



Roj: **STS 3430/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3430**

Id Cendoj: **28079120012020100550**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **195/2019**

Nº de Resolución: **534/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 534/2020

Fecha de sentencia: 22/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 195/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/10/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: JAS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 195/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 534/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García

En Madrid, a 22 de octubre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 195/2019 interpuesto por la acusación particular **D. Serafin**, representado por la procuradora D^a. Isabel Salamanca Álvaro, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Rubio Barbero; **MANAGEMENT GESAN SLU**, representada por la procuradora D^a Marta Loreto Outeiriño Lago, bajo la dirección letrada de D^a Gema Montealegre Barrilero; y por **APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU**, representada por la procuradora D^a Virginia Gutiérrez Sanz, bajo la dirección letrada de D. Jesús Federico García Bago; contra Sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado 101/2017 por delito continuado de estafa agravada.

Ha sido parte la mercantil DEUTSCHE LEASING IBÉRICA EFC, S.A.U, representada por la procuradora D^a Pilar Azorín-Albiñana López, bajo la dirección letrada de D. Fernando Filizzola del Río, y la mercantil MECANITZATS BOSCH, S.L., representada por el procurador D. Pedro Pérez Medina, bajo la dirección letrada de D. Juan Casas Ribas; y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, el 11 de octubre de 2018, se dictó sentencia condenatoria a **Serafin**, y como responsables civiles a las mercantiles **MANAGEMENT GEZAN SLU y APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU** de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO.- Se considera probado y así se declara que Serafin, mayor de edad, con antecedentes penales al haber sido condenado por la Sección de la audiencia Provincial de Barcelona por delito de estafa en sentencia firme de 5 de marzo de 2010 y cuya actividad profesional era la de venta de maquinaria de segunda mano, con la finalidad de obtener un beneficio, patrimonial orquestó y llevo a cabo el siguiente plan para lo cual se sirvió de dos sociedades, Management Gezan SLU de la que desde mayo 2014 era administrador único Jesús Manuel y Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU de la que en la misma fecha eran administradores solidarios el hoy acusado y Serafin, si bien tanto aquél como este carecían de decisión y disposición que recaía exclusivamente en Serafin:

10) El día 3 de septiembre de 2014 y a indicación suya, Management Gezan SLU, formalizó a través del administrador formal Jesús Manuel, un contrato de leasing con Deutsche Leasing Ibérica FC SAU sobre una maquina industrial por una cantidad de 173.930,20 euros, entregando una cantidad inicial de 13.000 euros y comprometiéndose a abonar sesenta cuotas mensuales de 2.636,67 euros.

El contrato de leasing no fue inscrito por el arrendador financiero en el Registro de Bienes Muebles hasta febrero de 2015.

Serafin, que no tenía intención alguna de cumplir con su obligación contractual sino obtener un beneficio económico a costa de Deutsche Leasing Ibérica FC SAU a quien solo abonó un par de las cuotas pactadas, se valió de Management Gezam SLU que constaba como empresa solvente en "Informa" y de la relación que esta empresa tenía con Ferrotall quien había vendido la máquina a Deutsche Leasing, para aparentar, sin que su nombre apareciera, la solvencia necesaria para que el arrendador financiero decidiera concluir el contrato.

No ha resultado fehacientemente acreditado que Arsenio, hijo del anterior, mayor de edad y sin antecedentes penales, no vinculado formal o materialmente a Management Gezam, conociera el propósito de su padre e interviniera de algún modo en las negociaciones y conclusión del contrato de leasing.

20) Una vez la maquina estuvo en poder de Serafin, se ubicó en un almacén sito en la calle Progres no 39 de Gavá en el que, regentado materialmente por Arsenio, se llevaba a cabo la actividad de venta de maquinaria industrial de segunda mano a la que Serafin se venía dedicando. Sin solución de continuidad y siguiendo con su plan de enriquecerse ilícitamente, acordó la venta de la misma a Arsenio y su sociedad Mecanitzats Bosch, operación que se llevó a cabo a través de un intermediario/comisionista (Enrique) en quien Everardo, administrador de dicha sociedad, tenía gran confianza al conocerse de mucho antes al estar sus establecimientos o locales en el mismo polígono el cual se la ofreció presentando a Arsenio como propietario de dicha máquina.

La compraventa tuvo lugar a 30 de octubre de 2014 y por un precio, IVA incluido, de 90.750 euros, tras haber comprobado el comprador en el almacén de Gavá, donde se ofertaban a la venta otras máquinas de segunda mano, el perfecto funcionamiento de la maquina acompañado de Gumersindo, hijo del intermediario y a través de Informa la existencia, actividad y aparente solvencia de Aplicaciones Tecnológicas Suizas así como la no inscripción de la maquina en el Registro de Bienes Muebles, inscripción que Deutsche Leasing Ibérica no llevó a cabo hasta el día 2 de febrero de 2015.



El precio pactado fue hecho efectivo a 7 de noviembre de 2014 mediante transferencia bancaria a favor de una cuenta de Bankia titularidad de Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU constando como autorizados Jorge y Serafin .

La máquina, (ofrecida por Gumersindo , como propiedad de Arsenio y libre de cargas y gravámenes) una vez formalizada la venta fue trasladada, a instancias del comprador, a un almacén perteneciente a Transportes Transcanigó S.L donde permaneció en custodia, sin ser utilizada a la espera de que Everardo acondicionara el local de su empresa Mecanitzats Bosch S.L. donde debía ser instalada.

Una vez descubiertos los hechos, Deutsche Leasing Ibérica retiró la máquina, que seguía en el almacén de Cornellá de Terri, comprobando que se habían retirado de la misma el sistema informático y eléctrico ascendiendo el perjuicio causado a la cantidad de 24.207,26 euros.

Toda la operación, -que constituía el punto final del plan urdido por Serafin , fue directamente dirigida y controlada por el cual ordenó, a través de su hijo, que la maquinaria cuyo arrendamiento financiero se había contratado por Management Gezan fuera vendida a Everardo por Aplicaciones Tecnológicas Suizas de la que era administrador solidario junto a Jorge , mero testaferro, a cuyo favor se giraron las facturas y se hizo el pago.

No ha resultado debidamente acreditado que Arsenio , ajeno formal y materialmente a las sociedades Management Gesam y Aplicaciones Tecnológicas Suizas conociera que la maquinaria que se depositó para la venta en el establecimiento familiar que regentaba tuviera una procedencia ilícita y que su venta formara parte de un plan articulado y dirigido a enriquecerse a costa de terceros."

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

"Que debemos condenar y condenamos Serafin responsable de un delito continuado de estafa agravada, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de cinco años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a una pena de once meses multa a una cuota diaria de 10 euros (3.300 euros) cuyo impago comportará como responsabilidad personal subsidiaria 150 días de prisión así como al abono de una cuarta parte de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a MANAGEMENT GEZAN SLU y a APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS SLU de conformidad con lo dispuesto en los artículos **31 bis** y 251 bis a cada una de ellas una pena de multa de 250.000 euros así como al abono cada una de ellas de una cuarta parte de las costas procesales.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Arsenio estafa agravada del que venía acusado declarando de oficio una cuarta parte de las costas procesales.

Serafin , MANAGEMENT GEZAN SLU y APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS SLU satisfarán solidariamente en concepto de responsabilidad civil a DESTSCHE LEASING IBÉRICA EFC la cantidad de 24.207,26 euros más intereses legales y a MECANITZATS BOSCH S.L la de 90.750 euros más intereses legales, a cuyo pago expresamente se les condena.

Se declara la nulidad del contrato de arrendamiento financiero suscrito a 3 de septiembre de 2014 entre Deutsche Leasing Ibérica EFC y Management Gezan SLU."

TERCERO.- Por la representación procesal de Mecanitzats Bosch y el Ministerio Fiscal se presentaron escritos solicitando aclaración a la sentencia dictada. Por Auto de Aclaración, de fecha 29 de noviembre de 2018, se acordó:

"Se RECTIFICA parcialmente el Antecedente de Hechos Probados de la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 en el sentido de quede dice: ".. al haber sido condenado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona por delito de estafa en sentencia firme de 5 de marzo de 2010..." dirá: "... al haber sido condenado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona por delito de estafa en sentencia firme de 5 de marzo de 2010 a la pena, entre otras, de un año y seis meses de inhabilitación profesional que extinguió el 19 de marzo de 2014...".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de Serafin , MANAGEMENT GESAN SLU y APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU., 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

A) Serafin :



Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de los preceptos penales sustantivos contenidos en los arts. 74, 248.1, 249 y 250.1 CP.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestra la equivocación del juzgador.

B) MANAGEMENT GESAN, SLU:

Motivo Primero.- Vulneración de precepto constitucional. Al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, concretado en la falta de motivación de la resolución judicial.

Motivo Segundo.- Vulneración de precepto constitucional. Al amparo de los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, concretado en la omisión del principio de congruencia al no pronunciarse la sentencia sobre la inimputabilidad de la persona jurídica alegada.

Dentro de este motivo, se alega:

- Infracción de Ley. Al amparo del artículo 849.1 LECr, en relación con los artículos **31 bis**, al ser la persona jurídica inimputable y no tener encaje en el precepto, según jurisprudencia que cita.

- Vulneración de precepto constitucional. Al amparo de los artículos 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al artículo 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación a la prohibición de la doble sanción (*non bis in idem*) al haberse condenado al administrador de hecho y a la persona jurídica controlada por aquél.

- Infracción de Ley. Al amparo del artículo 849.1 LECr, en relación con los artículos **31 bis** 1º a), al no concurrir beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Motivo Tercero.- Vulneración de precepto constitucional. Al amparo de los arts. 852 LECr., y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación a la adquisición del estatus procesal del investigado (infracción del art. 119 y 409 bis tal y como se expuso en cuestiones previas de forma documentada antes del acto del juicio oral.

Dentro de este motivo, se alega:

- Vulneración de precepto constitucional. Al amparo de los artículos 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al artículo 24.1 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación al principio acusatorio, al no constar en el escrito de acusación los hechos por los que viene siendo acusada la persona jurídica, es, referencia alguna a la inexistencia de mecanismos internos de control y de cultura de respeto o desafección hacia la norma o la insuficiente eficacia de los que pudieran existir.

C) APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU:

Motivo Único.- Al amparo del art. 849.1 LECr, al considerar que ha sido infringida la Ley por indebida aplicación de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto se entienden infringidos, por indebida aplicación, los arts. **31.bis** y 251.bis en relación con los arts. 74, 248.1, 249 y 250.1 CP y la jurisprudencia que los interpreta.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, por diligencia de ordenación de fecha 27 de enero de 2020, se tuvo por decaído del trámite conferido a las partes recurridas. El Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los recursos interpuestos, impugna los motivos de los mismos, y subsidiariamente su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 15 de enero de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 20 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Serafin

PRIMERO.- 1. El primer motivo se formula por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por vulneración de los preceptos penales sustantivos contenidos en los arts. 74, 248.1, 249 y 250.1 CP.

En el desarrollo del mismo se hace constar que del análisis que se realizará de hechos probados, con base a una errónea valoración de la prueba, se deduce la incorrecta aplicación de los artículos 74, 248.1, 249 y 250.1 del Código Penal, ya que al no haberse acreditado debidamente la autoría de los hechos, no puede apreciarse la subsunción en las normas aplicables para determinar la condena.



En definitiva, se queja el recurrente de que no ha quedado acreditado que el mismo haya sido el beneficiado más allá, en todo caso, de una comisión pactada del movimiento comercial en el que participó, y sobre todo el elemento subjetivo del engaño. Con la participación de intermediarios, empresarios, comisionistas, y estando toda la documentación a disposición de todos ellos, no puede entenderse que el acusado realizara una actividad dolosa encaminada a provocar el engaño, como parte de un plan previamente orquestado por él desde un principio con un propósito defraudatorio.

Añadiendo que la imputación de culpabilidad al acusado está basada en una piedra angular fundamental, sin la cual, la argumentación de la acusación y por añadidura la condena se desmoronan, piedra angular que consiste precisamente en el hecho de que el recurrente era el único y verdadero administrador de las sociedades Management Gezan S.L.U. y Aplicaciones Tecnológicas Suizas S.L.U., siendo Jesús Manuel y Jorge meros testaferros.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. La subsunción jurídica del relato fáctico que lleva a cabo el Tribunal a quo es correcta, ya que esta Sala ha considerado que, esta modalidad de estafa, aparece -vid STS. 1998/2001, de 29.10- cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1.998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000, entre otras).

Al respecto, existe abundantísima jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse (por todas SSTS 580/2000, de 19 de mayo y 1012/2000, de 5 de junio).

Entre otras en la sentencia 42/2014, de 5 de febrero, apuntábamos que el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. Además, la Sala ha establecido en múltiples precedentes que configura el engaño típico la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no



será posible. En ocasiones -precisa la STS. 1341/2005, de 18.11- se designa a esta hipótesis como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera, la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

Y, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000, de 11.7, del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado."

4. Los anteriores requisitos concurren en el caso analizado y así se desprenden del relato fáctico, donde, entre otros extremos no cuestionados, se declara probado que el acusado era el administrador de facto de las dos mercantiles condenadas, proclamando que el acusado " *se sirvió de dos sociedades Management Gezan SLU de la que desde mayo de 2014 era administrador único Jesús Manuel y Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU de la que en la misma fecha eran administradores solidarios el hoy acusado y Jorge, si bien tanto aquel como éste carecían de toda capacidad de decisión y disposición que recaía exclusivamente en Serafin* " .

Ahora bien, el recurrente no respeta el hecho probado, sino que lo cuestiona. El motivo cuya infracción se alega solo permite discutir si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la ley, pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por la Sala.

Lo anterior es suficiente para la inadmisión del motivo, ante la claridad del relato de hechos probados puesto que el acusado lo fundamenta exclusivamente en un hecho contrario al declarado probado, es decir, que los representantes reales de las empresas citadas eran otras personas distintas a él, a las que niega la condición de testaferros que les atribuye la sentencia recurrida, a la vez que defiende su intervención como mero comisionista, dato que no aparece en momento alguno en el relato de hechos probados.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestra la equivocación del juzgador. Considerarse infringidos e indebidamente aplicados los arts. 109, 110, 112 y 115 CP, relativos a la responsabilidad civil de los delitos y su extensión, así como el art. 1101 CC, sobre la indemnización de los daños y perjuicios.

En este segundo motivo entremezcla el recurrente razones de error de hecho y de derecho. Comienza el motivo quejándose de que en primer lugar, la prueba de cargo procede en un porcentaje muy elevado del testimonio de quienes en buena medida aparecen como responsables inicialmente, de manera formal, por sus cargos en las sociedades implicadas, especialmente, en el caso de D. Jesús Manuel, que es quien formaliza el contrato de leasing origen de toda la trama, en representación de una sociedad con la que el acusado sólo tenía una relación comercial comisionista, para denunciar los hechos cuando ya se había llevado a cabo toda la operación y "desaparecer" acto seguido. En segundo lugar, porque realmente no se ha acreditado que el acusado obtuviera el beneficio económico de la operación, más allá de la obtención en su caso de su porcentaje pactado de beneficio en la misma. En tercer lugar, se afirma que aparecen en la operación diversos intermediarios, comisionistas, cada cual con su participación en el negocio, con su oportuna comisión o porcentaje, al igual que el acusado, que no observaron ninguna irregularidad. mi representado no pasa de ser un intermediario más, más o menos cualificado y con un prestigio comercial y conocimiento del mercado e infraestructura que permitió poner en contacto o todos los demás intervinientes, pero ni mucho menos ha quedado acreditada su elaboración de un plan premeditado.

Finalmente, afirma el recurrente que todo ello tiene un apoyo documental en el folio 143, donde aparece el cese y nombramiento de cargos de Management Gesan, S.L.U., en que cesa Emilio como administrador solidario y Jesús Manuel queda como administrador único, en escritura número 2535 del protocolo de Don Antonio Díez de Blas, otorgada el 16/5/2014, en el folio 591, donde aparece la venta participaciones Management a Emilio, de fecha 9/8/2013, número 1180 del protocolo de Don David Pobles Layunta, folios 824 y siguientes, de información bancaria, folio 869 y siguientes (contrato de arrendamiento financiero), y 952 y siguientes (extractos de cuentas).

2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 27-6-2012, nº 569/2012, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no



acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo (SSTS. 936/2006, de 10 de octubre y 778/2007, de 9 de octubre, entre otras muchas) viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.
- 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que, en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad (STS 207/2017, de 28 de marzo).

3. Ninguno de los documentos citados por el recurrente son literosuficientes, han sido valorados por el Tribunal en relación con otras pruebas documentales y personales, así destaca la Sala de instancia que entre el contrato de leasing y la venta de la maquinaria a un tercero, apenas trascurren dos meses, del 3 de septiembre al 30 de octubre de 2014 (hecho acreditado documental y testificalmente), que el acusado declaró ser administrador solidario de Aplicaciones, que el propio Jorge declaró ser un testaferro, que Aplicaciones no tenía empleados y que era una sociedad instrumental, que el testigo adquirente de la maquinaria y víctima del delito, Everardo , manifestó que fue el propio acusado, hoy recurrente, quien le dijo " Jesús Manuel es un testaferro mío" y el testigo Emilio , predecesor de Jesús Manuel como administrador formal de Management, declaró que le ofrecieron 500 € al mes por aparecer y firmar, pero que ni iba a trabajar, ni hacía nada en Management más que aparecer como administrador. Además, el dinero de la venta realizada por Aplicaciones, fue directamente a una cuenta corriente en la que aparecen como autorizados Jorge y el acusado.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta ninguno de los documentos citados por el recurrente implica una modificación de la narración histórica, incluyendo elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar, lo lógico y razonable como lo hace el Tribunal de instancia es declarar acreditada la participación del acusado en el delito de estafa por el que viene condenado, descartando toda incidencia negativa en el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

Recurso de Management Gesan, SLU

TERCERO.- 1. En el primer motivo del recurso se alega vulneración de precepto constitucional. Al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, concretado en la falta de motivación de la resolución judicial.

Se queja el recurrente de que el Tribunal ha olvidado fundamentar porque la empresa Management Gezan SLU debe ser responsable civilmente, el motivo por el cual la empresa Management Geza SLU es una empresa imputable, cual ha sido la mínima actividad legal que ha tenido para poder considerarle imputable, cual es el motivo por el cual Serafin y Management Geza SLU son independientes el uno del otro, a pesar de que en la sentencia dice que realmente Serafin tenía el mismo intereses que la empresa Management y la dirigía el con el fin de delinquir. Por lo tanto entiende que a la sentencia le falta fundamentación en lo referente a los motivos



que llevan a condenar a la empresa Management Geza SLU y ello le genera indefensión porque al desconocer los motivos que lleva a la toma de esta decisión y no puede utilizar ninguna argumento para defenderse.

2. Por lo que se refiere a este primer aspecto del recurso, debemos señalar como ha recordado repetidamente esta Sala (SSTS de 18 de marzo de 1996 ; 13 de noviembre de 1998; 7-6-2012, nº 469/2012), el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, con carácter de derecho fundamental, en el sentido en el que aquí se alega, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho, es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado.

Ello significa que la tarea casacional ha de contraerse en los supuestos de mención del referido derecho fundamental, a la estricta comprobación de los contenidos argumentales de la resolución recurrida, de su razonabilidad y valor como respuesta fundada a las cuestiones suscitadas y sobre las que se pronuncia, pero sin que, en ningún caso, pueda suponer la utilización de esta vía entrar a valorar nuevamente el material probatorio disponible, sustituyendo el criterio a este respecto del Tribunal de instancia por el que aquí pudiera alcanzarse.

Conviene, por tanto, precisar que no debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal "a quo", a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión comporta el de obtener una resolución motivada, razonada y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (STC núm. 258/2007). A las partes asiste el derecho a que sus pretensiones sean resueltas por los órganos jurisdiccionales de forma expresa y motivada o, excepcionalmente, de forma tácita, pero resultante de manera evidente del contenido de la resolución judicial. En relación a los aspectos fácticos de la sentencia penal, es preciso que los hechos que se declaran probados vengan unidos a una explicación comprensible de la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba y del camino seguido desde ésta hasta aquellos. Esto no quiere decir que el Tribunal deba pronunciarse expresamente acerca de cualquier aspecto de los hechos que las partes hayan alegado, pues solo debe hacerlo respecto de aquellos que resulten relevantes a los efectos de la aplicación de la ley penal. Tampoco es precisa una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones, siempre que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones de las partes (Cfr STS 8-12-2008, nº 907/2008).

El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada un derecho de los jueces y tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma bastante, las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que como se dice en la STS. 714/2014, de 12.11, lo que además ya venía preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE, y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley. (STS 719/2016, de 27 de septiembre).

3. La sentencia de instancia dedica el FD 4º a la autoría, donde principalmente justifica la absolución de Arsenio , coimputado e hijo de Serafin , y con respecto a Serafin , en cuanto a su participación directa y dolosa en los hechos, se remite a lo analizado en el fundamento anterior.

En relación al recurrente Management, en la sentencia se dice lo siguiente: *"El reproche penal debe ser extendido a Management Gezan SLU y a Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU, sociedades instrumentales a través de las cuales Serafin cometió el delito continuado de estafa y que se beneficiaron del ilícito enriquecimiento logrado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 251 bis b) en relación con el artículo 31 bis ambos del CP ."*

De este modo, la Audiencia está explicando que condena a las personas jurídicas por tratarse de sociedades instrumentales, a través de las cuales, el acusado persona física, cometió el delito continuado por el que se condena, explicación que, aunque es muy escueta, como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal, debe ponerse en relación con el resto de los fundamentos jurídicos, donde se aportan otros datos de interés que pueden servir para integrar el razonamiento referido.

En efecto, en el FD 2º se afirma que *"permitió a Serafin urdir el plan fraudulento que orquestó y llevó a cabo a través de las dos sociedades, también acusadas (Management Gezan y Aplicaciones Tecnológicas Suizas); de las que "levantado el velo" aparecía como real -y único- administrador (...)"*

Jesús Manuel , administrador de Management Gezan desde mayo de 2014 y que igualmente se esfumó tras los hechos, era igualmente un testaferro de Serafin , resultando significativa al respecto, lo declarado por Everardo (Mecanitztas Bosch) "cuando se descubrieron los hechos y pidió explicaciones, Arsenio le dijo que "no sabía nada y por la tarde le llama Serafin y le dice que le sabe muy mal lo que ha pasado, que era algo entre



él y un testaferro suyo", concretamente, " Jesús Manuel es testaferro mío". A lo afirmado coadyuva....." (aquí recoge lo declarado por quien aparecía como administrador de la mercantil y del apoderado de Deutsche Leasing Ibérica) (...)

Serafin , valiéndose de testaferros, era quien gestionaba y controlaba las que eran en realidad "sus sociedades" (instrumentales) y que se valió de ellas para materializar el plan ilícito del que se lucró a costa de terceros.

3º) Efectivamente, es precisamente a través de estas sociedades que el acusado Serafin articula el engaño bastante que posibilita la conclusión de Management Gezam (esto es, de Serafin) del contrato de leasing con Deutsche Leasing Ibérica a la que induce a error y realiza el desplazamiento patrimonial (la entrega de la maquinaria) causante de perjuicio al que seguirá, sin solución de continuidad, el engaño (también bastante) que, generando un error sobre la titularidad de la máquina industrial que creía adquirir, conduce a Everardo , administrador de Mecanitzats Bosch, a realizar el desplazamiento patrimonial o pago del precio convenido (90.750 euros) causante de perjuicio, concretado en facturarle a nombre de Aplicaciones Tecnológicas Suizas (esto es, a Serafin)...."

En definitiva, y sin perjuicio de que comparta o no este Tribunal, como posteriormente analizaremos, la tesis de la Audiencia Provincial en lo que se refiere a la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas y la necesidad de mayor o menor distinción entre el delito de la persona física y el delito de la persona jurídica, de lo expuesto se desprende que la Audiencia ha explicado de forma mínima, pero suficientemente, las razones por las que ha condenado a las mercantiles, por lo que no podemos hablar de indefensión, ya que conforme a la doctrina constitucional, anteriormente expuesta, el Tribunal deba pronunciarse expresamente acerca de cualquier aspecto de los hechos que las partes hayan alegado, pues solo debe hacerlo respecto de aquellos que resulten relevantes a los efectos de la aplicación de la ley penal, tampoco es precisa una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones, siempre que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones de las partes, siendo posible también la respuesta tácita.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 1. En el segundo motivo, se denuncian dos vulneraciones de preceptos legales, al amparo de los arts. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, concretado en la omisión del principio de congruencia al no pronunciarse la sentencia sobre la inimputabilidad de la persona jurídica alegada, y en relación al artículo 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación a la prohibición de la doble sanción (*non bis in idem*) al haberse condenado al administrador de hecho y a la persona jurídica controlada por aquél. Y, en íntima conexión con las mismas, dos infracciones de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr, en relación con los artículos **31 bis**, al ser la persona jurídica inimputable y no tener encaje la conducta descrita en el precepto, según jurisprudencia que cita, y en relación con los artículos **31 bis** 1º a), al no concurrir beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

En el desarrollo del motivo, en primer lugar, se queja el recurrente de que alegó en defensa de su representada Management Gezan S.L.U. la inimputabilidad de la persona jurídica y sin embargo la sentencia no se pronuncia a este respecto, por lo que afirma que nos encontramos ante una incongruencia externa por omisión porque la sentencia no se pronuncia sobre una cuestión debatida en el acto del juicio.

En segundo lugar, se afirma que la imputación solo es jurídicamente posible, respecto de ciertas y determinadas personas jurídicas que desarrollan una mínima actividad legal, no bastando que formalmente se les haya reconocido la personalidad jurídica, sino que materialmente la tengan y la ejerzan actuando en el tráfico jurídico. En este sentido, afirma que podemos encontrarnos básicamente, a estos efectos, con tres tipos de personas jurídicas: las que desarrollan una actividad legal, mayor que su actividad ilegal; aquellas que realizan mayor actividad ilegal que legal (citadas ex artículo 66 bis, 2ª, b) del CP al tratar la modulación de las penas interdictivas), y por último las "sociedades pantalla", meros instrumentos del delito.

En efecto, a las dos primeras de las mencionadas son imputables, pues solo una empresa con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la "culpa organizativa", prevista por el artículo **31 bis** del Código Penal. Por el contrario, las denominadas "sociedades pantalla" que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales. En estos casos el sistema de imputación vendrá dado por el mecanismo del "levantamiento del velo" dirigiendo la acción penal únicamente hacia las personas físicas que están detrás de la organización.

Y, en este caso, nos encontramos ante esta última situación, la recurrente es una "sociedad pantalla" que tras el levantamiento del velo se ha descubierto que quien realmente era el administrador de la sociedad es el también



condenado Serafin , como se afirma en el FD 2º, la recurrente no tenía una sede propia sino que su domicilio era el mismo que el de la también condenada Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU, no se ha demostrado que desarrollara ninguna actividad, por lo que la condena conjunta de la persona física y la jurídica ha generado, una infracción del principio *non bis in ídem*. Además, MANAGEMENT GEZA SLU no ha tenido ningún lucro patrimonial o enriquecimiento de ningún tipo, solicitando su libre absolución.

2. En primer lugar, debemos hacer constar, que se entremezclan por el recurrente motivos por *error iuris*, acumulados a través del art. 852 LECr a infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva y también un vicio propio de un recurso por quebrantamiento de forma que tiene sus propias reglas, es decir la incongruencia omisiva.

En cuanto a esta última queja hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3) que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero es más el recurrente no ha hecho uso del remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ que la jurisprudencia de esta Sala -por todas citamos las sentencias 648/2018, de 14 de diciembre y 288/2019- ha convertido en presupuesto previo de un motivo por incongruencia omisiva, de manera que se dé al Tribunal sentenciador la oportunidad de subsanar el error cometido al no responder a tales cuestiones jurídicas.

En el supuesto, el Tribunal de instancia ha desestimado implícitamente la cuestión, al afirmar la responsabilidad de la persona jurídica en el FD2º, tal y como hemos analizado en el Fundamento anterior, aunque de forma muy escueta que debe ser integrada con el resto de fundamentación de la condena de la persona física. Pero, es más, el recurrente no ha hecho uso del remedio de la ley procesal para que el Tribunal pudiera subsanar, en su caso, la omisión y, por último, no se interesa la nulidad de la sentencia que sería la consecuencia necesaria del quebrantamiento de forma denunciado, por lo que el vicio denunciado no puede ser estimado.

3. Como hemos indicado, también se alega en este motivo infracción de ley, a través del art. 849.1 LECrim., en relación con los artículos **31 bis**, al ser la persona jurídica inimputable y no tener encaje la conducta descrita en el precepto, según jurisprudencia que cita, y en relación con los artículos **31 bis** 1º a), al no concurrir beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, en el que se cuestiona la imputabilidad de las mercantiles acusadas en tanto que sociedades pantalla y unipersonales en las que se confunden la persona física y la jurídica en una sola.

3.1. Como hemos apuntado al analizar el recurso del otro recurrente, el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal, si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por la Sala de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.2. En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la STS nº 154/2016, de 29 de febrero, decíamos que "el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación



de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización".

Y, más adelante, se señalaba que "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. **31 bis**. 1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. **31 bis**. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

En nuestra STS 668/2017, de 11 de octubre, afirmábamos que "La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que "... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad". (...)

Hemos negado la existencia de un extravagante litis consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio)."

Más recientemente en la sentencia 108/2019, de 5 de marzo, recordábamos que "Conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 154/2016, de 29 de febrero, "... la sociedad meramente instrumental, o "pantalla", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo **31 bis**, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal, que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesoria" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así:

"Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. **31 bis**, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física,



fueron introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal."

En aquel caso, la sentencia terminaba manteniendo la imposición de la pena de disolución que había sido impuesta por el Tribunal de instancia, al haber sido acreditado el carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante. Y destacaba el carácter esencialmente formal de dicha pena explicando que, "cumplida y agotada la "misión" delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución."

En los mismos términos se pronuncia la STS 123/2019, de 8 de marzo, al afirmar que "Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta."

Por último, hemos dicho en la STS 234/2019, 8 de mayo, que "Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica. La sentencia citada lo proclama con singular claridad en los siguientes términos: "[...] Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la sanción penal de la persona jurídica, limitada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o representante, se imponía de modo objetivo ya que solo había que acreditar la relación jurídica del sancionado con la persona jurídica. A partir de la ley citada y de forma aún más incuestionable, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de auto responsabilidad y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia, lo que tiene innegables consecuencias en el régimen de prueba, así como en las garantías procesales que deben ser observadas para llegar a un pronunciamiento de condena. Desde esta perspectiva, la norma actual es más beneficiosa, no ya porque establece garantías procesales que no se han cumplido en este caso, sino porque sólo es posible la declaración de responsabilidad penal con fundamento en principios de auto responsabilidad que en este caso no podían ser tomados en consideración. El sistema actual es incompatible con la normativa derogada, de ahí que resulta improcedente su aplicación. Con similares resultados se ha pronunciado la reciente STS 704/2018, de 15 de enero."

3.3. En el relato fáctico de la sentencia de instancia se hace constar que el acusado Serafin "con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial orquestó y llevo a cabo el siguiente plan para lo cual se sirvió de dos sociedades, Management Gezan SLU de la que desde mayo 2014 era administrador único Jesús Manuel y Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU de la que en la misma fecha eran administradores solidarios el hoy acusado y Jorge , si bien tanto aquél como este carecían de decisión y disposición que recaía exclusivamente en Serafin .

1º) El día 3 de septiembre de 2014 y a indicación suya, Management Gezan SLU, formalizó a través del administrador formal Jesús Manuel , un contrato de leasing con Deutsche Leasing Ibérica FC SAU sobre una maquina industrial por una cantidad de 173.930,20 euros, entregando una cantidad inicial de 13.000 euros y comprometiéndose a abonar sesenta cuotas mensuales de 2.636,67 euros.

El contrato de leasing no fue inscrito por el arrendador financiero en el Registro de Bienes Muebles hasta febrero de 2015.

Serafin , que no tenía intención alguna de cumplir con su obligación contractual sino obtener un beneficio económico a costa de Deutsche Leasing Ibérica FC SAU a quien solo abonó un par de las cuotas pactadas, se valió de Management Gezam SLU que constaba como empresa solvente en "Informa" y de la relación que esta empresa tenía con Ferrotall quien había vendido la máquina a Deutsche Leasing, para aparentar, sin que su nombre apareciera, la solvencia necesaria para que el arrendador financiero decidiera concluir el contrato. (...)



El precio pactado fue hecho efectivo a 7 de noviembre de 2014 mediante transferencia bancaria a favor de una cuenta de Bankia titularidad de Aplicaciones Tecnológicas Suizas SLU constando como autorizados Jorge y Serafin .".

3.4. Del citado relato no se desprende que las sociedades acusadas tuvieran algún tipo de actividad mercantil o empresarial, ni organización ni infraestructura, y ello pese a los intentos del Ministerio Fiscal de hacer ver lo contrario, lo cierto es que en los hechos probados se afirma que el acusado urdió el plan que describe, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial para lo que se sirvió de las dos sociedades acusadas, de una forma meramente instrumental.

Además, la sentencia de instancia hace constantes referencias a ese citado carácter instrumental de las empresas, y al levantamiento del velo de las mismas, con la finalidad de averiguar el verdadero artífice, afirmando que fue el Sr. Serafin quien orquestó el plan para engañar y quien se enriqueció. Si bien es cierto que fue la credibilidad empresarial y larga trayectoria en el mercado del Sr. Serafin y de su hijo, lo que le permitió a al mismo urdir el plan fraudulento, esa credibilidad y trayectoria no se alcanzaron a través de las sociedades condenadas, puesto que el Tribunal explica que el Sr. Serafin era conocido en el ámbito del sector dedicado a la compraventa de maquinaria industrial de segunda mano a la que se venía dedicando desde hacía años, actividad que efectuaba en un almacén sito en la calle Progres nº 39 de Gavá a cuyo frente se encontraba su hijo Arsenio , que cotizando como autónomo se dedicaba a ofrecer y publicitar la mercancía por internet y atendía a los clientes; precisamente esta larga trayectoria del primero había hecho posible que a él acudieran comisionistas en busca de maquinaria para sus clientes. (FD 1º).

En cambio, el acusado sí pudo cometer el engaño y obtener el beneficio económico mediante las empresas Management Gezan y Aplicaciones Tecnológicas Suizas de las que como apunta la sentencia de instancia "levantado el velo" aparecía como real y único administrador el Sr. Arsenio , valiéndose de testaferros.

En primer lugar, afirma el Tribunal que Jesús Manuel , administrador de Management Gezan desde mayo de 2014 y que desapareció tras los hechos, era un testaferro del acusado Serafin , destacando la Sala lo declarado por Arsenio (Mecanitztas Bosch) "cuando se descubrieron los hechos y pidió explicaciones, Arsenio le dijo que " *no sabía nada y por la tarde le llama Serafin y le dice que le sabe muy mal lo que ha pasado, que era algo entre él y un testaferro suyo*", concretamente, " *Jesús Manuel es, testaferro, mío*". Tal afirmación viene corroborada por la declaración en Juicio de la persona a la que Jesús Manuel sucedió en el cargo, Emilio quien fuera administrador de Management Gezam desde el 9 de agosto de 2013 y que relató en el Plenario lo siguiente: " *que estaba en el paro y un amigo le dijo que le iban a dar 500 euros al mes contactó con, un tal Aguilera y le hicieron administrador pero que "no iba nunca, no hacía nada", "solo firmaba" "que le dieron de vez en, cuando 200 o 450 euros" y que se lo entregaban en el despacho de Castelldefels" lugar donde conoció personalmente a Serafin lo presentaron*". Y, de otra parte, la declaración prestada por Estrella , apoderado de Deutsche Leasing Ibérica, en relación a que siempre hablaba con el acusado.

En cuanto a la otra sociedad, Jorge administrador solidario de Aplicaciones Tecnológicas Suizas, afirma la Sala que fue claro en su declaración: " *colaboraba con Serafin en aplicaciones Tecnológicas, constaba como administrador junto a él pero no hacía facturas, ni cobros ni pagos ni tenía ningún tipo de decisión "* y " *aunque tenía autorización formal, no hacía nada, solo lo que él le mandaba*" y que permaneció en esa condición " *hasta marzo de 2015*", cesando por su propia voluntad, cuando se descubrieron los hechos, señalando también que la sociedad " *no tenía empleados*". Consta en la sentencia en el FD 1º que Jorge reconoció, de un lado, que la sociedad era meramente instrumental y, de otro lado, ser un mero testaferro que se desvinculó de. Aplicaciones Tecnológicas en cuanto tuvo conocimiento de los hechos que han dado lugar a esta causa.

En definitiva, tal y como se alega en el recurso, se trata de meras "sociedades pantalla", las cuales esta Sala ha definido en alguna ocasión como empresas que pretenden evitar el rastreo de la propiedad y el origen de los fondos. Por su parte, la citada Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado señala que las sociedades instrumentales son formalmente personas jurídicas, pero materialmente carecen de desarrollo organizativo. Y si acudimos a la Circular 1/2011 podemos comprobar que las sociedades pantalla se caracterizan "por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación."

Las empresas acusadas carecen de sustrato real no consta actividad, infraestructura o patrimonio de las mismas, solo que fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal, sin que conste de ningún modo que las personas jurídicas acusadas acabaran beneficiándose de la actividad delictiva del Sr. Serafin .

No podemos olvidar que los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deber ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art. 31 bis.º CP, así con respecto a los cometidos por las personas jurídicas de la letra a), los que mandan o



representan a la sociedad, se describen como elementos del tipo: que se dé un delito cometido en nombre o por cuenta de esta, en su beneficio directo o indirecto, cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrante de un órgano de la misma están autorizados para tomar decisiones y ostentan facultades de organización y control.

En el supuesto, no estamos ante una persona jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado.

El motivo debe ser estimado.

QUINTO.- El tercer motivo se articula por vulneración de precepto constitucional. Al amparo de los arts. 852 LECr., y 5.4 LOPJ, ambos en relación al art. 24.2 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación a la adquisición del estatus procesal del investigado y en relación al artículo 24.1 CE, derecho a un proceso con todas las garantías, en relación al principio acusatorio, al no constar en el escrito de acusación los hechos por los que viene siendo acusada la persona jurídica, es, referencia alguna a la inexistencia de mecanismos internos de control y de cultura de respeto o desafección hacia la norma o la insuficiente eficacia de los que pudieran existir.

Estimado el anterior motivo, por el que se declara la inimputabilidad de la persona jurídica recurrente, resulta innecesario el análisis de las cuestiones planteadas en el último motivo.

Recurso de aplicaciones Tecnológicas Suizas, SLU

SEXTO.- Se alega un único motivo al amparo del art. 849.1 LECr, al considerar que ha sido infringida la Ley por indebida aplicación de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto se entienden infringidos, por indebida aplicación, los arts. **31.bis** y 251.bis en relación con los arts. 74, 248.1, 249 y 250.1 CP y la jurisprudencia que los interpreta.

El motivo es coincidente con el segundo del recurso presentado por la otra sociedad acusada, el cual debe ser estimado conforme a lo analizado en el Fundamento de Derecho Cuarto, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se estima.

SÉPTIMO.- Procede imponer al recurrente Serafin las costas devengadas en esta instancia, declarando de oficio las costas devengadas por los recursos de las sociedades Management Gesan SLU, y por Aplicaciones Tecnológicas Suizas, SLU (art. 901 LECrim.).

FALLO

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

1º) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Serafin** , contra Sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado 101/2017.

2º) **Estimar** los recursos de apelación de **MANAGEMENT GESAN SLU, APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU.**

3º) Imponer al recurrente Serafin las costas devengadas en esta instancia, declarando de oficio las costas devengadas por los recursos de las sociedades Management Gesan SLU, y Aplicaciones Tecnológicas Suizas, SLU.

Comuníquese 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 haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 195/2019



Ponente: Excm.a. Sra. D.^a Susana Polo 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 Excm.a. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García

En Madrid, a 22 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 195/2019 interpuesto por la acusación particular **D. Serafin**, representado por la procuradora D.^a. Isabel Salamanca Álvaro, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Rubio Barbero; **MANAGEMENT GESAN SLU**, representada por la procuradora D.^a Marta Loreto Outeiriño Lago, bajo la dirección letrada de D.^a Gema Montealegre Barrilero; y por **APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU**, representada por la procuradora D.^a Virginia Gutiérrez Sanz, bajo la dirección letrada de D. Jesús Federico García Bago; contra Sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado 101/2017 por delito continuado de estafa agravada, que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos./mas. Sres./Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excm.a. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la sentencia de fecha 11 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, en el Procedimiento Abreviado 101/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Cuarto de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación de los recursos interpuestos por MANAGEMENT GESAN SLU, y por APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU, declarando su libre absolución del delito de estafa continuada por el que venían condenadas las citadas personas jurídicas (art. 251 bis y **31 bis** CP), así como de la responsabilidad civil solidaria fijada en la sentencia recurrida.

Aunque resulta obvio qué declarada la inimputabilidad de las personas jurídicas, cumplido y agotado el encargo delictivo para el que fueron realmente constituidas las sociedades, su existencia en la práctica ha perdido ya sentido, lo cierto es que no procede acordar ninguna de las medidas previstas legalmente, al no haber sido solicitadas por las partes, sin perjuicio de lo que las mismas puedan interesar en el trámite de ejecución de sentencia.

Por otro lado, debemos condenar a MANAGEMENT GESAN SLU y a APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU como responsables civiles subsidiarias al abono de las cantidades por las que viene condenado el acusado Serafin, 24.207,26 euros que deben ser abonados a Destsche Leasing Iberica EFC, y 90.750 euros a Mecanitzats Bosch SL. (art. 120.4 CP).

FALLO

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



1º Absolver a MANAGEMENT GESAN SLU, y a APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU, del delito de estafa continuada por el que venían condenadas (art. 251 bis y **31 bis** CP), así como de la responsabilidad civil solidaria derivada de la misma.

2º Condenar a MANAGEMENT GESAN SLU y a APLICACIONES TECNOLÓGICAS SUIZAS, SLU como responsables civiles subsidiarias, al abono de las cantidades por las que viene condenado el acusado Serafin , 24.207,26 euros que corresponden a a Destcshe Leasing Iberica EFC, y 90.750 euros a Mecanitzats Bosch SL. (art. 120 CP).

3º Todo ello sin perjuicio de las medidas que las partes quieran solicitar en el trámite de ejecución de sentencia.

Comuníquese 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 haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ