

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066604

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 250/2023, de 11 de abril de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3889/2021

SUMARIO:**Delito de apropiación indebida. Sociedades. Insolvencias punibles. Levantamiento del velo en derecho penal. Responsabilidad civil derivada de delito**

El acusado, distrajo dinero de una cuenta de la sociedad de la que era socio mayoritario y que administraba dándole un destino no esclarecido. Si los otros socios acusados -restantes titulares- han sido absueltos en primera instancia por no ser seguro que consintiesen esa distracción, la consecuencia lógica es considerar, al menos, posible que sí consintieran. Y si eso es una posibilidad, aceptada por el Tribunal y compatible con el hecho probado, se impone la absolución por el delito de apropiación indebida. No es sostenible que el total del accionariado de una S.A. de consumo cometa una apropiación indebida o una estafa o un hurto u otro delito patrimonial contra la mercantil de la que son titulares. Si con esa hipotética conducta perjudican a acreedores estaremos ante otros delitos (alzamiento, insolvencias punibles). Pero no cabe la auto-estafa ni la auto-apropiación indebida, ni el auto-hurto.

Por tanto, la extracción de fondos societarios con la anuencia de la totalidad de los socios no puede constituir un delito de apropiación indebida. La conducta carece de lesividad, pero podrá, en su caso, integrar un delito de insolvencia punible si existen acreedores perjudicados por ese desvío. Si hay que absolver por la apropiación indebida no hay concurso de delitos con la insolvencia punible.

En el delito de alzamiento de bienes, la reparación civil procede mediante la restitución de la cosa indebidamente salida del patrimonio del deudor o mediante la declaración de nulidad de los ilícitos negocios a través de los cuales se generó la situación de insolvencia. No es posible, por ello, constituir mediante la condena penal un nuevo título de pedir distinto al que originó el crédito pues supondría, además, modificar su propio objeto y causa, introduciendo, como consecuencia, un riesgo alto de enriquecimiento injusto. Las consecuencias de un pronunciamiento indemnizatorio en esta causa, en iguales términos que los que ya se han establecido en los procedimientos laboral y civil, supondría duplicar un título de ejecución, que ya tiene en el incidente concursal en otra jurisdicción.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31, 74.2, 77, 116, 250, 252, 236 y 268.

PONENTE:*Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 250/2023

Fecha de sentencia: 11/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3889/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3889/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 250/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 11 de abril de 2023.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 3889/2021 interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y Florentino representado por el procurador Sr. D. Pablo Sorribes Calle y bajo la dirección letrada de D. Emilio José Zegrí Boada contra Sentencia de fecha 7 de junio de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra el recurrente por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible. Ha sido parte recurrida la Entidad Bancaria BBVA representada por la Procuradora Sra. D.ª Paloma Cebrián Palacios y bajo la dirección letrada de D. David Pérez Nuñez; Juan y Pilar representados por la Procuradora Sra. D.ª Natalia Martín de Vidales Ilorente y bajo la dirección letrada de D. Gerard Gene Baleyto; Mauricio y Sonsoles representados por el Procurador D. Rafael Ros Fernández bajo la dirección letrada de D. José María Fuster Fabra Torrellas.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Arenys de Mar incoó Diligencias Previas con el nº 1441/2010, contra Florentino. Una vez concluidas las elevó a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima) que con fecha 7 de junio de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Los acusados Florentino, Juan, Pilar y Mauricio, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, eran socios de la sociedad Popsa Construcciones S.L, la cual había sido constituida por Florentino y Mauricio junto con otras personas el 2 de octubre de 2003, añadiéndose como socios Juan y Pilar en el aumento de capital suscrito por Junta de accionistas de fecha 2 de febrero de 2007, teniendo el 4 de marzo de 2009 Florentino el 64,16% del capital social, Juan y Pilar el 15,42 % cada uno y habiendo dejado de ser socio Mauricio con la venta de sus participaciones sociales a Florentino el día 4 de marzo de 2009.

La sociedad Popsa Construcciones S.L tenía por objeto la compraventa, promoción, construcción, explotación en arrendamiento (no financiero) de cualquier tipo de bienes inmuebles; construcción de obras y edificios y su explotación en bloques o pisos. Su domicilio social a partir del 13 de julio de 2006 estaba situado en la calle Josep María de Segarra nº 14 de Pineda de Mar (Barcelona). El acusado Florentino fue siempre el administrador único de Popsa Construcciones S.L, ostentando Mauricio desde el 28 de abril de 2005 amplios poderes de la sociedad para el desempeño de sus funciones de jefe técnico de las obras del que dependían las certificaciones de obra para cobrar y las penalizaciones a las promotoras, siendo aquel el que tomaba las decisiones relativas a la administración y marcha de la empresa.

Desde el mes de enero de 2007, con motivos de la crisis en el sector inmobiliario, con la caída de ventas, disminución del precio de las viviendas y restricción del crédito bancario así como también por el impago de facturas por parte de sus clientes, la compañía venía incumpliendo sus obligaciones exigibles, aunque en cuantías menores pero de forma constante y en aumento, siendo el Incumplimiento de las obligaciones de pago relevante desde el mes de julio de 2008 y cuando menos a esta fecha no se podía desconocer por el órgano de administración de la sociedad que la misma no generaría tesorería suficiente para poner al día en el pago de las obligaciones vencidas hasta la fecha; es decir cuando menos desde julio de 2.008 ya era más que evidente que la sociedad se encontraba en un verdadero "estado definitivo" de insolvencia. El concurso no se solicitó formalmente sino hasta el 6 de abril de 2.009 habiéndose acordado por Junta General de 4 de marzo de 2.009, incoándose por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona su concurso necesario nº 319/09-B.

Segundo.

En fecha 30 de junio de 2.007 la mercantil Popsa Construcciones S.L firmó un acuerdo de patrocinio con la mercantil 3 Racing Servicomp S.L. administrada por la sociedad Palautordera gestin 2004 S.L. que a su vez era representada por Juan y de la que eran socios este-y su mujer Pilar-, en virtud del cual esta serigrafiaría los vehículos de competición de aquella en circuitos de carreras con el nombre de Popsa Construcciones S.L con una vigencia de 3 años, 2007, 2008 y 2009 siendo el precio de 300.000 euros más IVA. Efectivamente este contrato se cumplió pero sólo durante el año 2007, emitiendo Racing Servicomp S.L. una única factura el 20 de agosto de 2007 por importe de 300.000 euros más 48.000 euros en concepto de IVA. Popsa Construcciones S.L pagó a Racing Servicomp S.L 168.000 euros por medio de un cheque de fecha 2 de octubre de 2007. Aprovechándose de este acuerdo y de esta factura que le daba cobertura para ello, Florentino sacó de las cuentas de Popsa Construcciones S.L la cantidad total de 180.000 euros, cobrando entre los días 2 y 3 de agosto de 2007 cheques por este importe. En la contabilidad de Popsa Construcciones S.L se anotaron estas salidas de fondos como anticipos a proveedores y se contabilizaron como esponsorización, pese a que solo se destinó a este concepto la cantidad de 168.000 euros, dándose a los 180.000 euros restantes por parte de Florentino un destino desconocido.

Por Sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el procedimiento incidental del concurso nº 909/2010 se dispuso la rescisión de los pagos hechos por la concursada Popsa Construcciones S.L por importe de 180.000 euros a Florentino y 168.000 a la sociedad Racing Servicomp, SL, condenándoles a la devolución a la concursada de dichas cantidades, más los intereses legales. Por la administradora concursal se instó la ejecución provisional de la Sentencia, en escrito de fecha 15 de abril de 2.011 y no consta pagada cantidad alguna.

Tercero.

Como consecuencia de la construcción de dos edificios y según se recoge en escritura pública de fecha 21 de noviembre de 2017, Promociones P.I. Línea Mar S.L. adeudaba a Popsa Construcciones S.L la suma de 1.105.396,17 euros. Para garantizar el pago de esta deuda, Pusaires S.L. (sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial que Promociones P.I. Línea Mar S.L.) constituyó hipoteca sobre los derechos de arrendamiento financiero que tenía sobre 4 naves industriales en Blanes y cuyo propietario era Banco Popular Español S.A. Impagada la deuda por Promociones P.I. Línea Mar S.L. se otorgó escritura en fecha 4 de junio de 2008 por la que Pusaires S.L. cedió su posición en el contrato de arrendamiento financiero por cuenta y en pago de la deuda que Promociones P.I. Línea Mar S.L. tenía con Popsa Construcciones S.L, 4 cesión que no se hizo a Popsa Construcciones S.L sino a Corporación Daena 2.000, S.L., mercantil de la que eran socios los acusados Juan y Pilar, ostentado el cargo de administrador el primero, quien además se dedicaba la gestión de los alquileres contratados en las naves. Además, Popsa Construcciones S.L se hizo cargo de los gastos de tasación y de otros relativos a la operación y asumió el pago de gran parte de las cuotas de arrendamiento ante el Banco Popular, hasta

noviembre de 2008, pagando a Corporación Daena por todos estos conceptos un total de 238,519,59 euros mientras que el resto -hasta un total de 298.064,88- se pagó con aportaciones de Corporación Daena y con el importe de los alquileres sobre la nave, de 22.000 euros al mes, importe que Corporación Daena 2000 siguió percibiendo hasta marzo de 2003, lo que le supuso unos ingresos de 225.000 euros.

Mediante escritura de 13 de diciembre de 2008, Corporación Daena 2.000 S.L constituyó hipoteca sobre los mencionados derechos arrendaticios en garantía de determinadas deudas, esta garantía devendría ineficaz al dejarse de pagar las cuotas arrendaticias y recuperar el Banco Popular la propiedad y posesión de las naves.

Interpuesta demanda incidental por la administradora concursal de Popsa Construcciones S.L a fin de que se anulase la cesión a Daena del arrendamiento financiero de las naves, se puso fin al incidente por auto de 23 de junio de 2010 que homologaba el acuerdo transaccional alcanzado con Banco Popular, Pusaires, Promociones P.I. Línea Mar S.L. y Corporación Daena 2000 por el cual esta se obligaba a pagar a Popsa Construcciones S.L la suma de 150.000 euros por los conceptos adeudados, obligándose a nada más pedir ni reclamar de Corporación Daena. Sin embargo, esa suma pagada por Corporación Daena no tiene en cuenta el total de las cantidades invertidas por Popsa Construcciones S.L en esta operación de arrendamiento financiero -238.519,59 euros-, resultando un perjuicio real para Popsa Construcciones S.L de 165.000 euros.

Cuarto.

La sociedad Manlleu Building, constituida en 2005 que cambió su nombre, en abril de 2009 por el de Popular Obras y Promociones, era deudora de Popsa Construcciones S.L en la cifra aproximada de 800.000 euros por las obras que Popsa Construcciones S.L realizó a su favor para la construcción del edificio sito en la localidad de Manlleu, calle Doña Blanca. Este edificio, titularidad de Popular Obras y Promociones está formado por unas 30 viviendas, plazas de- parking y trasteros. En fecha 4 de agosto de 2008 la entonces Manlleu Building redujo su capital social a cero y simultáneamente lo amplió a 667,200 euros mediante la creación de nuevas participaciones que fueron suscritas íntegramente por Popsa Construcciones S.L en pago de la referida deuda. En fecha 23 de marzo de 2.009 Popsa Construcciones S.L y Empresalia 50000 (constituida en enero de 2009) firmaron un contrato mediante el cual Popsa Construcciones S.L vendía a Empresalia 5.000 la totalidad de sus participaciones sociales de Popular Obras y Promociones (Manlleu Building) por el precio de un euro. En diciembre de 2009, Popular Obras y Promociones obtuvo de Caixa del Penedés un préstamo hipotecario sobre el citado inmueble por importe de 511.421,63 euros.

Por Sentencia de 8 de julio de 2011 dictada en el procedimiento de incidental del concurso nº 880/1, se estimó parcialmente la demanda y se acordó la rescisión de la compraventa de participaciones de la sociedad Popular Obras y Promociones.

Quinto.

El acusado Florentino, como administrador de Popsa Construcciones S.L el día 3 de abril de 2009 dispuso de 190.400 euros de la sociedad, desconociéndose el destino final que dio a esas cantidades. Por Sentencia dictada en el incidente concursal nº 202/11, se estimó parcialmente la demanda, declarándose rescindidos los actos de disposición por importe de 190.400 euros y se condenó a Florentino que reintegrase a la masa del concurso esa cantidad. Por la administradora concursal se solicitó la ejecución de la Sentencia en escrito presentado el 21 de noviembre de 2011 pero no consta pagada cantidad alguna.

Sexto.

Mauricio, junto con su mujer Sonsoles construyó una vivienda en Caldes de Malavella, URBANIZACION000 CALLE000 NUM000 en los años 2007 y 2008 realizando parte de la construcción a través de Popsa Construcciones S.L a la cual le pagaron por los trabajos realizados la cantidad de 229.102,41 euros, sin que haya quedado acreditado que el valor de la construcción realizada por Popsa Construcciones S.L sea mayor, ni por tanto un perjuicio para la sociedad.

Séptimo.

El vehículo Toyota Corolla matrícula. QWW, propiedad de la mercantil Popsa Construcciones S.L, fue cedido por la empresa a Mauricio para el desempeño de su labor profesional en la misma y también era utilizado en ocasiones por su mujer, Sonsoles, desconociéndose su valor venal y siendo vendido a un tercero el 28/02/09 por importe de 606,82 euros.

Octavo.

En julio de 2008 el acusado Mauricio obtuvo un préstamo de Popsa Construcciones S.L para la adquisición de acciones por importe de 43.000 euros teniendo pendiente de devolución el citado préstamo y por ende Popsa Construcciones S.L un derecho de crédito frente al mismo por tal importe, habiendo pagado Mauricio con cargo al citado préstamo la cantidad de 5.000 euros el día 20 de enero de 2010".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Argimiro por retirada de acusación, y a Pilar y a Mauricio por no ser autores de los delitos continuados de apropiación indebida en concurso medial con otro de insolvencia punible, falsedad en documento mercantil, falsedad contable, alzamiento de bienes y societario que se les venían imputando por parte del Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares.

ABSOLVEMOS A Florentino de los delitos de falsedad en documento mercantil, falsedad contable, alzamiento de bienes y societario que -se les venían imputando por parte de las acusaciones particulares Y LE CONDENAMOS como autor de un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de insolvencia punible, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de profesión y oficio de comerciante y dirección y administración de empresas por el tiempo de la condena y de cuatro meses de multa, con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

En concepto de responsabilidad civil Florentino indemnizará a la masa del concurso de la mercantil Popsa Construcciones SL en la cantidad de 180.000 euros que devengará el interés legal en la forma expresada en los razonamientos. Debe detraerse de dicha cantidad las que se hayan finalmente ingresado en la masa activa del concurso con motivo de la acción de reintegración ejercitada por la administración concursal y que se determine en ejecución de sentencia a la vista del testimonio del Juzgado de lo Mercantil sobre el resultado final del procedimiento incidental.

ABSOLVEMOS A Juan de los delitos de falsedad en documento mercantil, falsedad contable, alzamiento de bienes y societario que se les venían imputando por parte de las acusaciones particulares Y LE CONDENAMOS como cooperador necesario de un delito de insolvencia punible, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes muy cualificadas de dilaciones indebidas y de reparación del daño, a las penas de seis meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y de profesión y oficio de comerciante y dirección y administración de empresas por el tiempo de la condena y de dos meses de multa, con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Se condena a ambos acusados al pago de las dos quinceavas partes de las costas declarando de oficio las restantes.

Se acuerda el alzamiento de todas las medidas cautelares económicas adoptadas en relación con Juan, Pilar, Mauricio, Argimiro y Sonsoles.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber. que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el condenado que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación de los arts. 77.1º y 2º CP. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 77.3º en relación con los arts. 252, 250.1º.5º, 259.1, 2º y 259 bis nº 1 y 2 CP.

Motivos alegados por Florentino.

Motivo primero.- Por infracción de ley del n.º 1º del art. 849 LECrim. por indebida aplicación del art. 252 CP. Motivos segundo y tercero.- Por infracción de ley del n.º 1 del art. 849 LECrim., por indebida aplicación del art. 260 del CP vigente en el año 2.008. Motivo cuarto.- Por infracción de ley art. 849.1º LECrim., por aplicación indebida de los arts 116 y 123 del CP. Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por Florentino impugnando todos sus motivos; la representación legal de Florentino impugnó a su vez los motivos del Ministerio Fiscal. La representación de Mauricio y Sonsoles y Pilar evacuaron el trámite de instrucción conferido; la representación procesal de Juan interesó, en caso de estimación del motivo segundo de Florentino, la aplicación del art. 903 LECrim. La Sala admitió a trámite, los recursos quedando conculos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 7 de marzo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Discute el condenado recurrente a través del art. 849.1º LECrim la corrección de la subsunción de la conducta descrita en el apartado segundo de los hechos probados de la sentencia en los arts. 252 y 250 CP.

Recordemos sintéticamente el comportamiento enjuiciado. El acusado, a través de sendos cheques, los días 2 y 3 de agosto de 2007 cobró un total de 180.000 euros de una cuenta de la sociedad que administraba (Popsa Construcciones S.L.). Ambas salidas se contabilizaron como pago de los servicios prestados por Racing Servicomp S.L.. Sin embargo se les dio un destino diferente no esclarecido. Por sentencia recaída en procedimiento incidental dentro del proceso concursal de Popsa Construcciones se ha rescindido tal operación que agravó la situación de insolvencia a la que se hacía frente mediante tal procedimiento. Se condenó al acusado a reintegrar la cantidad.

Así presentadas las cosas, el encaje en el delito de apropiación indebida es impecable.

Pero se omiten datos indispensables.

Algunos se pueden tomar de otros apartados del hecho probado: el acusado ostentaba el 64,16 % del capital social desde el 4 de marzo de 2009 al comprar su porción (no menciona el hecho probado el porcentaje) a Mauricio. El restante estaba en manos, a partes iguales, de los cónyuges Juan y Pilar.

Otros elementos relevantes, aunque no expresados con fórmulas apodícticas, se pueden deducir tanto de los fundamentos de derecho (que a efectos de aclarar o integrar el hecho probado son utilizables si redundan en beneficio del reo), como de los antecedentes.

El fundamento de derecho segundo, al analizar esta concreta conducta, explica que no considera acreditada una connivencia de todos los socios de Popsa Construcciones para esa salida de fondos. Eso conduce a la absolución por el delito de apropiación indebida por falta de prueba a los demás acusados que conformaban la totalidad de los socios de la empresa en la fecha de esas extracciones. Así se deduce de los antecedentes de la sentencia. De ahí puede derivarse que concurrían indicios de que los restantes titulares del ente podrían haber consentido los desvíos materializados por el recurrente. Son absueltos por no haberse acreditado con el nivel de certeza que exige una condena penal que consintiesen con esa operación.

La sentencia razona a continuación que el recurrente apartó esa cantidad de su destino natural que era la satisfacción de los acreedores de la Sociedad. No se especifica, porque no ha quedado acreditado, qué destino se dio a esos fondos: incrementar el propio patrimonio, satisfacer otros créditos, reparto entre los socios... Lo único plenamente demostrado es que no pudo incorporarse a la masa concursal.

Por tanto, quedó frustrado el pago a los acreedores.

Eso -el derecho de crédito de terceros- es lo que fue burlado sin duda alguna. Pero solo eso: un único bien jurídico, lo que impide hablar de dualidad de delitos.

Si los otros acusados -restantes titulares- han sido absueltos por no ser seguro que consintiesen con esa distracción, la consecuencia lógica es considerar, al menos, posible que sí consintieran. Y si eso es una posibilidad, aceptada por el Tribunal y compatible con el hecho probado, se impone la absolución por el delito de apropiación indebida. No es sostenible que el total del accionariado de una S.A. -en este caso, total de las participaciones de una S.L- de consuno cometa una apropiación indebida o una estafa o un hurto u otro delito patrimonial contra la mercantil de la que son titulares. Si con esa hipotética conducta perjudican a acreedores estaremos ante otros delitos (alzamiento, insolvencias punibles). Pero no cabe la auto-estafa ni la auto-apropiación indebida, ni el auto-hurto. Mantener a ultranza la autonomía de la personalidad jurídica frente a la de las personas titulares es un artificio, útil en otros campos jurídicos, pero no trasplantable al ámbito del derecho penal en perjuicio del reo. Lo repudia el sentido común y sería, además, incompatible con el principio de lesividad. ¿Condenar por hurto al titular único de una Sociedad, pero no administrador, por llevarse de la caja social x euros?

Es este el planteamiento que fluye del razonamiento que se vierte en el primer motivo del recurso, aunque de forma más difusa: " durante los más de catorce años que han transcurrido desde entonces, nadie que tuviese

acciones de la compañía entonces, ni los socios que han compartido banquillo con mi representado le han recriminado dicha disposición sobre fondos sociales".

El motivo debe prosperar.

No puede trasladarse sin matices la teoría de las personas jurídicas desde el derecho privado y mercantil al terreno del derecho penal. De una forma u otra, siempre encierra esa construcción unas gotas de ficción. Sin duda, cuenta con una sólida base en la naturaleza social del hombre. Por otra parte, goza de una tradición jurídica multiseccular. No podríamos concebir el derecho y las relaciones humanas y la convivencia, sin esa atribución de una personalidad jurídica, a imagen y semejanza de la que ostentan las personas individuales, a determinados colectivos que reúnen concretas condiciones y se estructuran de cierta forma.

Ahora bien, el derecho jamás puede olvidar que detrás de una persona jurídica hay personas físicas; que las personas jurídicas actúan a través de personas físicas; y que los intereses de una persona jurídica, al final, en último término, son intereses de personas físicas al servicio de las cuales está siempre el derecho. Hablar del interés de una persona jurídica implica necesariamente hablar del interés de personas físicas. No existe un interés abstracto de una persona jurídica al margen o desvinculado de toda persona física.

En el ámbito del derecho privado se elaboró la doctrina del levantamiento del velo. Supone una modulación de la personalidad jurídica, independiente y distinta de la de sus integrantes, del ente moral.

Las presunciones, las ficciones y otras instituciones concomitantes son muy útiles en muchos campos del derecho. El derecho penal ha de manejar con cautela esas presunciones. El derecho penal es muy realista; poco amigo de ficciones. No hay inconveniente cuando juegan a favor del reo. Sí lo hay, y mucho, cuando le perjudican. En ese concreto campo -presunciones o ficciones importadas de otras ramas del derecho que agravarían la respuesta penal anudada a la conducta de una persona física- la regla general -y no la excepción- ha de ser el levantamiento del velo: escudriñar qué se esconde detrás de la persona jurídica, qué personas físicas están tras ella para, sobre esa base, perfilar la respuesta penal adecuada, proporcionada y justa.

Por supuesto que eso no opera cuando mantener con todo su rigor la personalidad jurídica independiente de la corporación juega en beneficio del reo: v.gr, no se puede aplicar la agravación derivada de la multiplicidad de perjudicados (art. 74.2 o art. 250.1.5 CP) con el argumento de que el afectado es una gran sociedad anónima que cuenta con miles de accionistas. Pero cuando la ficción determina una solución desfavorable para el reo, precisaremos de una disposición penal específica (vid art. 31 CP). Si no existe, hay que levantar el velo.

Podría argüirse que no es aceptable esa asimetría de acuerdo con una elemental idea que en el refranero ha cristalizado en el popular a las duras y a las maduras. No es argumento: en derecho penal hay muchas instituciones (aplicación analógica; retroactividad; falta de prueba...) en que el acusado puede estar solo a las maduras. Esta es una de ellas. Lo exigen principios básicos del ordenamiento punitivo.

Esa forma de operar -"levantamiento del velo"- aparece sin cortapisas en la jurisprudencia, cuando es con fines favorables al reo.

Un ejemplo es la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP que hacía la STS 42/2006, de 27 de enero:

"Todavía sería necesario analizar una cuestión que podría erigirse en impeditiva de la estimación de la excusa absolutoria. Se produciría de entenderse como perjudicada u ofendida por el delito la sociedad, como persona jurídica, y no los socios todos ellos hermanos de la querellante, entendida la sociedad como ente autónomo y distinto a sus componentes.

En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del "levantamiento del velo" con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación "in bonam partem" debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 C.P".

Idéntica doctrina mantiene la reciente STS 94/2023, de 14 de febrero. Algo de esa idea late también en las sentencias de esta Sala que han interpretado la facultad de moderación de las penas de multa cuando se imponen tanto a una persona jurídica como al administrador de la misma: ha de ponderarse el porcentaje de participación social de ese administrador para graduar la suma de ambas multas SSTS 746/ 2018, de 13 de febrero de 2019, ó 118/2020, de 12 de marzo o en el rechazo a la doble condena de la persona física y moral cuando aquélla es el titular exclusivo de ésta (STS 747/2022, de 27 de julio).

Segundo.

La estimación de este motivo priva de contenido al interesante y bien fundado recurso del Fiscal. Consta de dos motivos. El primero discute que la relación entre los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible fuese de concurso medial: sería concurso ideal. El segundo cuestiona la forma en que se ha aplicado el vigente art. 77 CP, de alambicada redacción surgida de la reforma de 2015.

Si hay que absolver por la apropiación indebida no hay concurso de delitos, ni necesidad de aplicar el art. 77 CP. El recurso del Fiscal queda, de esa forma indirecta, abocado a la desestimación.

Tercero.

Se constata sin dificultad que la desaparición de la apropiación indebida deja, en cambio, subsistente el delito de insolvencia punible anudado a esa conducta de distracción. Este único acto supone por sí solo un comportamiento encuadrable en el art. 260 CP. Se entiende fácilmente. Se entiende también que, descartada acertadamente por la Sala la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos de insolvencia punible, resulta ya intrascendente a efectos de este recurrente que las restantes conductas (apartados tercero y cuarto) puedan ser tachadas también de conformadoras o no del delito de insolvencia punible. Si hipotéticamente las suprimiésemos estaríamos ante la misma figura penal.

No obstante contestaremos a los dos motivos siguientes, aunque de forma mucho más sintética por su irrelevancia práctica.

En el hecho segundo, como razona la sentencia, la cesión efectuada a una tercera sociedad participada casualmente por los otros dos acusados, Corporación Daena, evidencia una falta de lógica económica o empresarial que convierte el intento de justificarla del acusado en algo que solo se ampara en las decisiones adoptadas en el proceso concursal en que inevitablemente es la realidad del capital existente a repartir la que prima por encima de cualquier otro criterio racional. Es lógica la inferencia de la Audiencia al estimar que esa, de dudosa racionalidad negocial, operación agravaba la crisis de la sociedad, ya al borde del concurso, para beneficiar a la empresa de algunos de sus socios (motivo segundo).

Respecto de la operación relatada en el apartado cuarto (motivo tercero), la falta de rigor que según el recurrente no es equivalente al dolo que exigía la legislación entonces vigente (art. 260 CP) sí supone in casu lo que puede encuadrarse en el dolo eventual, capaz de colmar las exigencias subjetivas de ese antiguo precepto, dulcificadas en la reforma de 2015.

Cuarto.

El motivo cuarto protesta por incluirse como responsabilidad civil la obligación de indemnizar en 180.000 euros.

Dejando a un lado la problemática de la responsabilidad civil en los delitos de insolvencia punible, y, sea cual sea la tesis que se mantenga al respecto, en este caso contamos ya con una resolución judicial que establece esa condena de orden civil. Hay cosa juzgada. Ni tendría sentido alguno, ni es procedente duplicar al pronunciamiento.

Recientemente abordaba esta cuestión la STS 138/2023, de 1 de marzo llegando a idéntica solución:

"Se cuestiona en el motivo que se haya fijado una indemnización en metálico para satisfacer la responsabilidad civil, y se alega, en contra de tal decisión, que "al determinar la existencia de una nueva obligación de indemnizar surgida en esta vía penal y que se añade a la que ya existía previamente en vías civil y laboral, lo que se genera es un enriquecimiento injusto para los denunciados que se encuentran con la posibilidad de resarcirse de sus créditos originarios, que no han desaparecido con la formulación de las denuncias, y, además, con un nuevo crédito que surge como responsabilidad civil derivada del delito que ahora se condena"; a continuación se complementa esta idea, con la tradicional doctrina, que, sobre este particular, está asentada en nuestra jurisprudencia, de que, en el delito de alzamiento de bienes, la reparación civil procede mediante la restitución de la cosa indebidamente salida del patrimonio del deudor o mediante la declaración de nulidad de los ilícitos negocios a través de los cuales se generó la situación de insolvencia.

La cuestión ha dado lugar a distintos criterios en esta misma Sala, como es el de indemnización en efectivo, seguido en las sentencias de instancia y de apelación, pero no siempre uniforme, hasta el punto de que la línea que parece venirse imponiendo va por otro camino, en el sentido de no ser partidaria de que la indemnización en el delito de alzamiento de bienes se haga efectiva en metálico, como hacíamos en STS 688/2020, de 7 de noviembre, recordando una línea jurisprudencial que hay en STSs como la 680/2019, de 23 de enero de 2020 o la 400/2014, de 15 de abril de 2014, en la que decíamos que la condena a indemnizar en una cantidad "no se corresponde con el presupuesto de imputación de la responsabilidad civil previsto en el artículo 116 CP: el daño provocado por el hecho en que consista el delito. La deuda tributaria que actúa como valor indemnizatorio es un prius fáctico del delito, pero nunca una consecuencia del mismo, por lo que la sentencia penal no puede establecer obligaciones indemnizatorias que se sitúan cronológicamente previas a la comisión delictiva.

Los únicos pronunciamientos civiles que cabe son aquellos que sirven para que los bienes que han sido objeto de ocultación o alzamiento "retornen" al patrimonio del insolvente para que de esta manera los legítimos acreedores puedan hacerse pago de sus deudas. Como se afirma en la sentencia de este Tribunal 170/2020 [sic], "el crédito previo no es transformado por la incidencia de un delito de alzamiento de bienes que por esencia ha de

ser posterior al nacimiento y constitución de la obligación. Este es un punto de partida claro. Tras la comisión del delito de alzamiento de bienes el crédito permanece sin variación alguna. El acreedor puede reclamarlo en virtud de la fuente que lo fundase -un contrato, la ley, un delito...- ante la jurisdicción correspondiente".

No es posible, por ello, constituir mediante la condena penal un nuevo título de pedir distinto al que originó el crédito pues supondría, además, modificar su propio objeto y causa, introduciendo, como consecuencia, un riesgo alto de enriquecimiento injusto".

Las consecuencias de un pronunciamiento indemnizatorio en esta causa, en iguales términos que los que ya se han establecido en los procedimientos laboral y civil, supondría duplicar un título de ejecución, cuando ya cuentan con uno en las jurisdicciones correspondientes, sin que, por tratarse de hacer efectivas unas responsabilidades civiles, las diferencias en cuanto a la ejecución varíen; ni deba convertirse este procedimiento penal en una vía para exigir una responsabilidad que no ha nacido del delito que ha dado lugar a la condena, propia, sin embargo, de las jurisdicciones en que se ha declarado" . (énfasis añadido).

En este particular ha de estimarse también este motivo.

Quinto.

El último motivo no se atiene a la disciplina de la causal de casación elegida (art. 849.2 LECrim) que exige, no solo la literosuficiencia del documento esgrimido (declaraciones fiscales de Racing Servicomp S.L. del año 2007), sino, también, que lo que se quiere acreditar no esté contradicho por otros elementos de prueba.

El recurrente sostiene que la cantidad se destinó al pago de la deuda existente con esa sociedad.

No es propiamente prueba a esos efectos (elemento contradictorio con el documento invocado) la sentencia recaída en el incidente del proceso concursal referida a los 180.000 euros. Esa sentencia no obstaculiza esa sentencia la viabilidad del motivo: no hay prejudicialidad positiva en el proceso penal. Pero sí constituyen prueba las declaraciones personales de los administradores de la indicada sociedad que negaron haber recibido esas cantidades. Eso echa al traste la viabilidad del motivo. El art. 849.2º LECrim exige que lo que se pretende acreditar con el documento no venga contradicho por otro elemento de prueba.

Sexto.

Habiéndose estimado el recurso de Florentino y no prever la ley una condena en costas al Ministerio Publico en atención a su relevante papel institucional deberán declararse de oficio todas las causadas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Florentino contra Sentencia de fecha 7 de junio de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra el recurrente por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible; por estimación de los motivos primero y cuarto de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, con declaración de las costas de este recurso.

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Audiencia y Sentencia arriba referenciada, declarando las costas de este recurso de oficio.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 3889/2021

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

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. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 11 de abril de 2023.

Esta sala ha visto la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Arenys de Mar, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima), y que fue seguida por delitos de apropiación indebida e insolvencia punible contra Florentino y otros, en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, así como sus hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Los hechos, según se ha razonado en la sentencia anterior, no constituyen delito de apropiación indebida, acusación por la que deberá recaer pronunciamiento absolutorio.

Segundo.

La pena por el delito objeto de condena -insolvencia punible exclusivamente- ha de rebajarse en un grado como consecuencia de la atenuante cualificada apreciada. UN AÑO de prisión y MULTA DE CUATRO MESES con la misma cuota constituyen extensiones ponderadas.

Tercero.

En lo no afectado por ésta se aceptan y asumen los fundamentos de la sentencia de instancia.

FALLO

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

- 1.- Que debemos ABSOLVER a Florentino del delito de agrupación indebida por el que venía siendo acusado.
- 2.- Que debemos condenar a Florentino por el delito de insolvencia punible definido en la sentencia de instancia a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN con la accesorias legales establecidas en la citada sentencia por el tiempo de la condena y MULTA de CUATRO MESES con una cuota de SEIS EUROS y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.
- 3.- Se suprime el pronunciamiento sobre responsabilidad civil (indemnización).
- 4.- Las costas de la instancia se reducen proporcionalmente.

En el resto se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con ésta.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

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.