

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067089

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 957/2023, de 21 de diciembre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 7674/2021

SUMARIO:

Delitos de defraudación a la seguridad social. Conductas de alzamiento como mecanismo defraudatorio. Intención defraudatoria.

No basta el impago para colmar la tipicidad del art. 307 CP del Delito de defraudación a la seguridad social, siendo necesario que concurra un ardid o una mecánica engañosa que pueda ser identificada como causal respecto del impago en el monto establecido en el CP para discriminar las infracciones penales de las puramente administrativas. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación apuntan a dos circunstancias para alegar la defraudación: el entramado de empresas creado; y el vaciamiento patrimonial de alguna de ellas sustentado por que se apoya en las declaraciones de la contable (extracción de las cuentas corrientes para impedir embargos).

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el código penal para la existencia del delito se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.

La existencia de un grupo de empresas con formas societarias diferenciadas, pero estrechamente vinculadas por la común titularidad y gestión unificada permite considerarlas como único deudor a los efectos de computar las cuantías previstas en el art. 307 CP. Pero esa pluralidad de empresas, si sus relaciones son transparentes y sus vinculaciones no se ocultan ni disimulan, no constituye por sí y sin otros aditamentos un mecanismo defraudatorio. Sin embargo, sí se detecta una conducta de vaciamiento patrimonial que pudiera reunir las condiciones para elevar a la categoría de defraudación el impago. No puede excluirse del radio del art. 307 ese mecanismo defraudatorio para llevarlo de forma indeclinable e insustituible al ámbito del art. 257 CP (alzamiento de bienes). No podemos acudir a tal precepto que no ha sido invocado, pues quedaría malparado el derecho a ser informado de la acusación, pero sí podemos preguntarnos si esa modalidad de fraude permite mantener en pie la condena dictada y la respuesta será negativa. No es posible la condena por delito del art. 257 CP por razones del derecho a ser informado de la acusación.

PRECEPTOS:

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

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. 957/2023

Fecha de sentencia: 21/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7674/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2023

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

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7674/2021

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 957/2023

Excmos. Sres. y Excmo. 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 21 de diciembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 7674/2021 interpuesto por Carlos Miguel representado por el procurador Sr. D. José Carlos Anero Bartolomé y bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Sancho Quirce contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 26 de noviembre de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Palencia que condenaba al acusado Carlos Miguel, por delito contra la seguridad social. Ha sido parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social representada

por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D.^a Patricia Altozano Derqui. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 7 de Palencia, inició PA con el número 527/2017, seguido contra Carlos Miguel. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palencia que dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2021 que recoge los siguientes Hechos Probados:

"1) Que Carlos Miguel, de nacionalidad española, con DNI nº NUM000, mayor de edad y con antecedentes penales cancelados, creó un entramado de empresas (bajo la dirección efectiva del aludido) destinado a la explotación de una actividad de restauración (principalmente celebración de eventos tales como bodas) con el mismo patrimonio, domicilio social, trabajadores y activos y cediéndose trabajadores de una a otra empresa.

2) Las empresas creadas fueron las siguientes:

a) HOSTERÍA DE SAN MIGUEL (CIF B34192666) que inició sus operaciones mercantiles en fecha 26 de octubre de 2000 y que tiene establecido su domicilio social en la C/ Arrabal 31 de Piña de Campos (Palencia). Entre otros, su objetivo social es " la actividad de restaurante, hotel, casa rural, así como los servicios de alojamiento y de comidas y bebidas de todo tipo". La administradora única de la sociedad es la acusada Lidia desde el 28 de julio de 2011 y consta como apoderado desde el 24 de enero de 2003, Carlos Miguel, el cual había ejercido el cargo de administrador único, desde el 15 de diciembre de 2005 hasta el 9 de agosto de 2011, fecha en la que es nombrada su mujer, Lidia.

Como acontecimientos a reseñar en relación con esta empresa constatamos que los acusados en fecha 30 de Octubre de 2004 actuando Lidia como administradora de HOSTERÍA DE SAN MIGUEL y arrendadora y Carlos Miguel como administrador único de EMPRESAS MARTÍN DONCEL S.L. y arrendatario, celebraron un contrato por el que HOSTERÍA DE SAN MIGUEL cedía en arrendamiento un local de hostelería, sito en la C/ Arrabal 31-33 de Piña de Campos a MARTÍN DONCEL S.L. El precio del alquiler era de 2000 € en los meses de junio a octubre y de 1000€ el resto del año. Y así también que en fecha 27 de octubre de 2010 JANOR S.L. se convirtió en JANOR S.L.U., al adquirir el 100% del capital social, EMPRESAS MARTÍN DONCEL, y en fecha 29 de noviembre de 2012, Carlos Miguel como administrador único de EMPRESAS MARTÍN DONCEL y JANOR S.L.U. y Lidia, como administradora única de HOSTERÍA DE SAN MIGUEL, otorgaron escritura pública mediante la cual: EMPRESAS MARTÍN DONCEL vendió el 100% del social a HOSTERÍA DE SAN MIGUEL, que la adquirió por 6010'12 € y Carlos Miguel hacía constar que el socio único de HOSTERÍA DE SAN MIGUEL era él, lo que ya figuraba en el libro de socios, y también que las personas físicas que eran titulares o tenían el control de un porcentaje de capital igual o superior al 25%, eran los tres hijos menores de los dos acusados.

b) EMPRESAS MARTÍN DONCEL (CIF 84115823) que inició su andadura mercantil el día 27 de septiembre de 2004, con domicilio social en la C/ Montealbillo 7, 5º de Algete (Madrid) siendo, entre otros, su objetivo social " la actividad de restaurante, hotel, casa rural así como los servicios de alojamiento y de comidas y bebidas de todo tipo". El administrador mercantil de la sociedad es Carlos Miguel. EMPRESAS MARTÍN DONCEL y tiene como domicilio social declarado en la Agencia Estatal Tributaria (en adelante AET) y en la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS), la C/ Arrabal 31 de Piña de Campos, aunque también ha tenido oficina abierta en la C/ Patio de Castaño 4 de Palencia.

c) JANOR S.L.U. (CIF 47054473) inició sus operaciones mercantiles el 22 de enero de 1986, con domicilio social en la C/ Santiago 15, 2º C de Valladolid, siendo su objeto social " el mantenimiento y la explotación de industrias de hostelería, tales como bares, cafeterías, salas de baile o restaurantes". El administrador y socio único de esta empresa es el acusado Carlos Miguel. JANOR S.L.U. siempre ha llevado a cabo su actividad hostelera en el local sito en la C/ Patio Castaño 5 de Palencia, bajo la denominación "Las Calabazas" y con posterioridad "Gambrinus".

d) FUENTEMANÍA que empezó su actividad mercantil el día 16 de junio de 2003, con domicilio social en la C/ Arrabal 31 de Piña de Campos, siendo su objeto social "l a realización de la actividad de preparación y venta de toda clase de comidas y bebidas (restaurante, bar, cafetería) así como la de hospedaje y alojamiento de personas, bien sea como hotel, motel, albergue, casa rural o cualquier otro tipo". El administrador único y único socio de la sociedad es, desde 10 de julio de 2003, el acusado Carlos Miguel.

e) RESTURPAL (CIF 34255075) que comenzó sus operaciones mercantiles el 28 de julio de 2011, con domicilio social en la C/ Arrabal 35 de Piña de Campos, domicilio social que después se cambió al Paseo del Canal 13 de Villamuriel de Cerrato, siendo el objeto social de dicha entidad " la prestación de servicios de catering, alimentación colectiva, con provisión de comida y bebida en fiestas, eventos y celebraciones de todo tipo, con

aportación tanto de materiales precisos para el desarrollo del evento, como la prestación del propio servicio de camareros". El administrador único de la mercantil es Carlos Miguel y el único socio desde la constitución social hasta el día 15 de junio de 2012, es EMPRESAS DIEZ MORALES S.L. y desde ese día el socio único es RESTAURANTE CASA DAMIÁN S.L.

f) EMPRESAS DIEZ MORALES S.L. (CIF 34248286) que inició sus operaciones mercantiles el 19 de febrero de 2010 y tiene domicilio social en la C/ Arrabal 35 de Piña de Campos (Palencia), aunque desde el día 28 de junio de 2012, este domicilio también se trasladó al Paseo del Canal 13 de Villamuriel de Cerrato, siendo su objeto social " la explotación de todo tipo de negocios de hostelería, como restaurantes, hoteles, casas rurales, así como los servicios de alojamiento y de comidas y bebidas de todo tipo". El administrador único de la sociedad lo fue Carlos Miguel desde el inicio de la actividad hasta el 28 de junio de 2012, siendo que en esa fecha le sucedió su hermano Gabino y a partir del 16 de septiembre de 2013, su hermana Agueda.

g) RESTAURANTE CASA DAMIÁN (CIF 34032300) que inició sus operaciones mercantiles el día 8 de junio de 1987 con domicilio social en la C/ Ignacio Martínez de Azcoitia nº 9 de Palencia, siendo su objeto social " restaurante y casa de comidas". De dicha entidad, en fecha 29 de agosto de 2011, Carlos Miguel comenzó a ser administrador único.

h) BODAS Y EVENTOS PIÑA, que se constituyó como nueva sociedad el día 23 de marzo de 2016, que se dedica y se dedicó a la " celebración de bodas y otros eventos". La administradora única de esta sociedad es Lidia, aunque figura como apoderado Carlos Miguel.

De la misma el 90% del capital social corresponde a HOSITERÍA DE SAN MIGUEL S.L. La actividad empresarial de BODAS Y EVENTOS PIÑA se realiza en el local sito en la C/ Arrabal 31 y 33 de Piña de Campos en el que no sólo se atiende el negocio de hostelería sino que se encuentra el domicilio familiar de los acusados.

3) Resumiendo y completando lo hasta aquí dicho y para mejor comprensión de los hechos que declaramos probados, también declaramos que el año 1986, se constituye JANOR S.L., siendo su actividad la de " restauración", desarrollando dicha actividad en el domicilio sito en la C/ Patio de Castaño 5 de Palencia. Su administrador único lo era Carlos Miguel. En el año 2003, se creó la mercantil FUENTEMANÍA S.L. y en el 2004 las empresas MARTÍN DONCEL S.L. y así sucesivamente hasta seis empresas más, siempre con la misma actividad empresarial relacionada con la hostelería y la organización de eventos de restauración empresas de las que Carlos Miguel ostentó la administración; el patrimonio de las sociedades siempre era el mismo, también eran los mismos los proveedores, y las acciones de las empresas se repartían entre los acusados, sus hijos menores y las otras empresas del grupo empresarial y dicha situación duró desde la constitución de las sociedades hasta cuando menos el año 2016.

4) La primera empresa creada, JANOR S.L.U., generó deuda a la Seguridad Social desde el año 2011 porque el acusado impagaba las cuotas patronales.

5) Veinte trabajadores prestaron servicios laborales para cuatro empresas distintas de las que hemos citado, entre las que no estaban HOSITERÍA DE SAN MIGUEL y BODAS Y EVENTOS PIÑA.

6) HOSITERÍA DE SAN MIGUEL y BODAS Y EVENTOS PIÑA eran las dos únicas empresas de las citadas que no tenían deuda con la Seguridad Social, siendo que la única con patrimonio conocido es HOSITERÍA DE SAN MIGUEL.

7) Carlos Miguel tenía el dominio de hecho sobre BODAS Y EVENTOS PIÑA y no sólo trabajaba en la sociedad como cocinero, sino que era el apoderado y de facto daba todas las órdenes, al igual que en el resto de sociedades.

8) Mientras Carlos Miguel gestionaba JANOR S.L., desde 2011 hasta 2016 incumplió el pago de las cuotas patronales y obreras.

9) Que la dificultad de satisfacción de la deuda con la Seguridad Social por parte de Carlos Miguel trae causa no sólo del entramado de empresas que hemos descrito que impedía hacerse cobro de la misma por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social ante las dificultades jurídicas que ello presentaba, hecho lógicamente achacable al aludido Carlos Miguel, sino también a que Carlos Miguel ordenó a la contable de la empresa, D^a Encarnacion que a primera hora de cada día acudiese al banco o entidad bancaria con la que operaba el aludido para que retirase en metálico cualquier cantidad que se hubiese ingresado por la celebración de eventos en el día anterior, y se las entregase directamente al acusado. De esta forma Carlos Miguel impedía que las cantidades que percibía fuesen embargadas por la Seguridad Social.

10) Que JANOR S.L.U. resultó totalmente descapitalizada, entre otras razones por lo advertido en el anterior apartado, solicitándose el concurso voluntario de acreedores en julio de 2016, petición que dio lugar al expediente NUM001 del Juzgado de lo Mercantil de Palencia; procedimiento en el que el Ministerio Fiscal calificó el concurso como culpable.

11) Que la insolvencia de dicha empresa se había manifestado ya con el impago consecutivo de las cotizaciones de los trabajadores a la TGSS durante los meses de noviembre, diciembre de 2012 y enero de 2013.

12) La Resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Palencia, de fecha 4 de octubre de 2016, declaró a la empresa HOSITERÍA DE SAN MIGUEL S.L. responsable solidaria del pago

de la deuda contraída con la Seguridad Social por las EMPRESAS MARTÍN DONCEL, JANOR S.L.U., RESTURPAL, EMPRESAS DIEZ MORALES, RESTAURANTE CASA DAMIÁN y Carlos Miguel, por un importe de 597.628'21 € .

13) La Tesorería General de la Seguridad Social desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, en fecha 5 de junio de 2018 dictó sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la anterior resolución.

14) Que la empresa HOSTERÍA DE SAN MIGUEL mantiene una deuda hasta la fecha actual con la Seguridad Social por los siguientes conceptos relativos a las siguientes anualidades:

- i. Año 2011: 23.714' 95 euros.
 - ii. Año 2012: 125.073' 91 euros.
 - iii. Año 2013: 105.389' 89 euros.
 - iv. Año 2014: 121.427 '11 euros.
 - v. Año 2015: 78.929 '53 euros.
 - vi. Año 2016: 28.649 '69 euros.
- La deuda total asciende a 483.185 '08 euros.

15) Que en consecuencia de lo dicho en los apartados 12 y 13, pero no de BODAS Y EVENTOS PIÑA, la deuda de HOSTERÍA DE SAN MIGUEL es derivación de la responsabilidad solidaria de las empresas EMPRESAS MARTÍN DONCEL, JANOR S.L.U., RESTURPAL, EMPRESAS DIEZ MORALES, RESTAURANTE CASA DAMIÁN y Carlos Miguel; pero no de BODAS Y EVENTOS PIÑA.

16) Que Carlos Miguel adeuda a la TGSS, como empresario individual, al margen de la deuda de las empresas a que nos hemos referido, la cantidad de 22.726 '58 euros.

17) En fecha 21 de marzo de 2019 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Mercantil de esta ciudad, que declaró CULPABLE el concurso de JANOR S.L.U. siendo afectado por la calificación Carlos Miguel y la causa de tal declaración el incumplimiento del deber de solicitar el concurso dentro del plazo legal; incumplimiento achacable a su administración".

Segundo.

La parte dispositiva de la sentencia establece:

"Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a D. Carlos Miguel como autor de un delito del artículo 307 del Código Penal, ya definido, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 7/2012, en continuidad delictiva con otro delito definido en el artículo 307 bis 1. a) del vigente Código Penal en la redacción dada a dicho artículo por la Ley Orgánica 7/2012, a la pena de CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, multa de 966.370'16 €, con responsabilidad personal sustitutoria en caso de insolvencia o impago del artículo 53.2 del Código Penal de seis meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro años y que indemnice en concepto de responsabilidad civil a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en la cantidad de 483.185' 08€; y al pago de las costas de este juicio incluidas las de la acusación particular derivadas de la acción contra él dirigida.

Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente y con todos los pronunciamientos favorables, a D^a Lidia de los delitos de los que venía acusada sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas derivadas de la acción que se venía dirigiendo contra ella.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá la oportuna certificación al rollo de Sala conforme ordena el artículo 266.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos; debiendo notificarse a las partes en legal forma con la advertencia de que no es firme por cuanto cabe interponer contra ella recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; recurso que deberá interponerse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiera notificado dicha resolución, debiendo formalizarse conforme a lo establecido en los artículos 790 y 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 846 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal)".

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de apelación por Carlos Miguel, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que aceptando los hechos probados de la resolución impugnada, dictó Sentencia, con fecha 26 de noviembre de 2021 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Miguel contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2021 dictada por la Audiencia provincial de Palencia a que este rollo se refiere, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con expresa imposición al recurrente de las costas causadas en la presente instancia.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos.

Cuarto.

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

Motivos alegados por Carlos Miguel.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 307 CP en su redacción anterior a la LO 7/2012 y del vigente art. 307 bis 1.a. CP. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba basado en documentos.

Quinto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su desestimación. La parte recurrida, TGSS, igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de diciembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Dos motivos integran el recurso. Maneja los dos ordinales del recurso de casación por infracción del ley del art. 849 LECrim: error iuris (motivo primero) y error facti (motivo segundo). La secuencia lógica es la inversa a la propuesta por el recurso. Antes de revisar la corrección de la calificación jurídica es necesario agotar el debate sobre los temas de carácter fáctico. Solo contando con un relato ya definitivamente perfilado estaremos en condiciones de debatir sobre su relevancia o irrelevancia penal y la presencia -o no- de todos y cada uno de los elementos que nutren la tipicidad aplicada.

Empezamos, así pues, por el segundo de los motivos.

Identifica el recurrente varios documentos obrantes en las actuaciones con los que se propone desvirtuar los elementos sobre los que la Audiencia y, luego, el Tribunal Superior de Justicia han construido el componente defraudatorio necesario para que el impago de las deudas con la seguridad social invada lo penalmente prohibido.

El alegato que se canaliza por esta vía en casación, se presentaba a través de una senda menos angosta en una apelación: error en la valoración de la prueba. Y es que, ciertamente, las facultades revisoras de la valoración probatoria son mucho más holgadas en apelación. En casación solo una prueba documental y literosuficiente y sin ningún otro elemento probatorio contradictorio, puede llevar a alterar el relato fáctico.

Sí es factible verificar el respeto a la presunción de inocencia y expulsar del relato fáctico aquellas aseveraciones de signo inculpatario y perjudiciales para el acusado que no cuenten con prueba de cargo suficiente.

No podemos descartar esta segunda óptica, que de algún modo, está implícita en la queja formalizada al amparo del art. 849.2º LECrim.

Esta específica palanca casacional (art. 849.2º), por sus marcadas y rigurosas exigencias, no permitirá la estimación del motivo. Sería preciso que los documentos invocados demostrasen de forma palmaria que no concurría un ánimo defraudatorio. Dificilmente puede acreditarse eso con prueba documental. Si los elementos

internos o psíquicos -intención, propósito, móvil- habitualmente se desprenden de indicios y no de pruebas directas, para atacar esa inferencia, será necesario manejar otros elementos accesorios o indiciarios. Los documentos que se enarbolan podrán añadir nuevos datos indiciarios para una valoración conjunta; pero nunca podrán demostrar de forma fehaciente, según exige el art. 849.2º, que no hubo ánimo defraudatorio.

Desde esa perspectiva tienen razón tanto la representante del Ministerio Fiscal como la acusación particular al negar cualquier viabilidad al motivo en el formato con que ha sido presentado, dadas las exigencias del art. 849.2º jurisprudencialmente interpretado.

Sin embargo sí podemos rescatar algunos datos útiles a efectos de encarar posteriormente el primer motivo. Se discute la presencia de una conducta defraudatoria lo que compromete dos niveles de análisis. Por un lado, el estrictamente jurídico: qué hemos de entender por fraude a efectos del art. 307 CP. Pero, de otro, un plano más factual: la fortaleza de los indicios que sostienen esa inferencia de la Sala de instancia, refrendada ulteriormente en apelación y la relación de causalidad entre las concretas maniobras defraudatorias y la deuda pendiente.

Segundo.

Los documentos invocados tratan de demostrar y efectivamente demuestran, al menos en alguna medida:

a) Que no existía una total confusión entre las empresas que gestionaba el recurrente, como se derivaría de los contratos de arrendamiento concertados entre algunas de ellas, diferentes domicilios sociales en algunos casos y actividades no necesariamente coincidentes. No se habría producido (lo que no afirma, por otra parte, la sentencia) una sucesión fraudulenta de empresas. Desenvolvían sus respectivas actividades de forma simultánea. Puede admitirse esa conclusión que, desde luego, no desacredita sin más la condena dictada, aunque puede arrojar alguna incertidumbre sobre una de las piezas sobre las que la Audiencia y el Tribunal apoyan, aunque sin demasiado fundamento, la intención defraudatoria: el entramado de empresas, parece indicarse, tendría por finalidad opacar la actividad total y dificultar la realización de las deudas. Las distintas empresas, según tales documentos parecían gozar de una cierta autonomía, aunque, es obvio que resulta exagerado decir que carecían de vínculos entre sí. Son patentes aunque solo sea por la común titularidad, sin que falten muchos otros datos que acreditan esas estrechas relaciones que tampoco se ocultan. Hay transparencia total: idéntica titularidad en último término, idéntica administración. No existe el más mínimo disimulo, al menos respecto de Janor Martín Doncel y Hostelería San Miguel (letra a) del hecho probado).

b) En otro orden de cosas y en relación a la entidad JANOR S.L., se hace valer el informe de la administración concursal sobre su falta de liquidez explicándose que se produjo "por la crisis del sector y económico general, la retirada de una de sus terrazas, la dificultad para obtener financiación y las deudas con la Seguridad Social y hacienda". Se puede aceptar la indicación pero con unos limitadísimos efectos. Ese informe no obliga a un órgano judicial a dar por probado que la causa de la situación de insolvencia fuese la crisis económica o cualesquiera otras apuntadas en el informe; solo a considerar acreditado que la Administración concursal lo estimó así en ese informe, en opinión que puede considerarse más o menos valiosa, pero que no vincula a nadie; menos a un órgano de casación.

c) También puede aceptarse que no todas las empresas compartían domicilio como en algún momento parece sugerir -solo sugerir- el hecho probado. Está desmentido por la documentación. En todo caso, el dato es también muy secundario. Milita a favor de la tesis del recurrente, pero, es perfectamente compatible con los hechos que sustentan la condena. Pudo haber fraude aunque todas tuviesen un domicilio propio exclusivo; como podían compartir domicilio sin que eso implique inexorablemente la existencia de fraude. Las vinculaciones son fundamentalmente personales: el acusado era el gestor, oficial o de facto, de todas ellas; y su principal y destacadísimo titular, en exclusiva o con familiares.

d) Tampoco hay que sobredimensionar la circunstancia de que pudiesen compartir en ocasiones esporádicas y no estabilizadas algunos trabajadores. El recurrente expone su versión sobre esas dobles vinculaciones laborales, no superpuestas según alega, acudiendo a la modalidad de contratación para un concreto evento, por unas horas (extras). En el contexto de la sentencia tampoco el dato que se ofrece incidentalmente (número de trabajadores que habría desempeñado tareas para varias de las empresas) aporta nada determinante a los efectos de fraude. La sentencia no afirma que eso sirviese para ocultar o esconder cuotas, o para no declararlas o confundir. En la medida en que la declaración de hechos probados no indica nada complementario a ese dato, pierde toda relevancia a efectos de construir el fraude. Tampoco la pericial iluminó sobre este aspecto. Tenía todo el sentido la pregunta que dirigió la Presidencia a los inspectores de la Seguridad Social emplazándoles a que indicaran por qué esa pluralidad de empresas y traspaso puntual de trabajadores podría servir para ocultar deudas. No se le ofreció una explicación satisfactoria; mas bien evasivas.

e) Por fin, puede admitirse como cierto, pero a los solos efectos ya indicados de valorar los indicios del ánimo defraudatorio, que el acusado vino realizando pagos periódicos a la Seguridad Social como consecuencia de aplazamientos solicitados. Así resulta de la documentación designada: pago de 16.500 euros; otros varios por

importe superior a seis mil euros; además de 18.200 euros resultantes de abonos periódicos. No es exacto hablar de impago total. Pero igualmente pagos parciales y ánimo defraudatorio pueden convivir sin conflicto alguno.

El motivo no puede ser estimado en los términos que propone el recurrente en tanto tales apreciaciones, admisibles, no desvirtúan por sí mismas el delito. El discurso sirve, empero, para extraer datos que habremos de tomar en consideración al analizar en el motivo primero la presencia o no de ánimo defraudatorio, elemento subjetivo del delito del art. 307 que, perteneciendo a la *quaestio facti*, precisa de un soporte probatorio suficiente para afirmarlo; así como de la concurrencia o no de concretas y relevantes mecánicas defraudatorias que sobrepasen el simple impago.

Tercero.

Queda así despejado el panorama para adentrarnos en lo que constituye el primer motivo y, además, núcleo esencial del debate propuesto. Aunque el argumentario se canaliza a través del art. 849.1º LECrim, sugiriendo que se trata de una cuestión normativa, en realidad el problema es más fáctico que jurídico. No hay duda de que para cometer el delito del art. 307 CP se exige algo más que el mero impago de las deudas a la Seguridad Social; algo que ha de venir representado por una argucia, un artificio o ardid idóneo para ocultar las deudas... o para impedir o dificultar mediante engaños o maquinaciones el cobro.

Así lo sostienen correctamente la sentencia de instancia y la de apelación.

El hecho probado habla específicamente de ánimo defraudatorio. No basta esa locución. Sería concepto predeterminante, (art. 851.1º) insuficiente si no va acompañado de la descripción de conductas en que se identifica ese mecanismo engañoso o artificio activado para lograr el fraude, que supone algo más que un perjuicio patrimonial. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación apuntan a dos circunstancias: el entramado de empresas creado; y el vaciamiento patrimonial de alguna de ellas (primordialmente JANOR) sustentado por que se apoya en las declaraciones de la contable (extracción de las cuentas corrientes para impedir embargos).

Cuarto.

Decía el larguísimo art. 307 CP tras la reforma de 2012:

"1. 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 será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales..."

Y el art. 307 bis:

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

2. A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 307.

3. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años".

Antes de 2012 la línea divisoria entre la infracción administrativa y la penal se situaba en 120.000 euros computados en relación al año natural.

Estamos, según conviene doctrina y jurisprudencia, ante un delito especial, es decir, de aquellos que solo pueden ser cometidos por un círculo específico de sujetos; en este caso, quien en virtud de la legislación sectorial está obligado al pago de las cuotas de seguridad social o conceptos de recaudación conjunta. Los elementos normativos jurídico-administrativos manejados por el tipo conducen a un presupuesto del delito consistente en la existencia de una relación jurídica entre la Seguridad Social y el empresario o empleador. Las conductas defraudatorias de omisión sólo pueden realizarse por el obligado; no por un tercero ajeno a esa relación.

Esta cuestión podría alimentar algunas dudas en el presente caso. No son tratadas de forma cristalina y explícita por la sentencia. El recurso sí las insinúa. Obligados son las distintas empresas que contaban con los trabajadores a su servicio. ¿Es posible sumar las deudas de unas y otras para alcanzar las cuantías previstas en los preceptos aplicados? En caso negativo, será preciso determinar si los mecanismos de derivación de la deuda que contempla la legislación sectorial permiten desplazar la responsabilidad penal al sujeto al que se han derivado esas responsabilidades, como sucede aquí con la empresa principal.

Los obstáculos son sorteables. No son realmente tales.

Es claro, de un lado, que al recurrente le es trasladable esa cualidad especial en virtud del mecanismo establecido en el art. 31 CP -actuaciones en nombre de otro-. El era administrador de derecho en la mayor parte de los casos y en alguno, al menos administrador de hecho, de las empresas deudoras.

Por otro lado, las estrechas relaciones entre todas las empresas y la común o casi común titularidad consiente esa contemplación global o conjunta: estamos ante un único empresario y un único negocio aunque formalmente esté despiezado y diversificado a través de entes societarios diferenciados. No puede convertirse esa metodología en una forma de eludir la responsabilidad penal por la vía de fraccionar artificiosamente la deuda con la seguridad social que materialmente ha de asumir un empresario. El mecanismo de interponer varias personas jurídicas detrás de las cuales se halla el mismo sujeto invita levantar al velo a estos efectos: un velo que en este caso es transparente. No logra tapar -ni lo intenta seguramente- la realidad empresarial única.

Es importante detenerse algo más en esta consideración en tanto la Audiencia siguiendo la senda abierta por los actuarios que depusieron en el acto del juicio oral enfatiza la pluralidad de empresas diferenciadas pese a sus vinculaciones como uno de los medios engañosos o fraudulentos urdidos al servicio del objetivo de no atender a las obligaciones con la seguridad social. En verdad sucesiones aparentes de empresas o sociedades, que se sustituyen unas a otras de forma oculta, entramados societarios en que se esconden, disimulan o enturbian las relaciones entre unas y otras son fórmulas que pueden ingenjarse con ese objetivo defraudatorio. En la jurisprudencia encontramos precedentes de delitos del art. 307 en cuya base se encuentran esos mecanismos.

Pero en este caso no parece -o al menos ni se describe en el hecho probado ni lograron explicarlo los actuarios en su deposición conjunta en el acto del juicio oral, pese a ser concretamente preguntados por ello por la Presidencia- que esa pluralidad de empresas inequívocamente ligadas entre sí haya servido para ocultar deudas o para dificultar de una forma relevante el cobro. No aparece en ningún momento, ni siquiera insinuado, que se hayan dejado de declarar las deudas; ni que se haya utilizado la contratación por horas de algunos trabajadores para disminuir o encubrir la obligación de cotización. Tampoco existía dificultad alguna de comprobar cómo la empresa a la que finalmente se ha cargado toda la deuda - Hostería de San Miguel- era en efecto responsable solidaria (a ella correspondía el 100 % de Empresas Martín Doncel y a través de ella, de la principal deudora de la Seguridad Social JANOR SLU). La derivación de responsabilidad se ha efectuado de forma sencilla conforme a lo previsto en la ley y sin necesidad de indagaciones especiales (SSTS Sala 4ª 2482/2016, de 2 de junio, 1673/2016, de 8 de julio). Asignar a la existencia de esa pluralidad de empresas vinculadas la categoría de mecanismo defraudatorio y engañoso es una aseveración hueca.

A estos efectos tampoco es desdeñable la contrastada afirmación que efectúa el recurrente explicando -lo que es rigurosamente cierto respecto de la principal deudora JANOR- que no siempre eran sociedades creadas por él. Esa, al menos, venía funcionando desde mucho tiempo antes. Fue adquirida por el recurrente a través de otras sociedad manteniendo, al menos formalmente, su autonomía y asumiendo a algunos de sus trabajadores (por ejemplo, la contable que depuso como testigo).

Quinto.

El recurrente apunta a la ausencia de un mecanismo engañoso o la inexistencia de ardid para eludir las deudas: estaríamos ante simples impagos, unos débitos que se reconocen y no se han tratado de ocultar. El discurso en los tramos finales del anterior fundamento se ha deslizado a ese terreno. Analicémoslo con un horizonte más amplio.

Es pacífica -reiteramos- la estimación de que los meros impagos no rellenan las tipicidades manejadas. Se hace indispensable, identificar unos mecanismos fraudulentos, normalmente asociados a la ocultación de la deuda. La creación de empresas ficticias, entramados empresariales con complicadas estructuras que permiten tapar a los reales responsables, la fraudulenta sucesión de empresas para romper los hilos con deudas preexistentes..., son algunos de los mecanismos habituales aptos para generar un engaño y colmar el elemento de fraude que requieren

estas tipicidades. Cuando se usan esos artificios para ocultar deudas o para fingir la desaparición de la deudora, e imposibilitar el cobro, estaremos ante modalidades de fraude.

Pero no basta hablar de entramado de empresas para que quede dibujado el elemento de fraude. El hecho probado, como hemos dicho, es en este punto escasamente descriptivo. Enumera las diversas empresas que controlaba el acusado, pero exponiendo la participación en cada una, y sus administradores y socios. Son estructuras muy simples y transparentes. Por más que sea llamativa esa diversificación, salta a la vista, sin intento alguno de disimulo, la vinculación entre todas. De hecho ha servido para a través de las herramientas presentes en el régimen de recaudación de la Seguridad social derivar la responsabilidad a la empresa principal como responsable solidaria. No se han tapado ni las deudas ni sus responsables.

Tampoco se alude en el hecho probado a que esa diversificación sirviese para esconder deudas o trabajadores o disimular datos relevantes; ni contiene la más mínima insinuación de que se omitiesen los boletines periódicos de cotización o se ocultasen deudas o trabajadores o se falseasen los datos. No podemos presumir, en contra del reo y sin constancia en el hecho probado, ninguna de esas circunstancias. In casu la pluralidad de empresas bajo control del acusado ahora recurrente no se presenta -al menos es imposible deducirlo del relato fáctico- como un mecanismo defraudatorio. Y los intentos de la Presidencia de precisarlo no se vieron satisfechos por las consideraciones de los peritos.

Podría ser un ardid en una segunda fase, si esa claridad en la declaración de lo debido fuese acompañada de fórmulas de confusión de patrimonios para aparentar la insolvencia de las deudoras, por el mecanismo de desviar sus ingresos a otras empresas. Eso no es ya un problema de entramado social, sino de vaciamiento patrimonial que podrá hacerse con otras empresas o valiéndose del propio patrimonio personal. Esta perspectiva habría que ligarla más a la forma de operar que describió la contable en su declaración como testigo -vaciamiento patrimonial- que a la pura y simple pluralidad de empresas.

Sexto.

Ese enfoque nos hace recalcar en la problemática de las relaciones entre las insolvencias punibles y los delitos contra la Seguridad Social. No se trata ahora tanto de dilucidar si cabe concurso de delitos entre ambas figuras. Lo que interesa es plantearnos si la presencia en el Código Penal desde 2015 de unas infracciones específicas de insolvencia en que están inequívocamente contempladas las deudas contra la seguridad social, acarrea como consecuencia exegética insoslayable el desplazamiento de los mecanismos defraudatorios ligados al pago (se ocultan o distraen bienes para eludir embargos, pero no se ocultan las deudas) del ámbito del art. 307 a los delitos de insolvencia punible.

Si se conviene que la insolvencia fraudulenta es un mecanismo apto para provocar el delito del art. 307 ¿qué tipo vendrá en aplicación? ¿el constituido por el genérico delito de defraudación de deudas a la seguridad social o el alzamiento, agravado por tratarse de deudas públicas?

Si consideramos que "alzarse" con los bienes propios para eludir el pago de una deuda no es más que una modalidad de la conducta "defraudar", el planteamiento teórico da un notable vuelco. Entre los delitos del art. 307 y 257 CP habría una relación de concurso de normas y no de concurso delictivo, siempre y cuando la conducta identificada sea una y la misma; no, empero, cuando se defrauda ocultando las deudas y posteriormente, aflorada la deuda, se provoca la insolvencia con el fin de eludir su pago. En ese supuesto estaremos ante una doble conducta con la necesidad de una doble sanción para contemplar todo el desvalor (concurso real).

Llegados a este punto resulta de cita obligada la STS 1046/2009, de 27 de octubre. Se enjuiciaba la conducta de un empresario acusado por delitos continuados de falsedad documental, contra la Seguridad Social, estafa y alzamiento de bienes. Era titular real y gestor de una serie de sociedades, aunque muchas veces ni siquiera figuraba como socio. Para eludir el pago de sus deudas con la Seguridad Social creaba sucesivamente sociedades en apariencia diferentes a las anteriores y ajenas a él. Declaraba las deudas, pero no las abonaba. Como se escondía que unas empresas sucedían a las otras, resultaba vano cualquier intento de cobro por la Seguridad Social.

Algún relativo parecido con el supuesto presente se detecta, aunque hay singulares elementos diferenciales. Especialmente trascendente es que aquí no se produce esa sucesión fraudulenta de empresas. Las empresas conviven y sus lazos y vínculos son transparentes y públicos.

La sentencia dictada por el Tribunal de instancia absolvía por los delitos de estafa y alzamiento de bienes (por exigencias del principio acusatorio pues la definitiva pretensión acusatoria se había ceñido a los delitos de falsedad y contra la Seguridad Social), y condenaba por sendos delitos continuados de falsedad y contra la seguridad social.

La STS 1046/2009 de 27 de octubre reseñada casa la de instancia y decreta la absolución.

En relación al delito contra la Seguridad social la argumentación exoneradora gira en torno a la interpretación del término defraudar común a los delitos contra la Seguridad Social y la Hacienda Pública (arts. 307 y 305 CP). Es inherente a la conducta "defraudar" la presencia de un engaño o artificio que supone un plus respecto al simple impago. No hay defraudación si la conducta consiste sencillamente en reconocer la deuda aunque omitiendo su

abono. En ese caso -seguía razonando la sentencia- la Administración sabía de la deuda que se declaró. Eso no supone "defraudar". "La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago de cuotas."

A los efectos de estos delitos la defraudación según la STS 1046/2009 consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento sus herramientas para el cobro.

Se razonaba que según el Diccionario de la Real Academia, defraudar significa, según su primera acepción, "privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho", lo cual coincide con el sentido que se propone, en cuanto que las obligaciones de quien debe de ingresar las cuotas de Seguridad Social vienen precedidas del deber de declarar, que es precisamente, el primero que se incumple, dando lugar a la elusión del pago de la cantidad debida. Partiendo del hecho de que el deber de declarar y pagar o ingresar lo precede, la conducta típica "defraudar eludiendo", el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, lo que puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta: tanto una como otra ocultan la realidad y en este sentido suponen defraudación. El delito exigirá o que se omitan los boletines de cotización o o que los mismos sean mendaces.

La inclusión de una mención expresa en el art. 307 a esos boletines (reforma de 2012) obedece inequívocamente al intento de salir al paso de la doctrina jurisprudencial que encarna tal sentencia.

Séptimo.

Esa exégesis del verbo "defraudar" se ha teorizado hasta la saciedad en torno al delito de defraudación tributaria de estructura paralela al delito de fraude a la Seguridad Social. Son delitos de omisión pero exigen algo más que el simple impago. Tal y como la describe el art. 305.1 CP, la conducta típica en el delito fiscal puede consistir en una acción o en la mera omisión. La jurisprudencia repudió desde sus primeros acercamientos a esta figura penal el mero impago como conducta típica por sí sola (SSTS de 28 de Junio y 20 de noviembre de 1.991 y de 31 de Mayo de 1.993, por citar las primeras en el tiempo). Es necesario un elemento de mendacidad, ocultación de bases tributarias, comunicación de datos incompletos. Aunque no faltaron otros pronunciamientos más esporádicos negando que el delito fiscal requiriese de algún artificio, mecanismo engañoso o mise en scene, considerando típica la mera omisión sin necesidad de tergiversación o manipulación de los datos que configuran las correspondientes bases impositivas (SSTS de 2 de Marzo de 1.988, 20 de Noviembre de 1.992 y 25 de Febrero de 1.998) es la primera tesis la que se ha acabado asentando en la jurisprudencia.

A ella se adscribe la solución dada en ese precedente de 2009 al delito contra la Seguridad Social (por todas, STS 737/2006, de 20 de junio): " para que se produzca la conducta tipificada en el artículo 305 del Código Penal , no basta el mero impago de las cuotas, en cuanto el delito de defraudación tributaria (STS 28/6/1991 , 20/11/1991 , 31 de mayo 1993) requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes. La introducción abierta de gastos reales como deducibles que luego no son tales, no implica engaño ni supone, por tanto, conducta "defraudatoria... Como señala el Ministerio Fiscal, se puede hablar de cuotas impagadas pero no de cuotas defraudadas y deben ajustarse las cuantías defraudadas en esas cifras, lo que en ninguno de los ejercicios (como viene a admitir el recurrente al hilo del motivo décimo cuarto) supone que la cuota defraudada descienda por debajo de los 120.000 euros (20 millones de pesetas). Subsisten, pues, los tres delitos contra la Hacienda Pública, pero han de reducirse las multas que se fijan proporcionalmente en atención a la cuantía defraudada y no a la cuantía impagada y la responsabilidad civil nacida del delito, pues sólo es delictiva la elusión del pago de tributos alcanzada a través de medios engañosos".

Tal sentencia 1046/2009 se preocupa de apostillar que la mecánica artificiosa usada (ir creando empresas que sucedían a las anteriores) podría constituir un delito de alzamiento de bienes. No lo analiza por no haber sido objeto de acusación.

En el caso presente ni se simula la existencia de sociedades ni se ocultan sus vinculaciones; ni se traspasan subrepticamente trabajadores de unas a otras, sino que, -no consta lo contrario- se comunica en cada caso. Al menos, el hecho probado no refleja esa realidad: son empresas que conviven en el tiempo. Sus relaciones no se tergiversan. No hay una ocultación de una realidad empresarial, con la finalidad de esa elusión de los pagos debidos. Si se oculta de manera intencionada y por medios eficaces la realidad del empresario clandestino con una finalidad de impago, se puede hablar efectivamente de defraudación. Pero aquí no sucede eso; ni se produce una desaparición de unas empresas sustituidas por otras. Se hace continua protesta en el recurso de ello. Lo más que se describe, aunque de forma fragmentaria, es una distracción de fondos, un mecanismo de alzamiento, un fraude no en el momento de aflorar la deuda, sino en el momento de hacerla efectiva. Se esconden los bienes, pero no la deuda ni el deudor.

Octavo.

Retomemos la problemática de las concomitancias entre los arts. 257 y 307 CP. Si partimos de una visión compartimentada de las conductas típicas descritas el problema se presentará en términos de disyuntiva: si se trata de un alzamiento de bienes no podemos hablar de defraudación de cuotas de la seguridad social. No habría espacios comunes. El art. 307 sancionaría los fraudes mediante ocultación o falseamiento o manipulación de los hechos que determinan la deuda. Y el art. 257 los fraudes frente a los mecanismos de recaudación. Es lo que entendió la comentada sentencia de 2009. Pero si consideramos que "alzarse" con los bienes propios o distraerlos para eludir el pago de deudas no es más que una modalidad de la conducta "defraudar" el planteamiento teórico da un notable vuelco. Entre los delitos del art. 307 y 257 habría una relación de concurso de normas y no de concurso delictivo. Habría conductas incardinables en ambos tipos.

Esta es tesis que no solo puede suscribirse, en especial en el marco normativo anterior a la reforma de 2015, sino que ha merecido respaldo jurisprudencial: STS 747/2022, de 27 de julio (referida al delito de defraudación tributaria).

El alzamiento de bienes es, en último término, una modalidad defraudatoria. Se convierte así en una morfología comisiva del delito del art. 307 (y 305).

El núcleo de injusto, el nivel de antijuricidad entre la conducta de quien omite el pago de cuotas de la seguridad social engañando en las declaraciones u omitiéndolas; y la del que lo hace mediante el expediente de ocultar los bienes es equiparable. No hay diferencias. Entre delito de alzamiento de bienes y delito contra la seguridad social existe una relación de concurso aparente de normas penales, salvo supuestos en que el alzamiento emerge como una conducta posterior y autónoma (producción del alzamiento después del descubrimiento de la ocultación). si no existe solución de continuidad estamos ante la misma infracción. Esta visión tropieza con algunas incoherencias legales: no tiene sentido que el alzamiento por importe notoriamente inferior a los 50.000 euros merezca igual pena. No podemos considerar despenalizadas las insolvencias cometidas contra la Seguridad Social o la Hacienda Pública cuando no rebasan los dinteles de los arts. 305 ó 307 CP.

El delito de alzamiento de bienes tradicionalmente aparecía encuadrado dentro de las "defraudaciones" (Código Penal de 1973). Era una forma de defraudar no solo conceptualmente, sino también como catalogación legal. Por eso conectaba con el verbo típico de los delitos contra la Hacienda Pública o la seguridad social: "defraudar", mediante la elusión del pago de impuestos. Tanto se defraudaba eludiendo el pago de tributos o cuotas no declarando de forma veraz como declarando con fidelidad a la realidad económica, pero burlando a continuación el procedimiento de apremio con una situación de insolvencia fingida o provocada dolosamente. El contenido de injusto es equivalente aunque despista algo que para una modalidad se exija una determinada cuantía (en la actualidad 120.000 euros; o 50.000 en cuatro años); y que la conducta defraudadora consistente en un alzamiento (cuya repercusión negativa en el patrimonio de la Hacienda o de la Tesorería General de la Seguridad Social es idéntica a la resultante de un delito de fraude tributario o de cotizaciones) sea constitutiva de delito aunque su montante económico se reduzca a unos pocos euros.

La reforma de 2010 ha creado un subtipo agravado para los delitos de alzamiento de bienes cuando se trata de una deuda de naturaleza jurídica pública y el perjudicado sea una Administración Pública en el art. 257.3 elevando la pena posible hasta seis años. Profundiza en esa línea la reforma de 2015

La STS 747/2022 antes citada admite como fórmula defraudatoria apta para integrar la tipicidad del art. 305 una conducta de alzamiento o ocultación de bienes. La tesis es transplantable al delito del art. 307, apartándonos así del precedente de 2009 citado.

Noveno.

Llega el momento de recapitular para encarar la conclusión final:

- a) Existen deudas a la Seguridad Social impagadas por importe superior a las cuantías establecidas tanto en el anterior art. 307 como en el vigente.
- b) Que se trate de un entramado de empresas in casu no se presenta como fórmula engañosa idónea para colmar la exigencia de un ardid o fraude en el origen del impago.
- c) Sin embargo sí detectamos una conducta de vaciamiento patrimonial que pudiera reunir las condiciones para elevar a la categoría de defraudación el impago. No puede excluirse del radio del art. 307 ese mecanismo defraudatorio para llevarlo de forma indeclinable e insustituible al ámbito del art. 257 CP. No podemos acudir a tal precepto que no ha sido invocado, pues quedaría malparado el derecho a ser informado de la acusación, pero sí podemos preguntarnos si esa modalidad de fraude permite mantener en pie la condena dictada. La respuesta será negativa.

Décimo.

Es verdad que la testigo Encarnación refirió una mecánica surgida no desde los primeros momentos en que el recurrente asumió la gestión de JACOR S.L., que venía funcionando desde muchos años antes con otros

propietarios, sino más tarde. Relató, por un lado, que a partir de un momento se cursaban en ocasiones instrucciones al Banco para no atender el pago de los seguros, explicando cómo el empleado del Banco le aclaraba, ante su perplejidad, que no era nada dificultoso atenderse a esas indicaciones. Eso es muestra de una nítida voluntad de no pagar; pero desde luego no excede de lo que supone el puro y simple impago inapto por sí solo para que podamos hablar de defraudar en el sentido del art. 307 CP.

Refirió también, como recoge la sentencia dándolo por probado, que en ocasiones (de su declaración no se desprende que fuese todos los días como podría sugerir la lectura de la sentencia) recibía órdenes para ir al Banco a retirar el dinero de la cuenta corriente. Esa conducta ciertamente, aunque luego el dinero pudiera destinarse al pago de los salarios (según la misma testigo se abonaban en efectivo), tenía que obedecer en gran medida a la voluntad de eludir posibles retenciones por embargos a cuenta de la deuda a la Seguridad Social. De hecho fue muy expresiva la testigo al relatar una incidencia en que su aparición en el banco un lunes resultó ya tardía: se había producido el embargo que se quería eludir.

Esa actuación, más allá de que sin duda pudiera ubicarse en otras figuras delictivas de las que no puede predicarse homogeneidad (convertir la acusación por delito del art. 307 en una condena por el delito del art. 257; en el sentido inverso la cuestión se presentaría con perfiles y solución distinta), puede catalogarse de medio defraudatorio. Se elude el pago de cuotas de la seguridad social a través de un mecanismo de fraude consistente, no en ocultar las deudas, sino en distraer el dinero para evitar la actividad recaudatoria de la Tesorería de la Seguridad Social.

Así pues, si bien, en contra de lo que llega a afirmar la sentencia no se puede identificar una relación de causalidad entre lo que denomina entramado de empresas y la elusión de los pagos debidos; sí es patente que ese vaciado de la cuenta corriente es apto para eludir esos pagos pudiendo cubrir las exigencias del delito del art. 307 por el que se condena.

Ahora bien, haría falta cubrir un tramo más para afirmar la corrección plena de la subsunción jurídico-penal realizada. Sería necesario determinar que toda la deuda acreditada; o, al menos, una deuda superior a 120.000 euros -en la primera fase- y superior a cincuenta mil euros -en la segunda fase- ha sido impagada precisamente como consecuencia de esa concreta actividad (vaciamiento fraudulento de las cuentas) y no como fruto de los simple impagos debidos a insolvencia o falta de liquidez no provocadas; o incluso a una voluntad de no pagar no adobada con un artificio o mecanismo fraudulento. Ni de la prueba practicada, ni de la motivación fáctica de la sentencia se puede alcanzar de forma concluyente esa convicción.

El descrito mecanismo defraudatorio no se presenta como determinante de impagos por valor superior a 120.000 o 50.000 euros respectivamente. En ese punto el hecho probado es extremadamente lacónico. Es verdad que habla genéricamente de vaciamiento patrimonial, pero luego no especifica qué nivel tenía ese vaciamiento. Obviamente, no podía ser total: Tampoco se preocupa de justificar en su motivación fáctica qué elementos han llevado a concluir que el impago del total o de la mayor parte de esas deudas estaba vinculado a esa descrita conducta de inmediata retirada de fondos que relató la testigo, ni se especifica si se ha intentado infructuosamente el cobro o han existido gestiones fallidas precisamente por esa mecánica.

Esto lleva a considerar falto de prueba justificada y huérfano de una descripción clara en el factum el empleo de un mecanismo defraudatorio para alcanzar un impago por cuantía superior a 120.000 y 50.000 euros.

No es posible la condena por delito del art. 257 CP por razones del derecho a ser informado de la acusación.

Undécimo.

La estimación del recurso debe llevar a la declaración de oficio de las costas procesales.

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 Carlos Miguel contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 26 de noviembre de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Palencia que condenaba al acusado Carlos Miguel, por delito contra la seguridad social.

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

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.: 7674/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García
Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco
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 21 de diciembre de 2023.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de instrucción nº 7 de Palencia, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palencia que dictó Sentencia de fecha 5 de mayo de 2021 y fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y que fue seguida por delito contra la Seguridad Social en causa contra Carlos Miguel en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia, si bien se añade en el hecho probado que no consta que el importe de lo impagado como consecuencia de retirada de fondos del Banco alcanzase en 2012, 120.000 euros, ni en los años posteriores más de cincuenta mil euros. .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Como se ha explicado en la sentencia anterior los hechos matizados en la forma que se desprende de su Fundamento Jurídico décimo, no colman todas las exigencias típicas del art. 307 CP por lo que procede la libre absolución.

FALLO

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

Se decreta la libre absolución del acusado con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de las costas de oficio y sin perjuicio de las acciones sancionadoras y recaudatorias que puedan emprender los órganos de la Seguridad Social.

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.