



Roj: **STS 2691/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2691**

Id Cendoj: **28079120012022100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **1714/2020**

Nº de Resolución: **640/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 10ª, 28-01-2020 (proc.110/2017),
STS 2691/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 640/2022

Fecha de sentencia: 23/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1714/2020

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 10ª A.P. Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1714/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 640/2022

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 23 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado **DON Luciano**, contra Sentencia de fecha 28 de enero de 2020 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 110/2017, dimanante de las Diligencias Previas 467/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cerdanyola del Vallés (Barcelona), seguidas por delitos de defraudación a la Seguridad Social e insolvencia punible contra Don Luciano y Don Manuel, y como responsable civil subsidiaria contra la entidad VANTAMIR SL. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, como recurrente el acusado DON Luciano representado por el Procurador de los Tribunales Don Luis Pidal Allende Salazar y defendido por la Letrada Doña María Gibert Forcen, y como recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social representada y asistida por su Letrado Don Pedro Zarco Colon.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción núm. 1 de Cerdanyola del Vallés (Barcelona) incoó Diligencias Previas núm. 467/2015 por delitos de defraudación a la Seguridad Social e insolvencia punible contra los acusados **Don Luciano y Don Manuel**, y una vez concluidas las remitió a la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 28 de enero de 2020 dictó Sentencia, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que Luciano y Manuel, ambos nacionales, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de acuerdo y con ánimo de eludir deliberadamente el debido cumplimiento de sus obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social, urdieron un plan directamente encaminado a eludir tales obligaciones que debían atender en cuanto empresarios respecto de las entidades Gráficas Barberá S.L., y Vantamir.

Así, la empresa Gráficas Barberá SL., dedicada a los servicios de impresión y preparación relativos a las artes gráficas, con domicilio en la Calle Comadrán nº 1 de Barberá del Valles, fue constituida en fecha 9 de noviembre de 1982, siendo su administrador único desde el día 9 de noviembre de 1982 Porfirio. La empresa Gráficas Barberá S.L., contrajo deudas con la Seguridad Social derivadas del impago de cuotas, ascendiendo el montante de las cantidades adeudadas en el año 2009 a 201.300,62 euros, correspondiendo 133.205,72 euros a principal, 26.771,72 euros a recargos y 41.323,18 euros a intereses de demora; en el año 2010 a 371.696,76 euros, correspondiendo 253.427,73 euros a principal, 50.764,63 euros a recargos y 67.504,40 euros a intereses de demora; y en el año 2011 a 25.108,03 euros correspondiendo 17.518,64 euros a principal, 3.503,73 euros a recargos y 4.085,66 euros a intereses de demora.

Con el fin de dificultar el cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, que seguía generándose, y que le era reclamada en el Expediente de Apremio nº NUM000 seguido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva, y así poder mantener indefinidamente la situación de impago de cuotas, el 20 de noviembre de 2009 se procedió al cese del entonces administrador Porfirio y el nombramiento para dicho cargo de Manuel, como administrador único, pese a que la efectiva dirección y gestión de la empresa seguía correspondiendo al anterior.

En ejecución de dicho plan y en el marco del Expediente de apremio NUM000, en fecha 22 de abril de 2010 se acordó el embargo de diversa maquinaria. El 27 de enero de 2011 agentes de la Unidad de Recaudación Ejecutiva acudieron a las instalaciones en la que se encontraban los bienes embargados para realizar la extracción de los mismos, si bien el acusado Sr. Manuel, al objeto de evitar o cuanto menos dificultar en lo posible dicha actuación ejecutiva, hizo desaparecer de la misma los bienes de mayor valor (una gillotina Polar, una volteadora y un toro heli), e hizo desmercer el Toro Hu Lift, al que le faltaba el cargador y se le habían cambiado las placas de identificación, lo que impidió la extracción de las mismas.

Posteriormente y siguiendo con la finalidad de dificultar la labor recaudadora de la Seguridad Social, y paralelamente eludir el debido cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias para con dicho organismo, el 24 de enero de 2011, se produce la última baja a efectos de cotización en la Seguridad Social de la empresa Gráficas Barberá S.L., y dos días después, el 26 de enero de 2011, causó alta en la Seguridad Social la empresa Vantamir S.L, dirigida por el acusado Sr. Luciano toda vez que los acusados habían decidido el cese de la actividad de la primera y su traslado, así como el de los correspondientes recursos y **medios** de producción, a la segunda.



La empresa Vantamir S.L., fue constituida el día 8 de septiembre de 2010 por Sandra , teniendo por objeto social la actividad, negocio y promoción inmobiliaria, siendo la administradora única la Sra. Sandra . En la junta de socios celebrada el día 2 de noviembre de 2010, actuando Manuel como secretario de la Misma, se acordó el nombramiento del propio Manuel como administrador único de la sociedad, y se acordó la modificación del objeto social de la misma, siendo desde entonces dicho objeto social el ejercicio de actividades propias y relacionadas con la impresión y las artes gráficas.

La empresa Vantamir S.L. vino a desarrollar el mismo objeto social y actividad que su predecesora Gráficas Barberá S.L., hallándose ubicada en la misma nave industrial y manteniendo gran parte del personal de Gráficas Barberá, S.L., los cuales realizaban las mismas funciones que en la empresa anterior, de manera que les fueron conservados los derechos adquiridos en ésta. Pese a que Manuel figuraba en el Registro Mercantil como administrador único de dicha entidad, era el acusado Luciano quien gestionaba de facto la empresa, ejerciendo las funciones de dirección y gestión. Esta empresa, al igual que su antecesora, contrajo igualmente importantes deudas con la Seguridad Social derivadas del pertinaz impago de cuotas en su día decidido por los aquí acusados, ascendiendo el montante de las cantidades adeudadas en el año 2013 a 103.234,42 euros, correspondiendo 81.337,97 euros a principal, 16.267,60 euros a recargos y 5.628,85 euros a intereses de demora y en el año 2014 a 272.785,41 euros, correspondiendo 222.446,32 euros a principal, 44.489,25 euros a recargos y 5.849,84 euros a intereses de demora.

El nombramiento del acusado Manuel como administrador único de las entidades Gráficas Barberá S.L., y Vantamir S.L., respondía a la exclusiva finalidad expresamente buscada por los acusados de evitar que la Seguridad Social se dirigiera contra los verdaderos responsables de las empresas para el cobro de las deudas y eludir el debido pago de las cuotas a las que estaban obligados en su condición de empresarios ya que el mismo carecía de bienes a su nombre con los que hacer frente a los expedientes de derivación de responsabilidad solidaria como administrador único.

El total de la deuda contraída por Gráficas Barberá S.L., con la Seguridad Social asciende a 598.105,41 euros (en los años 2009, 2010 y 2011) y el de Vantamir S.L., asciende a 376.019,83 euros (años 2013 y 2014).

En el momento de la interposición de la denuncia e incoación del procedimiento habían transcurrido más de cinco años desde la comisión de los hechos relativos al ejercicio 2009.

La causa ha estado paralizada desde el momento del dictado del auto de apertura de juicio oral en fecha 23 de mayo de 2017 hasta la celebración del acto del plenario en fechas 23 y 24 de octubre de 2019 por causas no imputables a los acusados."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos **CONDENAR** al acusado Manuel como autor responsable de un delito contra la Seguridad Social del artículos 307.1 del CP en su redacción anterior a la reforma operada por la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 371.696,76 euros correspondiente al tanto de la cantidad defraudada, con la responsabilidad personal subsidiaria de 30 días de privación de libertad en caso de impago conforme al art. 53.2 del CP. También se le impone la pena de 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 tres años.

Que debemos **CONDENAR** a los acusados Manuel y Luciano como autores penalmente responsables cada uno de ellos de un delito del art. 307 bis del CP en relación con el art. 307.1 del mismo cuerpo legal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas para cada uno de ellos de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 752.039,66 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de dos meses de privación de libertad, y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro años.

En concepto de responsabilidad, el acusado Manuel deberá indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 371.696,76 euros, por las cantidades defraudadas por la entidad Gráficas Barberá durante el ejercicio 2010, más los intereses legales.

Asimismo Manuel , junto con el acusado Luciano y la entidad Vantamir S.L., como responsable civil subsidiaria, deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 376.019,83 euros, por las cantidades defraudadas por la entidad Vantamir durante los años 2013 y 2014, más los intereses legales.



Se impone Manuel el pago de 2/4 partes de las costas causadas y Luciano el pago de 1/4 parte de las costas procesales causadas, incluyendo también las ocasionadas a la acusación particular.

Sírvales de abono a los acusados el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hayan sufrido con motivo de esta causa.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección 10a de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales para su constancia y cumplimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por las representaciones legales de los acusados **DON Luciano y DON Manuel** , que se tuvo 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Luciano , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Motivo primero.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, establecidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española.

Motivo segundo.- Infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos que obran en las actuaciones y que no han sido contradichos por otros elementos de prueba.

Motivo tercero.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 307 bis, en relación con los artículos 307.1, 28, 56.1.2º, 109 y 123 del Código Penal.

QUINTO.- El recurso anunciado por la representación legal del acusado DON Manuel se declaró **desierto** por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 30 de junio de 2020.

SEXTO.- Es **recurrida** en la presente causa la **Tesorería General de la Seguridad Social**, que impugna el recurso por escrito de fecha 7 de agosto de 2020.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión a trámite del mismo que subsidiariamente impugnó, por las razones expuestas en su informe de fecha 7 de octubre de 2020; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de febrero de 2022, se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 20 de abril de 2022.

NOVENO.- Con fecha 19 de mayo de 2022 esta Sala dicta Auto de prórroga del término para dictar Sentencia en el presente recurso de casación, por un mes más.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sentencia de fecha 28 de enero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó al acusado Manuel como autor criminalmente responsable de un delito contra la Seguridad Social del artículo 307.1 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 371.696,76 euros correspondiente al tanto de la cantidad defraudada, con la responsabilidad personal subsidiaria de 30 días de privación de libertad en caso de impago conforme al art. 53.2 del Código Penal. También se le impone la pena de 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 tres años.

E igualmente la Audiencia condenó a los acusados Manuel y Luciano como autores criminalmente responsables, cada uno de ellos, de un delito del art. 307 bis del Código Penal en relación con el art. 307.1 del mismo cuerpo legal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas para cada uno de ellos de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 752.039,66 euros, con la responsabilidad



personal subsidiaria en caso de impago de dos meses de privación de libertad, y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de cuatro años.

Todo ello junto al oportuno pronunciamiento sobre responsabilidad civil y costas.

Frente a dicha resolución judicial, interpone recurso de casación la representación procesal de Luciano, en tanto resultó desierto el anuncio de recurso formalizado por el otro acusado en la instancia.

SEGUNDO .- En el primer motivo, y por "infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, establecidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española", el recurrente considera que no existe suficiente prueba de carácter inculpatario para condenarle, y aduce que el Tribunal sentenciador valora inadecuadamente la escasa prueba que se practicó.

Narran los hechos probados que los acusados, puestos de común acuerdo y con ánimo de eludir deliberadamente el debido cumplimiento de sus obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social, *urdieron un plan directamente encaminado a incumplir tales obligaciones* que debían atender en cuanto empresarios respecto de las entidades Gráficas Barberá S.L., y Vantamir.

Así, la empresa Gráficas Barberá S.L., dedicada a los servicios de impresión y preparación relativos a las artes gráficas, radicada en Barberá del Vallés, contrajo deudas con la Seguridad Social derivadas del impago de cuotas, ascendiendo el montante de las cantidades adeudadas en el año 2009 a 201.300,62 euros, correspondiendo 133.205,72 euros a principal, 26.771,72 euros a recargos y 41.323,18 euros a intereses de demora; en el año 2010 a 371.696,76 euros, correspondiendo 253.427,73 euros a principal, 50.764,63 euros a recargos y 67.504,40 euros a intereses de demora; y en el año 2011 a 25.108,03 euros correspondiendo 17.518,64 euros a principal, 3.503,73 euros a recargos y 4.085,66 euros a intereses de demora.

Con el fin de dificultar el cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, que seguía generándose, y que le era reclamada en el Expediente de Apremio nº NUM000 seguido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva, y así poder mantener indefinidamente la situación de impago de cuotas, el 20 de noviembre de 2009 se procedió al cese del entonces administrador Porfirio y el nombramiento para dicho cargo de Manuel, como administrador único, pese a que la efectiva dirección y gestión de la empresa seguía correspondiendo al anterior.

En ejecución de dicho plan y en el marco del Expediente de apremio antedicho, en fecha 22 de abril de 2010 se acordó el embargo de diversa maquinaria. El 27 de enero de 2011, agentes de la Unidad de Recaudación Ejecutiva acudieron a las instalaciones en la que se encontraban los bienes embargados para realizar la extracción de los mismos, si bien el acusado Sr. Manuel, al objeto de evitar o cuanto menos dificultar en lo posible dicha actuación ejecutiva, hizo desaparecer de la misma los bienes de mayor valor (una gillotina Polar, una volteadora y un toro heli), e hizo desmerecer el Toro Hu Lift, al que le faltaba el cargador y le habían cambiado las placas de identificación, lo que impidió la extracción de las mismas.

Posteriormente y siguiendo con la finalidad de dificultar la labor recaudadora de la Seguridad Social, y paralelamente eludir el debido cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias para con dicho organismo, el 24 de enero de 2011, se produce la última baja a efectos de cotización en la Seguridad Social de la empresa Gráficas Barberá S.L., y dos días después, el 26 de enero de 2011, causó alta en la Seguridad Social la empresa Vantamir S.L, dirigida por el acusado Luciano toda vez que los acusados habían decidido el cese de la actividad de la primera y su traslado, así como el de los correspondientes recursos y **medios** de producción, a la segunda. Dicha sociedad mercantil, cuyos datos de constitución constan en autos, varió su objeto social para dedicarse al ejercicio de actividades propias y relacionadas con la impresión y las artes gráficas.

De modo que esta empresa Vantamir S.L. vino a desarrollar el mismo objeto social y actividad que su predecesora Gráficas Barberá S.L., hallándose ubicada en la misma nave industrial y manteniendo gran parte del personal de Gráficas Barberá, S.L., los cuales realizaban las mismas funciones que en la empresa anterior, de manera que les fueron conservados los derechos adquiridos en ésta.

También se declara probado que, pese a que Manuel figuraba en el Registro Mercantil como administrador único de dicha entidad, era el acusado Luciano quien gestionaba de facto la empresa, ejerciendo las funciones de dirección y gestión. Esta empresa, al igual que su antecesora, contrajo igualmente importantes deudas con la Seguridad Social derivadas del "pertinaz impago de cuotas" en su día decidido por los acusados, ascendiendo el montante de las cantidades adeudadas en el año 2013 a 103.234,42 euros, correspondiendo 81.337,97 euros a principal, 16.267,60 euros a recargos y 5.628,85 euros a intereses de demora, y en el año 2014 a 272.785,41 euros, correspondiendo 222.446,32 euros a principal, 44.489,25 euros a recargos y 5.849,84 euros a intereses de demora.



El nombramiento del acusado Manuel como administrador único de las entidades Gráficas Barberá S.L., y Vantamir S.L., respondía a la exclusiva finalidad expresamente buscada por los acusados de evitar que la Seguridad Social se dirigiera contra los verdaderos responsables de las empresas para el cobro de las deudas y eludir el debido pago de las cuotas a las que estaban obligados en su condición de empresarios ya que el mismo carecía de bienes a su nombre con los que hacer frente a los expedientes de derivación de responsabilidad solidaria como administrador único.

El total de la deuda contraída por Gráficas Barberá S.L., con la Seguridad Social asciende a 598.105,41 euros (en los años 2009, 2010 y 2011) y el de Vantamir S.L., asciende a 376.019,83 euros (años 2013 y 2014).

En el momento de la interposición de la denuncia e incoación del procedimiento habían transcurrido más de cinco años desde la comisión de los hechos relativos al ejercicio 2009.

TERCERO .- El recurrente trata de reproducir todo el material probatorio, para llevar a cabo una labor de **impugnación** probatoria, propia -en su caso- de un recurso de apelación, pero no de un recurso extraordinario de casación.

La sentencia recurrida dedica al análisis probatorio de la actuación del recurrente los folios 21 y siguientes, con una pulcritud digna de ser reconocida, y lo hace con respecto al estudio del cuadro probatorio que se practicó en el plenario.

Se queja el autor del recurso de que no pudo practicarse prueba de cargo, sencillamente porque, a su juicio, la misma resultó inexistente.

Frente a dicha alegación, los jueces "a quo" describen y analizan los elementos incriminatorios del modo siguiente:

En su interrogatorio judicial, reconoce que era dueño de Vantamir al 75%, y su hermano ostentaba el otro 25%, dirigiendo la sociedad hasta el año 2014, pidiéndole ayuda a Manuel para tratar con los bancos ya que conocía a dicho señor por su padre y sabía que era el administrador de Gráficas Barberá, y a pesar de negar la sucesión de empresas, conocía a los trabajadores de las mismas porque había trabajado allí y los contrató para Vantamir, teniendo 18 ó 20 trabajadores en total, que tenían sueldos más bajos que en Gráficas Barberá, aunque a los tres primeros se les reconoció la antigüedad en dicha entidad.

Indicó que ambas empresas tenían la misma actividad, pero él firmó un nuevo contrato de alquiler con el propietario de la nave y pactó con la dueña de la maquinaria un nuevo leasing. Que ha utilizado la volteadora y que aún está en el local.

Frente a dicha versión, puramente exculpatoria, lo cierto es que la prueba testifical, en unión de la prueba pericial y documental obrante en autos, permiten acreditar, tanto el elemento objetivo de infracción penal atribuida a los acusados, como es el hecho del impago de las cuotas de la Seguridad Social en las cuantías establecidas por la Tesorería, que no han sido impugnadas de contrario, y que aparecen acreditadas a través de las certificaciones de deuda obrantes a folios 150 y siguientes en relación a Gráficas Barberá y folios 169 y siguientes con respecto a Vantamir S.L., se analiza también por la sentencia recurrida el elemento subjetivo del injusto, pues los impagos obedecieron a un intento de defraudación a la Seguridad Social, en los términos que se dejan constatados en la resultancia fáctica de la recurrida.

CUARTO .- Tiene razón el recurrente cuando sostiene que en el delito enjuiciado no se sanciona la mera omisión de la declaración de la deuda ni el simple impago, entendido este como omisión del ingreso material del dinero, cuando se ha hecho la declaración veraz. El tipo penal exige ciertamente 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 junto a una conducta defraudatoria son los requisitos típicos para la concurrencia del tipo aplicado de elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social.

No discute el recurrente que se haya producido el impago de las cuotas a la Seguridad Social por los trabajadores empleados en las mercantiles Gráficas Barberá S.L. y Vantamir S.L., por las cantidades que han sido objeto de liquidación por la Tesorería General de la Seguridad Social, y que ascienden a 371.696,76 euros por el ejercicio 2010, 103.234,42 euros por el ejercicio 2013 y 272.785,41 euros por el ejercicio 2014, sino que lo que resulta objeto de controversia es la concurrencia de un ánimo defraudatorio por parte de los acusados, especialmente del ahora censurante.

El Tribunal sentenciador razona que la maniobra defraudatoria consistió en el nombramiento como administrador de Manuel, primero en la sociedad Gráficas Barberá y posteriormente tras la baja de ésta, en la sociedad Vantamir, persona carente de bienes y que impedía que la Seguridad Social pudiera dirigirse frente a los verdaderamente responsables de los impagos, como primer apartado del urdido plan.



Del propio modo, la creación de la sociedad Vantamir, tan solo dos días después del cese de la sociedad Gráficas Barberá S.L., ocupando a los trabajadores que habían prestado sus servicios en ésta y con el mismo objeto y domicilio social, tuvo como finalidad, la creación de una sociedad "limpia" de deudas con la que poder operar en el tráfico mercantil, quedando relegada la primera de ellas a ser una sociedad deudora incapaz de afrontar sus obligaciones, como así ocurrió.

Así resulta del informe de la Inspección Provincial de Empleo y Seguridad Social de Barcelona (obrante a folio 93 a 96 de las actuaciones) y demás documentación procedente de la Dirección Provincial de Barcelona de la Tesorería General de la Seguridad Social, listados informáticos de gestión, vida laboral, etc., documentación registral mercantil, aportados como anexos a dicho informe, e incluso la propia testifical practicada en el plenario, de donde se puede concluir:

a) Que la colocación de Manuel como administrador de ambas empresas formaba parte de un entramado defraudatorio pues pese a asumir dicha función, ninguna dirección efectiva de las sociedades llevaba a cabo, desprendiéndose de los datos recabados por la Tesorería de la Seguridad Social que el mismo ha figurado como administrador en un total de 84 sociedades, no habiéndose acreditado que éste hubiera realizado ninguna gestión bancaria en dichas entidades, como adujo, ni tan siquiera aquellos actos tendentes a reflotar la entidad Gráficas Barberá, finalidad para la que dice fue nombrado en dicha entidad. Siendo significativo como así afirmó el testigo agente de la Policía Nacional nº NUM001 que llevó a cabo la investigación, que en las declaraciones prestadas por los trabajadores de las entidades investigadas, ninguno de ellos conociera al acusado Sr. Manuel, pese a ser el administrador de la sociedad, afirmando todos ellos que quien dirigía la sociedad era Luciano. Y en este mismo sentido se pronunció el testigo Guillermo que declaró en el plenario que conocía a Luciano y que era su jefe, pero no conocía al Sr. Manuel, del que solo había oído su nombre. Por su parte el testigo Sr. Jacobo manifestó igualmente que tuvo relación profesional con Luciano, y que al Sr. Manuel lo vio en una sola ocasión al instar un acto de conciliación por su despido de la empresa, al que acudió el Sr. Manuel. Negando por su parte el testigo Lucas haber conocido al Sr. Manuel, y si bien el testigo Maximino afirmó que se pidió ayuda al Sr. Manuel para obtener financiación en bancos, también afirmó que éste no iba con frecuencia a la empresa y que no recibía órdenes de él.

Y por otro lado, de la documentación obrante a folios 214 a 224 de las actuaciones, consistente en las certificaciones recabadas por la Seguridad Social del Registro de la Propiedad en relación a las titularidades de ambas empresas y sus administradores, se desprende que el Sr. Manuel aparecía carente de cualquier bien, así como las entidades Gráficas Barberá y Vantamir, al contrario que el acusado Luciano. De manera que colocando al frente de las mismas al Sr. Manuel se impedía que la Tesorería se dirigiera contra los verdaderos responsables de las sociedades investigadas, siendo a su vez infructuosas las acciones que pudieran llevar a cabo sobre el patrimonio del Sr. Manuel, al carecer éste de titularidades a su nombre.

b) También considera el Tribunal sentenciador que se trata de un supuesto de sucesión empresarial que tuvo como finalidad dificultar la labor recaudadora de la Tesorería y consecuentemente eludir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias con dicho organismo, por cuanto como se desprende de la documentación aportada por la Tesorería General, en fecha 24 de enero de 2011, se produjo la última baja a efectos de cotización de la empresa Gráficas Barberá S.L., causando alta en la Seguridad Social la empresa Vantamir S.L. (26 de enero de 2011), y por tanto, tan solo dos días después del cese de la anterior. La sucesión de empresas es evidente.

Ambas sociedades mantenían el mismo domicilio social en el Polígono Industrial de Can Salvatella en Barberá del Vallés, y ejercían el mismo objeto social, junto con el trasvase de trabajadores que se produjo de una sociedad a otra, lo que lleva a entender, igualmente, acreditado que se realizó dicha sucesión empresarial con ánimo de burlar la actividad recaudadora de la Tesorería.

El trasvase de trabajadores resulta del propio modo acreditado no solamente a través de las hojas de vida laboral de los trabajadores Guillermo (folio 41 de las actuaciones), Valentín (folio 48), Jacobo (folio 53), Jose Pedro (folio 58), Teodoro (folio 63), Jesús María (folio 73), Jesús Carlos (folio 78), Lucas (folio 83) y Juan Alberto (folio 88), sino también de las propias manifestaciones prestadas en el plenario por los trabajadores que depusieron en él, viniendo todos ellos a manifestar que su jefe primero fue Porfirio, y que cuando éste enfermó se les indicó que la empresa pasaba a ser Vantamir S.L., manteniendo los derechos adquiridos como trabajadores de Gráficas Barberá, y pasando a ser su jefe Luciano. Así, Guillermo manifestó en el plenario que se subrogaron de una empresa a otra, y le mantuvieron las mismas condiciones, siguiendo trabajando en la misma máquina.

Por su parte el testigo Jacobo declaró que Porfirio era el jefe de Gráficas Barberá y cuando se cerró, le dijeron que iban a abrir otro centro de trabajo con otro nombre para salir adelante, en una reunión en la que también estaba la madre de Luciano y todos los trabajadores.



Por su parte la testigo Luisa indicó que la sociedad Gráficas Barberá tuvo ciertos impagos, lo que generó que no cumplieran con los pagos a la Seguridad Social por lo que se embargaron la maquinas. Y que luego pasaron a Vantamir porque se lo propuso Luciano , manteniendo las mismas condiciones laborales, aunque luego se les bajó el sueldo. Aunque hubo muchos clientes nuevos, los proveedores eran los mismos y también la maquinaria. Indicó asimismo que ahora la empresa se llama Talasa, a la que ella pasó por la administración concursal de Vantamir.

Asimismo, el testigo Lucas indicó que pasó a Vantamir porque Gráficas Barberá no iba bien y Luciano le llamó para decirle que había montado una empresa, respetándole la antigüedad, y la maquinaria nueva que se adquirió era auxiliar, porque las máquinas de impresión eran las mismas en las dos empresas.

El testigo Maximino , primo del acusado Sr. Porfirio , indicó que no hubo sucesión empresarial, sino que se pretendía volver a empezar, pero lo cierto es que dicha manifestación, razonan los jueces "a quibus", se encuentra carente de refrendo alguno, máxime cuando el mismo también señaló que la maquinaria de impresión seguía estando en Vantamir, así como que el mismo testigo pasó después a desempeñar su trabajo en Llob3, empresa vinculada a Vantamir, y que realizaba las funciones de comercial para Vantamir, lo que viene a acreditar el ánimo defraudatorio, pues se pretendía una diversificación artificial de las actividades que llevaban a cabo las entidades investigadas, cuya necesidad no se ha justificado, y cuyo administrador según se desprende de las manifestaciones del perito Ezequias en el plenario también era Luciano , lo que motivó que se derivara a dicha empresa la responsabilidad de la entidad Vantamir.

c) Junto con todo lo anterior, constituye también una evidencia del fraude llevado a cabo por los acusados el hecho de que en el seno del expediente de Apremio nº NUM000 (obrante a folios 414 y siguientes), tras la diligencia de embargo de maquinaria, en la que estuvo presente Maximino , y no el administrador de hecho de la sociedad, evidenciando el ánimo de ocultación de los verdaderos responsables de la sociedad a la Unidad de Recaudación, se procedió al embargo de diversa maquinaria descrita a folio 423 de las actuaciones, nombrándose depositario de la misma a Manuel según consta a folio 428, siendo así que al ser informados por la Tesorería que se iba a proceder a la extracción de los bienes, se indicó por el acusado que los mismos habían sido trasladados, sin autorización de la Tesorería, a la localidad de Cervelló, compareciendo allí funcionarios de la Unidad de Recaudación que pudieron constatar que se había hecho desaparecer diversa maquinaria (tales como la guillotina, la volteadora y el Toro Heli, a la vez que se había desmerecido el valor del Toro HV-Lift al hacer desaparecer el cargador del mismo). De manera que la Tesorería únicamente pudo extraer el resto de bienes no afectados por la tercería de dominio planteada por su verdadero titular y que al ser de escaso valor, determinaron que la subasta quedara desierta como consta a folio 519 de las actuaciones, procediéndose a levantar el embargo (folio 589 de las actuaciones) con la consecuencia de declaración de crédito incobrable según se desprende de la resolución obrante a folio 577 y 578 de las actuaciones.

También las afirmaciones del perito Ezequias , recaudador ejecutivo de la Unidad de Cerdanyola del Vallés, corroboraron que cuando se les informó de que los bienes se encontraban en otra localidad, fueron hasta allí para trasladarlos a Martorell, si bien no se encontró toda la maquinaria, llevándose solamente parte de los bienes embargados, al haber desaparecido unos bienes y haberse cambiado las placas de identificación de otra maquinaria, no realizando el administrador ninguna explicación acerca de los cambios en la maquinaria, pese a que se le puso en su conocimiento.

d) Del propio modo, la Audiencia analiza la pericial elaborada por Ana María , ratificada en el plenario, y frente a sus conclusiones exculpatorias, los jueces "a quibus" señalan que la entidad Vantamir realizó inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo, por importe de 187.920 euros y 190.185 euros, lo que denota tanto la existencia de ingresos, como el hecho de que se priorizó la inversión en tales entidades antes que el pago de los seguros sociales adeudados a la Tesorería.

En todo caso, el delito por el que han sido condenados los acusados no requiere una desatención en la llevanza del negocio, sino la defraudación ante el impago de cuotas a la Seguridad Social, y en este caso, la defraudación consiste en la sucesión de empresas, como modo de impedir el embargo y la realización de bienes, teniendo en cuenta que los activos de más valor fueron hechos desaparecer.

En este sentido, se aprecia cómo ambas sociedades tenían el mismo domicilio y objeto social, tratándose de una empresa familiar que se sucedió de padre a hijo, habiendo sido designado el Sr. Manuel como administrador de la entidad Gráficas Barberá cuando se inician los incumplimientos con el fin de colocar al frente de esta sociedad a una persona que sirviera de pantalla frente a la Tesorería, de manera que no pudiera conocerse quiénes eran los verdaderos dueños de la empresa, siendo aquél una persona carente de bienes y titularidades, lo que dificultaría las labores de cobro de las cantidades adeudadas, además de las maquinaciones llevadas a cabo para hacer desaparecer los bienes embargados por la Tesorería. Y así, una vez finalizada la sociedad Gráficas Barberá, se dio de alta la entidad Vantamir S.L., cuya titularidad era ostentada



por el acusado Luciano, el cual, pese a conocer el infortunio de la empresa de su padre, administrada por el Sr. Manuel, vuelve a colocarlo como administrador de Vantamir, de manera que la responsabilidad no recayera sobre su propio patrimonio. Generando nuevamente impagos a la Seguridad Social, pese a que se disponían de ingresos con los que hacer frente al pago de las cuotas.

Como acertadamente destaca el Ministerio Fiscal, recordaremos los puntos sustanciales a los que nos hemos referido:

1. El 24 de enero 2011 se produce la última baja a efectos de cotización de la empresa Gráficas Barberá, SL y el 26 de enero de 2011, el alta de Vantamir, S.L.
2. Vantamir hasta ese momento tenía como objeto social la promoción inmobiliaria.
3. Se designa (para reflotar la empresa) como gerente de Vantamir, S.L., a Manuel ya con amplio expediente de incumplimiento en el pago de cuotas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
4. Vantamir pasa a tener el mismo domicilio, y objeto social, que Gráficas Barberá, S.L. también asume los trabajadores de ésta.
5. Cuando la unidad de Recaudación pretende embargar maquinaria de la empresa, la misma ha desaparecido.
6. Es un hecho acreditado que durante el periodo de tiempo en que se produjo el impago, la mercantil tuvo importantes ingresos por la actividad desarrollada.

De lo que hemos transcrito resulta claramente que no podemos tildar a la sentencia recurrida de falta de motivación, ni de inexistencia de prueba de cargo, analizada con racionalidad por la Audiencia, como son las certificaciones de la Seguridad Social, acreditando la realidad del impago, la documentación que sustenta la afirmación acerca de la sustitución de las mercantiles ya señaladas, las declaraciones de los testigos aseverando los hechos referidos y la pericial oficial que analizó toda la documentación presentada.

Su valoración es exhaustiva y razonable, tanto desde el prisma de la prueba de cargo, como desde la perspectiva de la de descargo, como sucede con las aportaciones del perito de parte que la Sala contrasta con el resto de las periciales para negarle la eficacia que el autor del recurso pretende.

Hay que advertir que los informes periciales no resultan vinculantes para el órgano de enjuiciamiento. Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente se le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

De todos modos, nuestra jurisprudencia declara (STS 833/2021, de 29 de octubre) que el hecho probado refleja, desde luego, algo más que un problema de solvencia. Basta la lectura de algunos de los pasajes fácticos de la sentencia recurrida, básicamente aquellos que describen la concurrencia del dolo defraudatorio, para suscribir esta conclusión. Prescindimos, por tanto, del relato que contiene el hecho objetivo del impago y nos centramos en el fragmento mediante el que se precisa esa voluntad elusiva del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, consistente en el plan urdido al efecto por los acusados, al que anteriormente nos hemos referido.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Por el segundo motivo, articulado por el cauce autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente sostiene que hubo error en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos que obran en las actuaciones y que no han sido contradichos por otros elementos de prueba.

El recurrente no solamente esgrime en su defensa el informe pericial de Ana María, al que ya nos hemos referido con anterioridad, y que no puede tener valor de documento literosuficiente a estos efectos casacionales, ya que está contradicho por otras pruebas valoradas por la Audiencia, y que el recurrente lo desglosa de la siguiente manera:

- Folios 1 a 17 del Informe pericial
- Páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha) del Anexo 1 (sin foliar)
- Páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha) del Anexo 2 (sin foliar)
- Folios 2 a 8 del Anexo 3, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración-



esquina superior derecha)

- Folios 2 a 8 del Anexo 4, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 5, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 9, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 10, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 11, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 12, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Folios 2 a 8 del Anexo 13, correspondientes a las páginas 1 a 7 (numeración esquina superior derecha)
- Anexo 16 completo (sin foliar)

Además, en el desarrollo de este motivo, el recurrente propone, como elementos documentales, los siguientes, extraídos de la prueba aportada por la defensa del ahora censurante:

- Documento 3 completo (relación de impagados de la sociedad del grupo Llob 3 SL).
- Documento 9 completo (certificado de deuda emitido por la TGSS)
- Documento 10 completo (acuerdo de derivación de responsabilidad solidaria de la TGSS a Luciano)

Tales documentos son precisamente los analizados por la Audiencia, en unión de otros muchos y del resto de la practicada, y forman parte del elenco probatorio que utilizó el Tribunal sentenciador para lograr su convicción.

En definitiva, ni los documentos citados son literosuficientes, ni es cierto que el Tribunal no los haya utilizado para fijar la convicción expresada en el fallo, ni, en suma, cabe en casación la invocación de tal contenido de documentos que lo único que pretende es una valoración completa de la prueba, imposible en esta extraordinaria instancia casacional.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO .- En el tercer motivo, formalizado por pura infracción de Ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 307 bis, "en relación con los artículos 307.1, 28, 56.1.2º, 109 y 123 del Código Penal".

Lleva a cabo el recurrente en el desarrollo del motivo, tres quejas casacionales.

La primera, que la modificación de los hechos probados en el sentido expresado en el motivo anterior comportaría necesariamente la imposibilidad de considerar al acusado como autor del delito de defraudación a la Seguridad Social por el que ha sido condenado.

Pues, bien, desestimados ambos motivos, la censura queda sin contenido alguno.

En segundo lugar, que no existen elementos probatorios que justifiquen "la existencia de un ánimo defraudatorio en el impago de cuotas, habiendo ofrecido los acusados y los testigos que han depuesto en el plenario versiones contradictorias a la ofrecida por las acusaciones y que, cuanto menos, debieran originar dudas en el Tribunal acerca de la incardinación de los hechos en el elemento subjetivo del tipo del art. 307 bis del CP, en relación con el art. 307 del CP".

En este caso, la razón de su desestimación reside en la falta de acatamiento a los hechos probados, consecuencia del motivo por el que se encauza esta queja casacional, que no permite su cuestionamiento (art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Además, alega una duda ("in dubio..."), que no ha proclamado en momento alguno el Tribunal sentenciador.

Y finalmente, porque el recurrente mantiene que la operación descrita en el *factum* no puede ser entendida como una maniobra defraudatoria, en contra de la propia literalidad del juicio histórico que narra la recurrida, que se encabeza reseñando que los acusados "urdieron un plan directamente encaminado a eludir tales obligaciones que debían atender en cuanto empresarios respecto de las entidades Gráficas Barberá S.L., y Vantamir".

Así, la reciente sentencia de esta Sala 518/2021, 14 de junio, recuerda que "... la conducta defraudatoria que exige el tipo no equivale a cualquier conducta irregular, ni tan siquiera a la utilización de mecanismos de fraude de ley que busquen eludir o reducir el alcance de la obligación amparándose en una norma que, sin embargo, no resulta ajustada a dicha realidad. Sobre esta cuestión, resulta obligado partir de la STC 120/2005 en la que el



Tribunal traza una nítida frontera entre el mecanismo del fraude de ley y el fraude típico exigido por el artículo 305 CP, figura hermanada con la que hoy nos ocupa.

La acción fraudulenta, como ha sido definida de manera reiterada por esta Sala de Casación, exige una conducta mendaz de ocultación de la realidad sobre la que se conforman las bases de la cotización. El despliegue de un artificio engañoso, afirmamos en la sentencia 374/2017, que pueda resultar idóneo para ocultar la obligación o desfigurar su contenido objetivo o subjetivo. Con expresa invocación a la Convención relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995, hemos asumido como concepto de defraudación, mutatis mutandi trasladable al espacio de tipicidad regulado en el artículo 307 CP, el que se define en el artículo primero de dicho convenio, "como cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización y presentación de declaraciones de documentos falsos o actos completos que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de la Unión".

De tal modo [que] si no existe ocultación proyectada en algunos de estos elementos que integren la obligación, no cabe hablar de fraude penalmente significativo, y ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que puedan haberse contraído a la luz de los tipos sancionatorios previstos en legislación sectorial -vid. Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y 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-.

El defraudar eludiendo, como afirmábamos en nuestra sentencia 1046/2009 de 27 de octubre, implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de una realidad en la que aquel se basa u origina. Se castiga a quien, ocultando la realidad, no declarándola correctamente o simplemente no declarándola, además, no paga. Si bien ello no significa de forma necesaria que solo resulten relevantes los actos defraudatorios en la fase de pago. Cabe también identificar conducta típica en comportamientos previos que respondan a un plan destinado, precisamente, a eludir el pago aun cuando los datos liquidatorios que se presenten a la administración de la Seguridad Social, reflejen de manera adecuada las bases de cotización. Como sería, por ejemplo, situarse de manera ficticia e intencional en una situación de insolvencia, el fraccionamiento de la actividad en varias empresas o la interposición como responsables de empresas ficticias".

Esto es precisamente lo que se describe en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida. Y en la misma línea se expresan las SSTs 1333/2004, 19 de noviembre; 1046/2009, 27 de octubre; y 582/2018, 22 de noviembre.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **DON Luciano**, contra Sentencia de fecha 28 de enero de 2020, dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas por su recurso en la presente instancia casacional.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.