



Roj: **STS 3891/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3891**

Id Cendoj: **28079120012018100561**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2018**

Nº de Recurso: **2811/2017**

Nº de Resolución: **564/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 810/2017,**
STS 3891/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 564/2018

Fecha de sentencia: 19/11/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2811/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava. Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2811/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 564/2018

Excmos. Sres.

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación 2811/2017 interpuesto por **LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, actuando en nombre y representación de la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, contra la sentencia n.º 268/2017, de 4 de octubre de 2017 dictada por la Sección Segunda Audiencia Provincial de Álava, en el Rollo Penal Abreviado 14/2014-E, en el que se absuelve a **Cirilo** del delito de defraudación de cuotas a la Seguridad Social de los artículos 307 y 307 bis del Código Penal. Ha sido parte recurrida **Cirilo**, representada por la Procuradora D^a LUCÍA GLORIA SÁNCHEZ NIETO bajo la dirección letrada de D. FRANCISCO JAVIER HUIDOBRO FERNÁNDEZ y EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Álava. Sección Segunda en el Rollo Abreviado 14/2017- E con fecha 4 de octubre de 2017 dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **Son Hechos Probados y así se declaran:**

1.- La empresa Asador 10 Erretegia, Sociedad Civil (en adelante Asador 10), se constituyó el día 28 de mayo de 2012, y en esta sociedad el acusado, D. Cirilo (en adelante Eulalio), mayor de edad, con DNI NUM000, ostentaba una cuota o participación del 95%, y además la administraba.

Esta sociedad tenía como actividad la de restaurante y puesto de comidas.

En dicha empresa-sociedad empezaron a trabajar y fueron dados de alta como empleados por cuenta ajena en el régimen general de la Seguridad Social desde el día 28 de mayo de 2012 las siguientes personas: Dña. Salvadora, D. Gabino, Dña. Tania, D. Gregorio, Dña. Violeta, D. Ildefonso, Dña. María Antonieta, Dña. María Milagros, D. Jesús, D. José y D. Justo. Todas ellas habían trabajado previamente en otra empresa, en la que el acusado también había sido encargado-empleado, y se produjo una subrogación de los trabajadores por parte de Asador 10.

Esas personas citadas fueron dadas de baja en el régimen general de la seguridad sociedad de la empresa Asador 10 el día 31 de marzo de 2014.

2.- El acusado, como administrador de Asador 10, ya desde el primer mes de su constitución y funcionamiento como empresa no pagó ninguna cuota obrera de la seguridad de tales trabajadores, y, por ello entre julio de 2012 y marzo de 2014 generó una deuda con la Seguridad Social de 145.755, 89 euros, siendo la deuda devengada entre enero de 2013 y marzo de 2014 la suma de 97.518, 18 euros.

3.- El acusado constituyó la entidad Tronav Hostelería S.L.0 (en adelante Tronav) el día 24 de marzo de 2014, y fue designado su administrador único.

El domicilio social de aquel ente mercantil era el mismo que Asador 10, (calle Betoño número 44 de Vitoria-Gasteiz) y la actividad desarrollada era idéntica que la que realizaba aquél.

Tronav causó alta en la Seguridad Social con el código de cuenta de cotización 01105535571 desde el día 1 de abril de 2014 y este día el acusado dio de alta en el régimen general de la Seguridad Social a los trabajadores antes citados de Asador 10, y además a D. Pío

Tronav sucedió en la actividad empresarial y societaria de Asador 10 a todos los efectos.

Tronav figuró dada de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 29 de julio de 2015.

4.- El encausado el día 1 de abril de 2004 comunicó a la Tesorería General de la Seguridad Social este cambio empresarial y societario, así como que era él era la persona que era el representante legal de Tronav y Asador 10 y que aquélla asumía los trabajadores de ésta, respetando sus condiciones laborales anteriores.

5.- D. Gregorio causó baja en la cuenta de cotización de Tronav el día 29 de diciembre de 2014, Dña. Violeta causó baja el día 31 de noviembre de 2014 y Dña. Salvadora causó baja el 16 de febrero de 2015. Los restantes trabajadores fueron dados de baja por la mercantil Tronav en la Tesorería General de la Seguridad Social con fecha 9 de febrero de 2015.

Por su parte, el propio acusado figuró dado de alta en la citada sociedad como trabajador por cuenta ajena entre el 1 de abril de 2014 y el 29 de julio de 2015.



6.- Durante ese periodo de tiempo el acusado, como único partícipe y administrador único de la mercantil Tronav, no pagó ninguna de las cuotas que correspondían a los trabajadores dados de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, generando una deuda por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta que asciende a 62.994,40 euros.

7.- El acusado cerró la empresa en el mes de enero-febrero de 2015, porque le desahuciaron por falta de pago de la renta del inmueble-local en el que se realizaba la actividad de hostelería-restauración.

8.- El acusado en todo momento, incluso antes de iniciarse el proceso judicial, ha reconocido la deuda para con la Tesorería General de la Seguridad Social que generaron ambas entidades que dirigió; antes de cerrar Tronav entabló alguna negociación con dicha entidad pública en orden al abono de las cantidades debidas, asumiendo la obligación de pago, y de hecho le embargaron ciertas cantidades recaudadas por el negocio, y desde el mes de agosto de 2015 y hasta la actualidad está dado de alta en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, y le embargan todos los meses casi 500 euros para el pago de la deuda contraía con aquel ente."

En dicha sentencia se absuelve a Cirilo mediante el siguiente pronunciamiento:

"1. Absolvemos a D. Cirilo del delito de defraudación de cuotas de la Seguridad Social, ya definido, por el que ha sido acusado en este proceso, con los pronunciamientos inherentes a dicha absolución.

2. Las costas del proceso se declaran de oficio"

SEGUNDO. - Notificada la sentencia, la Letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería de la Seguridad Social, anunció su propósito de interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley. Recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo.

TERCERO. - La Tesorería de la Seguridad Social formalizó su recurso casación en infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerarse infringidos los artículos 307 y 307 bis del Código Penal, desistiendo de formalizar el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

CUARTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación procesal de **Cirilo**, impugnó de fondo el motivo de casación formalizado por la Tesorería de la Seguridad Social, solicitando "(...)la inadmisión del motivo al carecer manifiestamente de fundamento con base a lo dispuesto en el artículo 885.1 LECRM, o subsidiariamente su desestimación, con imposición de costas a la recurrente".

Del mismo modo, el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 6 de febrero de 2018, evacuado el trámite que se le confirió y, por las razones que adujo, interesó la inadmisión del motivo de conformidad con lo establecido en el número tres del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO. - Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de noviembre de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En la sentencia número 268/2017, fechada el 04/12/2017 y dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava se ha absuelto a Don Cirilo del delito de defraudación de cuotas de la seguridad social del que fue acusado.

Frente a dicha sentencia la Tesorería General de la Seguridad Social ha interpuesto recurso de casación articulando un único motivo de impugnación, en infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, en relación con los artículos 307 y 307 bis del Código Penal.

En el desarrollo del motivo la entidad recurrente alega que el acusado fundó una empresa dedicada a la restauración de la que previamente había sido empleado, subrogando a los trabajadores de la anterior empresa. Desde julio de 2012 a marzo de 2014 ha generado una deuda con la Seguridad Social que nunca ha tenido intención de pagar. Entiende la parte recurrente que el impago es el elemento objetivo del delito de defraudación y el elemento subjetivo resulta acreditado por la desatención sistemática de las cotizaciones, el incumplimiento de las condiciones impuestas para el aplazamiento de pago concedido, la incomparecencia a las citaciones de la inspección de la Seguridad Social, así como la misma sucesión en la empresa previamente existente. Se cuestiona la afirmación de la sentencia relativa a que no ha quedado probado que el acusado llevara a cabo un comportamiento destinado a perjudicar los intereses económicos de la Seguridad Social a la vista de su comportamiento reiterado de impago y su decisión de no solicitar concurso de acreedores pese a su falta de liquidez.



SEGUNDO. - Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado".

Partiendo de estas consideraciones iniciales que enmarcan nuestro ámbito de decisión, en el recurso se considera implícitamente que los hechos declarados probados permiten afirmar la existencia del elemento intencional de defraudación, es decir, la concurrencia de un comportamiento fraudulento mediante el que se ha eludido el pago de cuotas.

Como cuestión previa, el planteamiento del recurso nos obliga a pronunciarnos sobre si es o no factible revocar en sede casacional una sentencia absolutoria. Se pretende que establezcamos, a partir de los hechos declarados probados, una inferencia radicalmente distinta de la establecida en la sentencia de instancia, como lo es la concurrencia en el acusado de la de intención de defraudar, intención que no ha sido reconocida como existente en la sentencia impugnada.

En la reciente sentencia STC 37/2018, de 23 de abril de 2018 el Tribunal Constitucional ha reiterado que "resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora -como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)-, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Añade la sentencia que, por el contrario, no puede hacerse ese reproche constitucional en los siguientes supuestos: a) Cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulte del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración, como es el caso de pruebas documentales; b) Cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales y c) cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (ver SSTC 43/2007, de 26 de febrero; 691/2009, de 20 de abril; 272/2005, de 24 de octubre; 143/2005, de 6 de junio; 6 142/2011, de 26 de septiembre; 143/2005, de 6 de junio; 2/2013, de 14 de enero, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional vino entendiendo que en el caso de los "elementos subjetivos del delito", cuestión a la que se refiere este recurso, era posible rectificar el criterio de la sentencia de primera instancia sin vulnerar el derecho a un proceso justo cuando la concurrencia de ese elemento subjetivo se estableciera a partir de elementos de prueba que no exijan la intermediación y mediante el control de la razonabilidad de las inferencias realizadas por el tribunal de instancia (SSTC 127/2010, 126/2012, 328/2006, 184/2009, entre otras).

No obstante, esta doctrina ha sido objeto de posteriores matizaciones, ampliándose las garantías del acusado en segunda instancia y en casación. Así en la STC 184/2009 se afirmó que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de



un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)".

En la misma dirección la STC 126/2012, de 18 de junio, referida a un delito fiscal en el que había de analizarse precisamente si existió o no ánimo de defraudación, el máximo intérprete constitucional consideró, con apoyo en los argumentos contenidos en la sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2011 (caso Valbuena Redondo c. España), que la determinación del elemento subjetivo del injusto es una cuestión de naturaleza esencialmente fáctica y que, de producirse una condena en segunda instancia o en casación, se produciría una primera condena tras un cambio de valoración de elementos tales como la intención fraudulenta del sujeto sin que éste hubiese tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutirlo mediante un examen contradictorio en el curso de una vista oral. Concluye el Tribunal Constitucional que en tal caso no se cumplirían con las exigencias de un proceso equitativo.

Proyectando las anteriores consideraciones al caso que centra nuestro examen debe ponerse el énfasis en que el tribunal de instancia ha absuelto al acusado al considerar la inexistencia de actuación fraudulenta en su conducta y ello, no sólo en base a las pruebas documentales, sino en pruebas personales que dependen de la intermediación tales como la declaración del gestor, que permitió acreditar que no hubo ocultación de información en las liquidaciones efectuadas por el acusado, o las declaraciones de los trabajadores que pretendieron poner de relieve la ausencia de explicaciones sobre la sucesión de empresas, declaraciones que hubieron de ser contrastadas con las propias manifestaciones del acusado y con prueba documental para acreditar la ausencia de ocultamiento de información en toda esa operativa. También se recabó prueba personal para tratar de aclarar las circunstancias en las que se produjo el cese de actividades de la sociedad o la forma de gestión de la misma y si hubo o no gastos no justificados.

En la sentencia de instancia se argumenta que, además de no haber habido ocultación de datos, "no se puede identificar alguna actuación mendaz o defraudadora propia de este delito, porque reiteramos, aquella acción que pudiera ser más sospechosa de tal finalidad, la sucesión empresarial, se comunicó a la Seguridad Social, que conoció perfectamente que el acusado gestionaba ambas sociedades y estuvo en relaciones con aquella entidad y finalmente cuando concluyó Tronav, se dio de alta en la Seguridad Social, sin ocultar nada".

Conviene también indicar que el tribunal de instancia ha analizado si la sucesión empresarial fue realizada con la finalidad de eludir el pago de las cuotas de la Seguridad Social excluyendo tal posibilidad porque la sucesión fue inmediatamente comunicada al órgano administrativo, atendidas las explicaciones ofrecidas en el acto del juicio y ello, después de valorar varios testimonios que declararon en sentido contrario.

En definitiva, se pretende que este tribunal de casación modifique el relato de hechos probados de la sentencia impugnada y establezca una inferencia diferente a la realizada por la Audiencia Provincial mediante una reconsideración global de la prueba, integrada por pruebas personales y documentales. Para respetar las reglas de un juicio justo debería oírse de nuevo al acusado, lo que no es posible dada la configuración legal de nuestra casación, razón por la que el recurso no puede ser estimado.

TERCERO. - Al margen de lo anterior y con la finalidad de dar una cumplida respuesta a la cuestión planteada por el recurrente, debemos añadir que, además, no apreciamos error alguno en la aplicación normativa realizada por el tribunal de instancia.

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

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 123 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude y en la Seguridad Social, dio la actual redacción al precepto citado, introduciendo, entre otras novedades, un párrafo con el siguiente contenido: "*La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos*".

Con esta modificación se quiso salir al paso de algunas situaciones en que se excluía la respuesta penal cuando el sujeto pasivo presentaba los documentos de cotización. En la Exposición de Motivos de la ley se justificó este nuevo párrafo en los siguientes términos: "En la práctica se dan supuestos en los que se interpreta que no existe delito contra la Seguridad Social por el mero hecho de que se hayan presentado los documentos de cotización, sin entrar a valorar si son veraces y completos. También es frecuente que en los supuestos de defraudación en los que intervienen personas interpuestas, precisamente, la presentación de documentos de cotización aparentemente correctos forma parte del engaño. Por ello, se ha añadido un último inciso para



aclarar que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos. El inciso no supone modificación conceptual alguna, sino que trata de fijar la interpretación auténtica de la norma. El inciso se ha incluido también en el artículo 305 referido al delito contra la Hacienda Pública para evitar que su ausencia pudiera interpretarse en el sentido de que la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones excluye en todo caso la defraudación".

Parece ser, aun cuando no se mencione en el recurso, que este párrafo es el que justifica la impugnación casacional, por cuanto la parte recurrente considera que, a pesar de que el sujeto pasivo "en ningún momento haya ocultado a la TGSS su realidad socio-laboral que haya impedido a aquélla fijar la deuda" , existen una serie de circunstancias objetivas que permiten afirmar la existencia del ánimo defraudatorio como el impago sistemático de las cotizaciones, el incumplimiento de las condiciones impuestas para el aplazamiento de pago concedido, la incomparecencia a las citaciones de la inspección de la Seguridad Social, así como la misma sucesión en la empresa previamente existente.

No compartimos ese criterio. El delito de defraudación a la Seguridad Social es un delito especial de infracción de deber, que atenta contra los intereses económicos de la Seguridad Social, institución que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 41 CE, que obliga "a los poderes públicos a mantener un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad".

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

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

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

Como también recuerda la reciente STS 374/2017, de 24 de mayo, referida a un delito contra la Hacienda Pública pero que, *mutatis mutandis*, es aplicable al delito contra la Seguridad Social, "no basta es la mera elusión de la presentación de la preceptiva declaración y liquidación, o la inexactitud de ésta, ya que el desvalor de la acción exige el despliegue de "una cierta conducta o artificio engañoso", que lleva a incluir este delito dentro de la categoría de los de "medios determinados" funcionales para mantener oculta a la Hacienda la existencia del hecho imponible"

Por tanto, el concepto de defraudación está vinculado a actuaciones de ocultación o alteración de datos de obligatoria comunicación. En ese mismo sentido el artículo 1 del Acuerdo del Consejo de 26/07/1995, que aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establece que en materia de ingresos, será constitutivo de fraude "cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta".

En el presente caso la sentencia de instancia indica con toda contundencia que "se ha probado que durante todo el tiempo que perduraron las empresas, de casi tres años, el encausado dio de alta a los trabajadores en las dos sociedades, y se realizaron las correspondientes declaraciones a la Tesorería General de la Seguridad Social y a las retenciones de las cuotas en aquéllas, sin ocultar a ningún trabajador ni ningún dato que permitiera fijar las cuotas impagadas". Se ha justificado que tampoco hubo actuación fraudulenta ni ocultación en la sucesión de empresas llevada a cabo por el acusado. No ha habido ocultación alguna y la intención fraudulenta no se puede deducir de las circunstancias invocadas por la entidad recurrente (en igual sentido STS 799/2017, de 11 de diciembre). Esas circunstancias evidencian el impago deliberado y contumaz de las cotizaciones,



pero el tipo penal requiere algo más, el elemento de defraudación que no concurre en este caso, razón que también conduce a la desestimación del recurso.

CUARTO.- - De conformidad con el art. 901 LECrim. (EDL 1882/1) , procede la imposición al recurrente de las costas causadas.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación de la **TESORERÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL** contra la sentencia número 268/2017, de 4 de octubre de 2017, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava.

Condenamos al recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales oportunos.

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

Así se acuerda y firma.

Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina