La reforma del art. 307 CP mediante Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, introdujo un segundo párrafo en su apartado primero que expresamente señala que "La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos". El preámbulo de la Ley explicaba el motivo de esta novedad, señalando que "en la práctica se dan supuestos en los que se interpreta que no existe delito contra la Seguridad Social por el mero hecho de que se hayan presentado los documentos de cotización, sin entrar a valorar si son veraces y completos. También es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, precisamente, la presentación de documentos de cotización aparentemente correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido un último inciso para aclarar que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos. El inciso no supone modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma".

Reiterada la doctrina de esta Sala, interpretando el precepto comentado a la luz de la reforma operada mediante la citada Ley Orgánica 7/2012, afirma la posibilidad de que el fraude se realice mediante la sucesión de empresas, como fórmula para eludir el pago de cuotas a la Seguridad Social.

Tal doctrina ha sido expuesta en la reciente sentencia de esta Sala núm. 539/2022, de 31 de mayo, dictada en un caso muy parecido al que ha sido objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

En aquella sentencia, con referencia expresa a su vez a la sentencia núm. 564/2018, de 19 de noviembre, decíamos que "el delito contra la Seguridad Social se tipifica en el vigente artículo 307 del Código Penal, que en su apartado 1 sanciona a "el que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros".

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude y en la Seguridad Social, dio la actual redacción al precepto citado, introduciendo, entre otras novedades, un párrafo con el siguiente contenido: "La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos".

(...)

El delito de defraudación a la Seguridad Social es un delito especial, de los denominados de infracción de deber, que atenta contra los intereses económicos de la Seguridad Social, institución que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 41 CE, que obliga "a los poderes públicos a mantener un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad".

La protección penal va encaminada a la tutela singular de la actividad recaudatoria de esta institución. Además de un delito de omisión, patrimonial y de resultado, es una norma penal en blanco que ha de completarse con las leyes administrativas correspondientes, que regulan el pago de cuotas, la obtención de devoluciones o el disfrute de subvenciones.

El deber cuya elusión constituye la defraudación a la que se refiere el precepto penal, está contemplado en la respectiva ley administrativa que establece el sistema de cotizaciones y que obliga al sujeto pasivo a poner en conocimiento de la Administración, con corrección, en forma completa y sin falsedad, los respectivos hechos imponible ocurridos dentro del ejercicio fiscal correspondiente (arts. 248 y concordantes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), y en igual sentido la STS 13/2006, de 20 de enero.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no se sanciona la mera omisión de la declaración ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz. El tipo exige una conducta defraudatoria, mendaz, de ocultación de las bases de cotización o de ficción sobre devoluciones o gastos deducibles. Tanto el incumplimiento del pago de cotizaciones como la conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Esta Sala así lo ha establecido en numerosas ocasiones y sirva a modo de ejemplo la STS 133/2004, de 19 de noviembre, en la que se hace un completo análisis del concepto de defraudación, a la que nos remitimos.

Y como también recuerda la STS 374/2017, de 24 de mayo, referida a un delito contra la Hacienda Pública pero que, mutatis mutandis, es aplicable al delito contra la Seguridad Social, "el desvalor de la acción exige el despliegue de "una cierta conducta o artificio engañoso", que lleva a incluir este delito dentro de la categoría de los de "medios determinados" funcionales para mantener oculta a la Hacienda la existencia del hecho imponible".

Por tanto, el concepto de defraudación está vinculado a actuaciones de ocultación o alteración de datos de obligatoria comunicación. En ese mismo sentido el artículo 1º del Acuerdo del Consejo de 26/07/1995, que aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establece que en materia de ingresos, será constitutivo de fraude "cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a

la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta".

La STS 657/2017, de 5 de octubre, declara algunos elementos de donde se puede deducir la defraudación, como son, a título ejemplificativo los siguientes:

- a) Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo.
- b) Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama.
- c) Diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales (nuestro caso); y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; e
- d) Incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial".

3. En nuestro caso, el hecho probado de la sentencia de instancia describe que la actuación de los recurrentes no se ha limitado a dejar de pagar las cuotas de sus trabajadores a la Seguridad Social, sino que, pese a contar siempre prácticamente con el mismo inmovilizado y clientela, y básicamente con la misma plantilla, procedieron a crear un entramado societario sin solución de continuidad en el que unas veces aparecía como administradora D.^a Antonia, en otras D. Paulino, e incluso en una de ellas el padre de éste. De esta forma, procedían a declarar los seguros sociales correspondientes a las cuotas patronal y obrera de sus empleados. Sin embargo, de forma consciente dejaban de ingresarlas en las arcas de la Tesorería General de la Seguridad, y cuando una de sus sociedades generaba una deuda con la Seguridad Social derivada del impago de las cuotas de cotización de sus trabajadores, y las Unidades de Recaudación comenzaban a dirigirse directamente a sus clientes ordenándoles el ingreso del importe de los servicios que les prestaba en las cuentas del organismo público, creaban una nueva sociedad que daban de alta y a la que traspasaban la facturación de los servicios prestados en la anterior por sus trabajadores, al tiempo que llevaban a cabo actos de ocultación de su actividad económica, dejando de presentar las cuentas anuales obligatorias en el Registro Mercantil, o cesando en la actividad empresarial sin proceder a su formal liquidación y disolución. Ello ocasionó que los diferentes expedientes de apremio tramitados para el cobro de las deudas no llegasen a un final satisfactorio. Les permitió además obtener certificados negativos de deudas con la Seguridad Social a nombre de las nuevas sociedades que iban creando, lo que a su vez les posibilitaba contratar con otras entidades o empresas. Con este proceder llegaron a crear hasta seis sociedades diferentes.

De tal actuar se infiere de forma natural y lógica que los acusados hicieron algo más que no pagar las cuotas de la Seguridad Social. Elaboraron un plan con el que consiguieron no abonar las cuotas de la seguridad social durante ocho años, mediante la creación de sucesivas sociedades que iban generando nuevas deudas por tal concepto, y que nunca fueron abonadas por los acusados pese a contar con importantes ingresos procedentes de su actividad empresarial, escapando de la acción inspectora y recaudatoria de la Seguridad Social.

El motivo se desestima.

Tercero.

El segundo motivo se deduce por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba.

Como documentos literosuficientes señalan dos expedientes remitidos a su instancia por la Tesorería General de la Seguridad Social, demostrativos, a su juicio, de que no se llegó a resolver ningún procedimiento de derivación de responsabilidad, al dejar que caducaran los respectivos expedientes.

Destacan que la propia inspección dice que se ha impedido que se pudiera embargar la facturación emitida por la empresa a los clientes, por la creación de un entramado de sociedades, pero no porque se hubiera obstaculizado un acto de embargo concreto por los servicios de recaudación, sino porque de manera hipotética se hubiera podido impedir la misma. Indican que la propia Inspectora de la Seguridad Social reconoció en su declaración que al respecto de la vía de apremio no sabía nada, pues la misma no las tramitaba la Inspección, al ser competencia de los mencionados servicios de la unidad de recaudación ejecutiva.

Argumentan que el delito de fraude a la Seguridad Social es un delito de resultado, siendo requisito necesario que se hayan producido hechos concretos que entrañen dicho delito. En el caso de autos lo entiende cometido el Tribunal a quo por el hecho de haberse impedido la vía de apremio, pero si ésta nunca se produjo, y la primera vez que se dirige la Seguridad Social a los clientes pidiéndoles facturación es a los efectos de elaborar el informe aportado a los autos, no consideran correcto entender que se ha obstaculizado el embargo de esa facturación. Niegan que se haya creado un entramado societario para burlar la vía de apremio, ya que ésta no se llegó a producir, procediéndose tan solo respecto a dos comunidades de propietarios a iniciar procedimientos de derivación de responsabilidad, que no fueron finalizados. Manifiestan que tampoco podían derivar las deudas hacía

estas comunidades por no tratarse de una subcontrata de empresas las comunidades de propietarios, que ni son empresas ni tienen actividad empresarial, y los servicios contratados lo son para la limpieza de sus propias instalaciones.

Tampoco concurre a su juicio el elemento subjetivo del tipo, pues su intención no fue nunca la de evitar los posibles embargos de los créditos contra sus clientes, sino obtener certificados de deuda negativa con la seguridad social.

Finalizan señalando que no ha quedado demostrado que impidieran que los Servicios de recaudación de la Seguridad Social pudieran emprender o acometer la ejecución forzosa de las deudas generadas o la vía de apremio, al no haberse obstaculizado dicha labor en ningún momento.

1. En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad 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 de 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 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, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 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.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto 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 resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).

2. Los documentos citados por los recurrentes carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

El cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elegido por los recurrentes, es erróneo dado que este motivo exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se han declarado probados. De hecho, los documentos que citan los recurrentes lo que ponen de manifiesto es que a través de ellos no se llegó al cobro de lo adeudado a la Seguridad Social.

Junto a ellos, el Tribunal ha valorado otras pruebas que explica y valora de forma detallada, para llegar a la conclusión de que los acusados nunca tuvieron intención de abonar la deuda generada. Entre ellas se encuentra la extensa documental unida a las actuaciones así como la declaración de la Inspectora que explicó el entramado creado por los acusados pasando por la creación de sociedades cuando la Seguridad Social trataba de hacer efectivas las deudas, traspasando a la nueva sociedad la facturación de los servicios prestados en la anterior, o incluso cambiando el administrador en la nueva sociedad cuando se trataba de derivar la responsabilidad de la deuda de la sociedad a su administradora. También puso de relieve cómo, en determinados casos, eran los trabajadores dados de alta en una de las antes referidas sociedades los que desempeñaban las labores de limpieza mientras que era otra mercantil, que incluso no tenía trabajador alguno propio, la que facturaba ese trabajo de forma que no sólo no se pagaban las cuotas sino que los ingresos que deberían corresponder a una sociedad iban directamente a otra contra la que no podía actuar, en modo alguno, la Seguridad Social. Y en otros casos, cómo la mercantil Checkin Cristianos Servitecní Lanzarote y Fuerteventura les emitió facturas por servicios prestados por

Servitecni Comunidades pero, además, en el año 2017 pasó a ser Servicios, Limpieza y Socorrismo quien asumió, sin solución de continuidad, y sin celebrar si quiera nuevo contrato, esa facturación.

También ha contado el Tribunal con la declaración de dos testigos propuestos por los propios recurrentes, Sres. Isidoro y Jorge, con cuyas manifestaciones el Tribunal ha podido confirmar la voluntad desde el inicio por parte de los acusados de no hacer frente a las deudas con la Seguridad Social; y con prueba pericial de la que infiere la buena situación económica de los acusados y las cuotas adeudadas a la Seguridad Social.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el recurrente.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

Cuarto.

1. El tercer motivo del recurso se formula por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida e incorrecta aplicación de los arts. 307 y 307 bis del CP, al haberse condenado por la comisión de dos delitos de defraudación teniendo en cuenta los mismos periodos impositivos en ambos, vulnerándose, también, el principio non bis in ídem.

Explican que han sido condenados como autores de dos delitos de defraudación a la seguridad social, pero no como personas físicas, sino como administradores de dos sociedades que han sido declaradas instrumentales por la Audiencia Provincial. Por ello entienden que, para determinar la comisión del delito, lo oportuno hubiera sido acumular los periodos y las cuantías que como personas físicas adeudaban a la Seguridad Social.

Señalan también que en el delito por el que han sido condenados en relación con la sociedad Serviplus Canarias Employment S.L.U, se han acumulado varios ejercicios fiscales, 2012 a 2015, a la vez que en el delito referido a la sociedad Centro Especial Servitecni Comunidades S.L. se refiere a los ejercicios 2013 a 2017.

Por ello entienden que, al ser los ejercicios fiscales tenidos en cuenta para condenar a los administradores coincidentes, y habiéndose establecido que los únicos autores de los hechos delictivos fueron los administradores de las sociedades y no las sociedades, al haberse declarado que éstas eran meramente instrumentales de los mismos, se tenían que haber acumulado o sumado en cada ejercicio fiscal las cantidades adeudadas por los acusados como únicos responsables de los delitos y no hacerlo por separado por ambas sociedades, ya que en otro caso se les estaría condenando dos veces por unos mismos hechos.

2. Si examinamos nuevamente el hecho probado, éste describe una trama de creación ad hoc de empresas ficticias, sin solución de continuidad, con la única finalidad por parte de los acusados de "impedir la localización de sus bienes o de su patrimonio para frustrar la acción recaudadora del ente público tanto en vía voluntaria como en fase ejecutiva y con ello, la posibilidad del cobro efectivo de la deuda generada por cada una de las empresas, procedían a facturar los servicios prestados, por los trabajadores de una de las empresas, mediante otra sociedad mercantil distinta que, en ocasiones, ni siquiera tenía dados de alta trabajadores a su nombre, al tiempo que llevaban a cabo actos de ocultación de su actividad económica, dejando de presentar las cuentas anuales obligatorias en el Registro Mercantil, y mediante el cese efectivo de la actividad empresarial de otras sin proceder a su formal liquidación y disolución, por lo que, al intentar el servicio de recaudación cobrar las deudas dirigiéndose a los clientes a los que prestaban servicios se encontraban con que, en realidad, la factura la debían abonar no a la sociedad que estaba obligada a satisfacer las cotizaciones sociales sino a una diferente, que no presentaba deuda alguna con la Seguridad Social, dando lugar a que los diferentes expedientes de apremio tramitados para el cobro de las deudas no llegasen a un final satisfactorio todo lo cual además les permitía obtener certificados negativos de deudas con la Seguridad Social a nombre de las nuevas sociedades que iban creando lo que a su vez les permitía contratar con otras entidades o empresas. (...)

En el desarrollo de estas actividades, se produjo a lo largo del tiempo una serie de operaciones en virtud de la cuales aunque los contratos eran concertados por una de las sociedades la facturación del servicio prestado, en cada momento, era realizado por aquella mercantil que no presentase deuda con la Seguridad Social, para así poner a salvo los fondos que se debían percibir, y ello a pesar de que ni se celebraba un nuevo contrato ni se modificaba otra cosa en las facturas que la denominación de la sociedad siendo, en todo momento, la misma persona la que se encargaba de gestionarla, esto es, Paulino, e incluso coincidiendo los números y correos electrónicos de contacto, e incluso a pesar de que en no pocas ocasiones los trabajadores que efectuaban las labores de limpieza estaban dados de alta en una mercantil distinta a la que recibía el pago por parte de la comunidad de propietarios o empresa correspondiente".

Además, en la fundamentación jurídica de la sentencia explica el Tribunal que "si algo ha quedado demostrado es la total identidad entre los administradores, de hecho o derecho, y las personas jurídicas que, de forma sucesiva, iban creando con el único fin de ocultar a la Seguridad Social los ingresos y eludir el abono de las

cuotas que debía ingresar a la misma por los trabajadores que habían dado de alta de forma que no existe alteridad, entre ambos, ni diversidad de intereses."

En definitiva se trata de una misma actividad, servicio de limpieza, llevada a cabo por los acusados a lo largo del tiempo con los mismos trabajadores, el mismo inmovilizado y clientela, utilizando también los mismos correos electrónicos de contacto.

Las sociedades utilizadas eran meramente instrumentales o "pantalla". Fueron creadas y utilizadas únicamente para evitar el rastreo de los bienes de los acusados. De hecho, así han sido consideradas por el Tribunal como consecuencia de lo cual decretó su absolución. Existía una confusión absoluta de personalidades física y jurídica. Ambas sociedades, Serviplus Canarias Employment S.L.U y Centro Especial Servitecni Comunidades S.L., carecían de organización diferenciada de la voluntad de los acusados, diluyéndose su actuación ante el proceder de su administrador único.

Se trataba en definitiva de sociedades instrumentales tras las cuales se ocultaban los acusados para impedir la ejecución de sus bienes. Precisamente por esta razón se ha imputado a ambos acusados directamente como personas físicas las defraudaciones realizadas a través de ellas, considerándoles auténticos obligados al pago de las cuotas de los trabajadores. De hecho, también ha procedido el Tribunal a condenar a ambos acusados, y no solo a D. Paulino como administrador legal de Centro Especial Servitecni Comunidades S.L. y de hecho de Serviplus Canarias Employment S.L.U., cuando en la primera de ellas no figuraba D.^a Antonia como administradora de hecho ni de derecho, siendo ésta no obstante responsable penal, al prestar su colaboración mediante la constitución de sucesivas sociedades a fin de no proceder al pago de las cuotas de la seguridad social generadas por los trabajadores a su servicio.

En lógica con lo anterior se ha obviado la estructura societaria meramente ficticia creada por los acusados únicamente para eludir el pago de la deuda generada con la Seguridad Social por el impago de las cuotas de los trabajadores a su cargo. Esto es, los acusados no han sido condenados por ser administradores de las sociedades sino por su actividad defraudatoria como personas físicas, enmascarada bajo la apariencia creada a través de aquellos entes sociales.

3. Analizando pues la actividad defraudatoria de los recurrentes como personas físicas y limitándonos a la defraudación por deudas por cotización de los trabajadores que sustentan las condenas de los recurrentes, el hecho probado describe que Serviplus Canarias Employment S.L.U. generó las siguientes deudas con la Seguridad Social: 80.051,39 euros en el año 2011, 136.119,82 euros en el año 2012, 91.940,92 euros en el año 2013, 84.663,39 euros en el año 2014 y 50.763,17 euros en el año 2015.

Igualmente, las deudas contraídas por el mismo concepto por Centro Especial Servitecni Comunidades S.L. fueron: 26.455,32 euros en el año 2013, 104.127,24 euros en el año 2014, 43.135,96 euros en el año 2015, 14.298,28 euros en el año 2016 y 10.469,13 euros en el año 2017.

3.1. Respecto a la primera, a los dos primeros ejercicios 2011 y 2012 sería aplicable el art. 307 CP anterior a la reforma operada mediante Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en vigor desde el día 17 de enero de 2013. El mencionado precepto establecía una cuota de 120.000 euros y en cómputo anual. Por ello, solo sería constitutivo de delito la defraudación de la deuda correspondiente a 2012 por ser la única que superaría los 120.000 euros. A los ejercicios 2013 a 2015 les sería aplicable la nueva ley, en la que el art. 307 establece una cuota de 50.000 euros en cómputo de cuatro años, siendo de aplicación el subtipo agravado contemplado en el art. 307 bis 1.a) CP cuando la cuota supere los 120.000 euros. Tipo agravado que sería aplicable en el presente caso por superar las cuotas correspondientes a los años 2013 a 2015 los 120.000 euros. Resultarían por tanto cometidos dos delitos: un delito del art. 307 CP anterior a la reforma, castigado con pena de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo, en concurso real con otro delito de los arts. del 307 y 307 bis CP posterior a la reforma, castigado con pena de 2 a 6 años de prisión y multa de doble al séxtuplo de la cuota.

Ello no obstante como consecuencia del deber de aplicación con carácter retroactivo de la ley penal más favorable (art. 2.2 CP), si aplicáramos a todos los ejercicios la ley actualmente en vigor, la conducta del año 2012 sería englobable en un único tipo, el contemplado en el art. 307 bis 1 a) CP, castigado con pena de 2 a 6 años de prisión y multa de doble al séxtuplo de la cuota, por el que los recurrentes han sido condenados, siendo evidente que es más beneficioso para ellos. Y ello por cuanto que las cuotas de los años 2013 a 2015 por sí solas superan el importe de los 120.000 euros, y no se precisa la cuota de 2012 para dar lugar a la cuantía que provoca la aplicación del subtipo agravado.

3.2. En relación a las cuotas de Servitecni, años 2013 a 2017, son de aplicación los art. 307 y 307 bis en su actual redacción. Considerada individualmente, sería aplicable el subtipo agravado contemplado en el art. 307 bis 1 a) CP.

3.3. Ahora bien, no obstante lo expuesto, y en consonancia con la pretensión de los recurrentes, no cabría apreciar tantos bloques de defraudación como sociedades creadas, ya que todos los actos llevados a cabo por los acusados respondían a un mismo propósito, hacer ineficaz la ejecución por parte de los servicios de recaudación

de la Seguridad Social como consecuencia del impago de las cuotas de los trabajadores, aun cuando para ello se valieran de distintas sociedades.

Conforme a ello, habría que calcular las cuotas defraudadas no por cada una de las sociedades, sino por cada ejercicio.

Para ello habría que tomar en consideración las cuotas defraudadas por todas las sociedades, sumando las cuotas correspondientes a cada ejercicio. Quedaría el siguiente cuadro:

- Ejercicio 2009: 687,81 euros (Enrivata Servicios S.C.P.)
- Ejercicio 2010: 47.072,91 euros (Enrivata Servicios S.C.P.)
- Ejercicio 2011: 52.128,89 euros (Enrivata Servicios S.C.P.)
80.051,39 euros (Serviplus Canarias Employment S.L.U.)
74.854,16 euros (Averías 24 horas Serviplus S.L.U.)
- Ejercicio 2012: 136.119,82 euros (Serviplus Canarias Employment S.L.U.)
112.594,42 euros (Averías 24 horas Serviplus S.L.U.)
- Ejercicio 2013: 91.940,92 euros (Serviplus Canarias Employment S.L.U.)
33.714,11 euros (Averías 24 horas Serviplus S.L.U.)
26.455,32 euros (Centro Especial Servitecni Comunidades S.L.)
- Ejercicio 2014: 84.663,39 euros (Serviplus Canarias Employment S.L.U.)
104.127,24 euros (Centro Especial Servitecni Comunidades S.L.)
- Ejercicio 2015: 50.763,17 euros (Serviplus Canarias Employment S.L.U.)
43.135,96 euros (Centro Especial Servitecni Comunidades S.L.)
337,52 euros (Servitecni Lanzarote y Fuerteventura S.L.)
- Ejercicio 2016: 14.298,28 euros Centro Especial Servitecni Comunidades S.L.
6.905,75 euros (Servitecni Lanzarote y Fuerteventura S.L.)
- Ejercicio 2017: 10.469,13 euros (Centro Especial Servitecni Comunidades S.L.)
6.235,84 euros (Servitecni Lanzarote y Fuerteventura S.L.)

3.3.1. Siguiendo los mismos razonamientos expuestos en el anterior apartado, a las defraudaciones de los cuatro primeros ejercicios 2009 a 2012 les sería aplicable el art. 307 CP anterior a la reforma operada mediante Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Por ello, solo serían constitutivos de delito del art. 307 CP las defraudaciones de las deudas correspondientes a 2011 y 2012 por superar cada ejercicio los 120.000 euros. A los ejercicios 2013 a 2017 les sería aplicable la nueva ley, y por tanto sería aplicable el tipo agravado contemplado en el art. 307 bis 1 a) CP caso por superar las cuotas correspondientes los 120.000 euros. Resultarían por tanto cometidos tres delitos: dos delitos del art. 307 CP anterior a la reforma (Ejercicios 2011 y 2012), castigados cada uno de ellos con pena de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo, en concurso real con otro delito (referido a los Ejercicios 2013 a 2016) de los arts. del 307 y 307 bis CP posterior a la reforma, castigado con pena de 2 a 6 años de prisión y multa del doble al séxtuplo de la cuota. Las penas mínimas a imponer serían dos penas de 1 año y una pena de 2 años, más las multas correspondientes.

3.3.2. Si aplicáramos a todos los ejercicios la ley actualmente en vigor, nos encontraríamos ante dos delitos (relativos a los ejercicios 2011 a 2014 y a los ejercicios 2015 a 2017) de los arts. 307 bis a) y 74 CP, castigados cada uno de ellos con pena de 2 a 6 años de prisión y multa del doble al séxtuplo.

Por ello, la pena mínima de prisión a imponer por cada uno de ellos sería de 2 años.

3.3.3. En consecuencia, aun imponiendo las penas señaladas a cada delito en su mínima extensión legal, la extensión de las penas de prisión cuya imposición resultaría procedente sumarían un total de cuatro años, y por tanto de idéntica duración a la suma de las dos penas, de dos años cada una, que les fueron impuestas. Sin embargo, la cuantía de la pena de multa (entre 1.857.590,62 y 5.572.771,86 euros), aun cuando se impusiese en su mínima extensión, sería notoriamente superior a la suma de las fijadas en la sentencia de instancia (1.123.946 euros).

En consecuencia, la propuesta que pretenden los recurrentes llevaría a la imposición de penas superiores. El motivo por ello se desestima.

Quinto.

La desestimación del recurso conlleva la imposición a los recurrentes de las costas procesales, de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Paulino y D.^a Antonia, contra la sentencia núm. 11/2021, de 26 de febrero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Rollo de Apelación núm. 61/2020 en la causa seguida por delito consumado contra la seguridad social.

2) Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

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