



Roj: **STS 3975/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3975**

Id Cendoj: **28079120012021100807**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2021**

Nº de Recurso: **4917/2019**

Nº de Resolución: **833/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 833/2021

Fecha de sentencia: 29/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4917/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4917/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 833/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de octubre de 2021.



Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 4917/2019, interpuesto por la representación procesal de **D. Claudio Y FLUIDO MECÁNICA, SL.**, contra la sentencia dictada la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el Rollo nº 14/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 3 de mayo de 2019 dictada en el procedimiento abreviado nº 47/2018 dimanante de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santander, por la que fueron condenados los recurrentes como autores responsables de un **delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social**, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes representados por la procuradora Dª. Andrea de Dorremochea Guiot; y defendidos por el letrado D. Juan Gonzalo Ospina Serrano, y como parte recurrida el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Torrelavega, tramitó Diligencia Previa núm. 567/2016 por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra D. Claudio y Fluido Mecánica S.L.; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª (proc. abreviado nº 47/2018) y dictó Sentencia en fecha 3 de mayo de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: " **ÚNICO.**- La empresa "FLUIDO MECÁNICA, S.L.", (inicialmente sociedad anónima luego transformada a limitada), con capital social suscrito y desembolsado de 3.606,07 euros, de la que son sus socios por partes iguales los hermanos Lucía, Claudio y Arturo fue inscrita en la Seguridad Social el 18 de septiembre de 1997.

Desde aquel entonces ha mantenido de alta a distintos trabajadores y en concreto en los ejercicios correspondientes a los años 2013 y 2014, respectivamente a 21 y 24 trabajadores.

"FLUIDO MECÁNICA, S.L." ha incumplido sus obligaciones en materia de cotización desde septiembre de 1998, lo que dio lugar a reiteradas actuaciones de la Inspección de Trabajo.

"FLUIDO MECÁNICO, S.L." desde el año 1998 hasta el mes de mayo de 2017 ha generado una deuda con el sistema de Seguridad Social por importe de 2.338.948,25 euros.

En concreto dejó de ingresar la totalidad de las cuotas de Seguridad Social (cuota empresarial y cuota obrera) por los siguientes importes y ejercicios:

- En el ejercicio 2013 la cantidad de 115.525,61 euros.
- En el ejercicio 2014 la cantidad de 126.888,22 euros.

Lo que arroja la suma total de **242.413,83 euros**.

Cantidad ésta de 242.413,83 euros que sumando los recargos devengados por impago en plazo en cada ejercicio por importes de 23.105,11 euros en el ejercicio 2013 y de 25.377,63 euros en el ejercicio de 2014 asciende a un total de **290.896,57 euros**.

La cantidad total adeudada a la Seguridad Social sumando las cotizaciones, los recargos y los intereses generados en cada ejercicio resultaría, respectivamente, 161.275,77 euros en 2013 y 169.719,69 euros en 2014 lo que arroja un total de **330.995,46 euros**.

La sociedad "FLUIDO MECÁNICA, S.L." nunca ha realizado una oferta o propuesta formal a la Seguridad Social para regularizar sus cotizaciones o para conseguir un aplazamiento de deuda o fraccionamiento de la misma.

Tampoco ha solicitado la declaración de concurso voluntario ni acuerdo social o resolución judicial que declare la no disolución. La hoja del Registro Mercantil de esta sociedad a 13 de noviembre de 2017 ha sido provisionalmente cerrada por incumplimiento de obligaciones fiscales. Constándole dos créditos incobrables.

"FLUIDO MECÁNICA, S.L." no ha presentado declaración por IVA en los ejercicios 2013 y 2014.

La empresa "FLUIDO MECÁNICA, S.L." no ha depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil en los ejercicios 1990, 1991, 1992 y desde el año 1998 al 2012, todos incluidos. Las cuentas de los ejercicios 2013 y 2014 fueron depositadas el 19 de diciembre de 2018 y las de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 el 20 de diciembre de 2018.

"FLUIDO MECÁNICA, S.L.", no presentó ante la AEAT declaración, modelo 200, de los ejercicios 2013, 2015 y 2016. En el ejercicio 2014 resultó "negativa sin actividad/resultado cero".

La facturación efectuada por "FLUIDO MECÁNICA, S.L." en el transcurso de los ejercicios 2013 y 2014 se realizó únicamente a dos clientes: "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." y "EXPLOTACIONES AGRARIAS DEL



NORTE, S.L." por importes de 1.221.907,60 euros y 520.880 euros no percibiendo "FLUIDO MECÁNICA, S.L." ningún cobro de ninguna de las facturas emitidas a ambos, ni tampoco del saldo de apertura mantenido con la mercantil "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." (4.296.287,74 euros).

En estos ejercicios de 2013 y 2014 de manera consciente y voluntaria el acusado **DON Claudio** con objeto de no pagar las cuotas y conceptos de recaudación conjunta debidos a la Seguridad Social utilizó varias empresas para justificar el impago de dichas cuotas de las que el acusado, sus hermanos y su madre son socios mayoritarios.

Entre estas empresas participadas mayoritariamente por los hermanos Lucía, Claudio y Arturo constan:

1.º) La empresa "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." que se constituyó en virtud de Escritura otorgada el 6 de agosto de 1991, nombrando un consejo de administración integrado por los hermanos Lucía, Claudio y Arturo. En 1996 se transformó en sociedad limitada cesando al consejo de administración y nombrando para dicho cargo a "EXPLORACIONES INDUSTRIALES GUERNIQUESAS, S.L." representada por DOÑA Evangelina (madre del acusado). En diciembre de 2015 cesó DOÑA Evangelina como administradora única y se nombró administrador único al acusado. Por Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 19 de mayo de 2016, firme el 8 de julio de 2016, se declaró en concurso necesario a "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A.". Por Sentencia de dicho Juzgado de fecha 11 de septiembre de 2017 se aprobó judicialmente el convenio de dicho concurso. Los hermanos Claudio y Arturo son apoderados solidarios en virtud de escritura de apoderamiento de fecha 29 de agosto de 1996.

La administradora única de la empresa "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." de la que el acusado es socio junto a sus citados hermanos era en los ejercicios 2013 y 2014 la madre del acusado de 87 y 88 años en dichos ejercicios (nacida el NUM000 -1926) DOÑA Evangelina, siendo administrador de hecho el acusado.

El 30 de diciembre de 1992 "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." y "FLUIDO MECÁNICA, S.L." firmaron un acuerdo marco en virtud del cual "FLUIDO MECÁNICA, S.L." se encargaría de construir para "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." todo tipo de instalaciones de energías renovables, recogiendo las cláusulas quinta, sexta y séptima el siguiente contenido:

"QUINTA.- Las facturas no serán liquidadas en tanto en cuanto COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑA LABRA no reciba el Acta de Puesta en Marcha Definitiva correspondiente a cada instalación, momento en el que se considera el trabajo de FLUIDOMECÁNICA efectivamente concluido y en el que comienzan las obligaciones de PEÑA LABRA.

SEXTA.- COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑA LABRA podrá facilitar parte de la financiación de FLUIDO MECÁNICA, efectuando pagos directos por su cuenta, que estime que, de no efectuarse, puedan significar retrasos en la entrega de trabajos.

Dichos pagos, serán cargados en la primera liquidación a efectuar, abonando solamente la cantidad resultante, bien en metálico o en especie, si COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑA LABRA, dispusiera de algún bien cuya posesión pudiera convenir a FLUIDO MECÁNICA.

SÉPTIMA. - Este apoyo financiero debe considerarse en todo caso como voluntario, por lo que no cabe la exigencia de otras sociedades o de terceros acreedores de éstos. La entrega que se haga tendrá carácter de préstamo sin intereses entre la empresa pagadora y la sociedad deudora, pagando por su cuenta las deudas y obligaciones de éstos, sin que ello suponga solidaridad responsable frente a terceros allí donde la ley no la imponga

2.º) La empresa "NORDCON, S.L.", (inicialmente sociedad anónima luego transformada a limitada) de la que son sus socios por partes iguales los hermanos Lucía, Claudio y Arturo que hasta el 17 de julio de 1998 mantuvo un consejo de administración formado por dichos hermanos cambió el sistema de administración nombrando administrador único a Arturo. Siendo apoderado Claudio desde el 1 de octubre de 1987. El último depósito de cuentas presentado es del ejercicio 1998. En 27 de octubre de 2015 se presentó telemáticamente el depósito de cuentas del ejercicio 2014 que fue calificado con defectos. La hoja del Registro Mercantil de esta sociedad a 13 de noviembre de 2017 ha sido provisionalmente cerrada por incumplimiento de obligaciones fiscales. Constándole tres créditos incobrables.

3.º) La empresa "EXPLORACIONES INDUSTRIALES GUERNIQUESAS, S.L." que en fecha 23 de julio de 1996 celebró Junta General extraordinaria con el carácter de universal designando como Presidente y Secretario de esa Junta a Evangelina y Claudio, respectivamente y en la que se designa como administradora única a DOÑA Evangelina por cinco años.

"EXPLORACIONES INDUSTRIALES GUERNIQUESAS, S.L." no ha depositado las cuentas anuales desde el año 2004, siendo la administradora única DOÑA Evangelina desde el 23 de julio de 1996.



4.º) La empresa "EXPLORACIONES AGRARIAS DEL NORTE, S.L.", en 31 de octubre de 2003 nombró administrador único al único socio Arturo. La hoja del Registro Mercantil de esta sociedad a 13 de noviembre de 2017 ha sido provisionalmente cerrada por incumplimiento de obligaciones fiscales.

El entramado y operaciones mercantiles entre estas sociedades ha tenido como finalidad de su estructura comercial eludir de forma ilícita por parte de "FLUIDO MECÁNICA, S.L." el pago de las cuotas de la Seguridad Social a ingresar y entorpecer la gestión recaudatoria del Servicio Común de la Seguridad Social.

La labor de obstaculización se completaba con la falta de presentación por parte de "FLUIDO MECÁNICA, S.L." de las cuentas sociales en el Registro Mercantil.

Así, en los ejercicios 2013 y 2014 "FLUIDO MECÁNICA, S.L." se dedica al montaje de la central de biomasa sita en Barrio Santián de Molledo promovido por la empresa "NORDCON, S.L." la cual contrató con "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." el montaje de la misma y ésta, contratista principal, subcontrata dicho montaje con "FLUIDO MECÁNICA, S.L."

En la visita de inspección realizada el 30 de mayo de 2014 por la Inspección de Trabajo a empresas insolventes para determinar la existencia o no de empresas ficticias, existencia de actividad y otras incidencias al centro de trabajo que "FLUIDO MECÁNICA, S.L." mantenía en el Barrio Santián de Molledo se encontró al trabajador DON Victoriano sin estar dado de alta en la Seguridad Social en dicha empresa quien manifestó que hacía unos días que trabajaba allí. A consecuencia de esta incidencia se inicia procedimiento sancionador que termina con resolución de sanción muy grave. Igualmente se comprueba que el trabajador es perceptor de la prestación por desempleo desde el día 17-04-2014 pese a ser incompatible con la prestación de servicios laborales.

Por Escritura pública de compraventa de fecha 5 de septiembre de 2003 se vende y transfiere por Arturo como apoderado de "NORDCON, S.L." a la "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A." una finca que había sido embargada a la empresa "NORDCON, S.L." promovida por la Unidad de Recaudación ejecutiva de la Seguridad Social por concepto de débitos a la Seguridad Social. En dicho procedimiento de apremio resultó adjudicatario en tercera licitación el acusado Claudio que adquiere la propiedad en calidad de ceder a un tercero. Cesión de remate que se efectuó con fecha 3 de abril de 2003 a favor de "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A."

Por Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Santander de fecha 15 de diciembre de 2015 se estimó la demanda de resolución contractual presentada por dos trabajadoras contra las empresas "FLUIDO MECÁNICA, S.L.", "NORDCON, S.L.", "EXPLORACIONES INDUSTRIALES GUERNIQUESAS, S.L.", "COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE PEÑALABRA, S.A.", entre otras, así como contra los hermanos Lucía, Claudio y Arturo y contra la madre de éstos Evangelina. Sentencia confirmada por Sentencia del TSJ-Social de Cantabria de fecha 21 de julio de 2016." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a DON Claudio, como autor directo y responsable, y a "FLUIDO MECÁNICA, S.L.", ex artículo 31 bis, de un **delito contra la Seguridad Social**, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas que a continuación se detallan:

A) a DON Claudio :

1.º) **TRES AÑOS DE PRISIÓN.**

2.º) **MULTA DE 992.986,38 euros**, con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

3.º) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

4.º) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de **tres años**.

B) a "FLUIDO MECÁNICA, S.L.":

1.º) **MULTA DE 661.990,92EUROS.**

2.º Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de **tres años**.

En concepto de responsabilidad civil DON Claudio ; y, "FLUIDO MECÁNICA, S.L.", conjunta y solidariamente, deberán satisfacer a la Seguridad Social la cantidad de **330.995,46 euros** más los intereses legales correspondientes, recabándose a tal efecto " *el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio*" (art. 307.6 CP).

Se impone a cada uno de los acusados la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.



Notifíquese la presente resolución a los perjudicados, tal y como dispone el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haciendo saber a las partes que contra la misma conforme el artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el plazo de los diez días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta Ley.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados D. Claudio , y Fluido Mecánica, S.L., oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, y el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, como parte recurrida; dictándose sentencia núm. 13/2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 25 de septiembre de 2019, en el rollo de apelación núm. 14/2019, cuyo Fallo es el siguiente: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Claudio y FLUIDO MECÁNICA S.L frente a la sentencia dictada el 03/05/2019 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santander, se confirma dicha Resolución y se imponen a los apelantes las costas devengadas en el recurso, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese esta la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO** días siguientes al de la última notificación, y que deberá contener los requisitos exigidos en el art 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Claudio , y Fluido Mecánica, S.L., 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:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECrim. por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., en concreto infracción del art. 741 de la LECrim.

Motivo tercero.- Por Infracción de Ley al amparo del art. 5 párrafo 4º de la LOPJ, y el art. 852 de la LECrim. por vulneración de precepto constitucional, art. 24 CE.

Motivo cuarto.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim por aplicación indebida del artículo 307.1 y 2 del C. P.

Motivo quinto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º y 3º de la LECrim.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 3 de febrero de 2020, interesó la desestimación de todos los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; 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 27 de octubre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 174/2019, 3 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, condenó al acusado Claudio en calidad de autor de un delito contra la Seguridad Social del artículo 307 bis 1 a) del Código Penal, en relación con el art. 307 del mismo texto legal, conforme a la redacción inmediatamente anterior a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, es decir, según la redacción introducida por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, a las penas de 3 años de prisión y multa de 992.986,38 euros , con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago . También le fueron impuestas las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 años.



La misma sentencia condenó a la entidad mercantil Fluido Mecánica SL a las penas de multa de 661.990,92 euros y a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 años.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la sentencia núm. 13/2019, 25 de septiembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que desestimó la impugnación promovida.

Se interpone ahora recurso de casación por la representación legal de Claudio . Se formalizan cinco motivos que van a ser objeto de un tratamiento sistemático que facilite su respuesta y reordene algunas de las alegaciones que se formulan en defensa del recurrente.

2.- Con carácter previo, la Sala quiere puntualizar que sólo va a dar repuesta al recurso promovido por el acusado Claudio , único que puede tenerse por formalizado.

En efecto, pese a que el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria fue promovido, al menos nominalmente, por el acusado y por la entidad que también había sido condenada -Fluido Mecánica S.L-, el encabezamiento del escrito de formalización del recurso de casación, fechado el 25 de noviembre de 2019, prescinde de cualquier mención referida a la condena de la persona jurídica y centra todo su esfuerzo argumental en justificar las razones por las que la condena a Claudio ha de ser declarada contraria a derecho.

La Sala no puede tomar en consideración la respuesta a la diligencia de ordenación fechada el 29 de noviembre de 2019, en la que la defensa fue requerida por la Letrada de la Administración de Justicia para que aclarara si también formalizaba el recurso "...en nombre de Fluido Mecánica S.L o solamente en nombre de Claudio ".

En respuesta a ese requerimiento, la representación legal del acusado señaló que "...que cumpliendo con el requerimiento que me ha sido practicado mediante resolución dictada por esta Sala con fecha 29 de noviembre de 2.019, venimos a aclarar que efectivamente también formalizamos en nombre de "Fluido mecánica, S.I.", solicitando se tenga por evacuado en plazo y forma el requerimiento efectuado, a los efectos oportunos".

Sin embargo, esa afirmación no es suficiente para entender colmadas las exigencias formales impuestas por el art. 874 de la LECrim. Incluso más allá de razones formales, el laconismo de esa respuesta y, de modo palmario, la línea argumental que inspira el escrito de formalización de la defensa, ponen de manifiesto que la condena de Fluido Mecánica S.L no ha sido rebatida con razones ligadas al genuino presupuesto de la culpabilidad de las personas jurídicas, tal y como introdujo la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo, que dio nueva redacción al art. 31 bis del CP, que había sido incorporado a nuestro sistema mediante la LO 5/2010, 22 de junio.

Una abundante jurisprudencia de esta Sala, ya consolidada pese a las dudas iniciales, ha proclamado que la fuente de la responsabilidad criminal de los entes colectivos no puede obtenerse a partir de un modelo de heteroresponsabilidad o responsabilidad vicarial. Antes al contrario, esa responsabilidad ha de construirse a partir de un sistema de autorresponsabilidad basado en la constatación de un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión. Es la ausencia de planes de prevención la que puede determinar la comisión de un delito corporativo. Así lo hemos entendido en numerosos precedentes, de los que las SSTS 514/2015, 2 de septiembre; 154/2016, 29 de febrero; 221/2016, 16 de marzo; 516/2016, 13 de junio; 455/2017, 21 de junio y 583/2017, 19 de julio, son sólo elocuentes ejemplos.

No basta, en definitiva, formalizar un recurso de casación contra la sentencia que condena a una persona jurídica sugiriendo que todo lo que se ha dicho en defensa de la persona física es también aplicable a la persona jurídica.

3.- El primero de los motivos hechos valer por la defensa de Claudio sostiene infracción de ley del art. 849.2 de la LECrim, error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obren en la causa y demuestren la equivocación del juzgador.

3.1.- El escrito de formalización incluye bajo el epígrafe "desarrollo fáctico" una serie de consideraciones en reivindicación de la inocencia del acusado. La defensa proclama el desafío de demostrar ante esta Sala "... las incongruencias existentes en la instrucción y celebración del juicio oral del presente caso donde fueron planteadas distintas tesis no rebatidas por el Tribunal 'ad quo' sobre los hechos enjuiciados: a) El impago si existe, sin embargo, es fruto de una mala racha empresarial sin que haya mediado dolo alguno, no existiendo entramado empresarial. b) El impago si existe, sin embargo, no es consecuencia de una conducta dolosa sino que se debe a una incapacidad de económica de hacer frente a las deudas".

En apoyo de la vía casacional que inspira el primero de los motivos, el documento que acreditaría el error valorativo del órgano de instancia, convalidado por la sentencia de apelación, está representado -estima la defensa- por "...el acta de infracción iniciado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de fecha 3 de



julio de 2014, por el que se acuerda sancionar a la Sociedad Limitada Fluido Mecánica, con fundamento en la deuda mantenida con la Seguridad Social por importe de 1.602.923,85 euros correspondientes al período de septiembre de 1998 a marzo de 2014".

Lamenta la defensa "...la gran inseguridad jurídica que mi representado haya sido sancionado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y que con posterioridad a esta sanción se abra procedimiento penal frente al mismo por un delito de defraudación de cuotas a la Seguridad Social. Ya que el procedimiento se inició el 16 de mayo de 2016, es decir, 2 años después del acta de infracción".

Se habría vulnerado así -se aduce- la prohibición del *bis in idem*, toda vez que debería haber sido suspendido el expediente sancionador a la espera de la respuesta jurisdiccional.

3.2.- El laborioso desarrollo del motivo formalizado es manifiestamente inviable. Y no sólo porque la defensa se aparta de la premisa que exige la vía casacional que ofrece el art. 849.2 de la LECrim, que no permite censurar decisiones del Juez de instrucción, sino porque se opone al consolidado criterio de esta Sala acerca del concepto de documento a efectos casacionales.

El documento que se menciona como acreditativo del error padecido en la instancia carece de idoneidad para justificar la equivocación del órgano decisorio. En efecto, se trata de un documento administrativo en cuya valoración ningún error se detecta, un documento emanado de un funcionario público respecto del que no se ha formulado tacha alguna de falsedad y cuyo contenido se ha incorporado al relato de hechos probados a partir de su propia literalidad.

La inadmisión del motivo vendría impuesta por aplicación de los arts. 884.4 y 6 y 885.1 de la LECrim

La defensa, sin embargo, se vale de la equívoca vía que ofrece el art. 849.2 de la LECrim para deslizar su razonamiento mediante una invocación asistemática acerca de la infracción del principio *non bis in idem*.

También estas alegaciones están condenadas al fracaso. De entrada, no fueron objeto del recurso de apelación. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria no contiene mención alguna a una queja en tal sentido. Se contraviene así el significado procesal del recurso de casación tras la reforma operada por la Ley 41/2015, 5 de octubre. Nuestra jurisprudencia no acepta la casación *ex novo*, de suerte que sólo aquellas alegaciones que han sido reivindicadas y desatendidas en apelación pueden ser reproducidas en casación.

Al margen de lo expuesto, quien así razona prescinde del contenido del art. 307.4 del CP, según el cual, "la existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía".

Este precepto, como es obvio, no afecta al fundamento constitucional del principio *non bis in idem*, que impide quebrantar la medida de la culpabilidad en los supuestos de convergencia de los órdenes sancionadores penal y administrativo, pero autoriza la coexistencia de ambos expedientes.

4.- El segundo motivo, con cita del art. 849.1 de la LECrim, estima que se ha infringido un "... precepto penal y norma jurídica de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la Ley Penal. En concreto se produce infracción del artículo 741 de la LECrim, por cuanto el Tribunal para valorar la prueba se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos".

Sin embargo, esta queja sólo tiene un alcance retórico, pues la propia defensa, tras su enunciado, anuncia su deseo de no "... reiterar los argumentos que se desgranarán en los motivos posteriores, habida cuenta que la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim exige un respeto reverencial y absoluto al hecho probado (sic)".

No resulta necesario, por tanto, hacer ni siquiera alusión a las razones que conducirían a la inadmisión -ahora desestimación- del motivo, por imperativo de los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim.

5.- El tercer motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, así como de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa y la prohibición de indefensión (art. 24.2 CE).

5.1.- La defensa no cuestiona el impago de la cuotas a la Seguridad Social. Sin embargo, pone en entredicho que ese impago fuera doloso y la consecuencia de una estrategia destinada a defraudar a las arcas públicas. La sentencia recurrida - se sostiene- construye los hechos probados a partir de la existencia de un entramado empresarial creado por el acusado con el objeto de eludir los pagos a la seguridad social "...con un flagrante dolo en su actuar".



Partiendo de esa base, el motivo -en palabras del Letrado de la defensa- "...no discute la existencia de un impago de cuotas a la Seguridad Social, lo que discute es la existencia de dolo y de un entramado de sociedades creado con el firme propósito de delinquir, ya que estos dos últimos extremos no han sido debidamente probados. Y ante esta falta de pruebas no procede sino la absolución de mi representado".

La falta de liquidez que determinó el impago de las cotizaciones a la Seguridad Social -hecho no cuestionado- tuvo su origen "...en la falta de liquidez suficiente de la mercantil de nuestro defendido así como la imposibilidad para acceder a créditos financieros debido al retraso 'sine die' de las autorizaciones de parques eólicos y no un ánimo doloso de defraudación".

No tiene razón el recurrente.

5.2.- Lo que se pretende de esta Sala es que desborde su ámbito de conocimiento y transgreda los límites derivados de un recurso extraordinario de casación cuya funcionalidad, por si fuera poco, ha sido rediseñada a partir de la generalización de la segunda instancia en nuestro sistema procesal. Todo el itinerario argumental se orienta a la búsqueda de una nueva valoración probatoria a partir de los datos que se ponen a nuestra disposición.

No es ésta, sin embargo, la vía correcta para conseguir demostrar que ha existido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a los demás derechos de rango constitucional que se dicen infringidos.

La STS 599/2020, 12 de noviembre, nos da la oportunidad de recordar la importante incidencia que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha tenido en la casación penal. En efecto, como hemos apuntado en numerosos precedentes, la generalización de la segunda instancia ha reorientado, de forma ineludible, el entendimiento del recurso de casación y, de modo especial, la frecuente alegación de menoscabo del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnativa que, aunque con un retraso histórico, ha sido arbitrada por la indicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La primera consecuencia, en ocasiones olvidada, es que el objeto del presente recurso no es la sentencia dictada en la instancia y confirmada en la apelación. El único objeto de la casación penal es la resolución emanada del Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse sobre el recurso de apelación formalizado. De ahí que los argumentos que sirven de vehículo para expresar -ya en casación- la discrepancia con el desenlace del proceso tienen que centrarse en lo resuelto por el órgano 'ad quem' que, en el marco de la apelación, es precisamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia dictada inicialmente por la Audiencia Provincial desenfoca el alcance del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, para hacer valer un recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Supremo argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2005 no ha creado una *apelación encadenada* que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera apelación.

La sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba (SSTS 143/2021, 18 de febrero; 718/2020, 28 de diciembre; 490/2020, 1 de octubre; 498/2020, 8 de octubre; 405/2018, 18 de septiembre, y 304/2019, 11 junio, por todas).

5.3.- La defensa discrepa de las conclusiones obtenidas por la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el propósito fraudulento que late en la suscripción del contrato de fecha 30 de diciembre de 1992 entre Fluido Mecánica S.L y Compañía Peñalabra S.A.



Sin embargo, esta Sala no detecta en el razonamiento que ha llevado a esa conclusión error alguno. Las inferencias sobre las que se construye la concurrencia del tipo subjetivo se ajustan a las exigencias impuestas por el canon constitucional del derecho a la presunción de inocencia.

5.3.1.- En el FJ 9º de la sentencia de apelación se expresa con claridad, con el complemento que ofrece, no sólo su literalidad, sino el testimonio del administrador concursal, que ese desequilibrio prestacional está puesto al servicio de la estrategia defraudatoria. Así se desprende de su lectura:

" El análisis del contenido obligacional del referido documento evidencia un desequilibrio absoluto a favor de la Cía Eléctrica de Peña Labra S.A. pues:

-El objeto del Acuerdo se extiende a la totalidad de las fases de una actividad reglada, es decir sujeta desde su fase inicial hasta la puesta en marcha a autorización administrativa.

-Fluido Mecánica S.A. asume la totalidad de los riesgos de la operación, ya que su renuncia, su incumplimiento y "la denegación administrativa o judicial" dará lugar a la anulación de todas las facturas emitidas por dicha sociedad (cláusula cuarta del documento).

-El precio se fija por referencia al cálculo de tarifas para trabajos del Colegio de Arquitectos de Santander y no incluye contraprestación y/o partida alguna por los enormes riesgos asumidos por Fluido Mecánica S.A. (cláusula cuarta).

-La falta de Acta de puesta en Marcha Definitiva de la instalación, sea cual sea su causa, supone que Fluido Mecánica S.A. no cobrará factura alguna (cláusulas 4ª y 5ª).

-El Acuerdo no contempla obligación alguna para la Cía Eléctrica de Peña Labra S.A. hasta la Puesta en Marcha definitiva.

-Los voluntarios pagos que haga Peña Labra por cuenta de Fluido Mecánica constituyen préstamos sin interés, por lo que si la operación se frustra esta última estará además obligada a devolverlos (cláusulas 4ª, 5ª, 6ª y 7ª)".

Hasta tal punto el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria avala la concurrencia del tipo subjetivo exigido por el art. 207 del CP -particularmente razonado en la modélica sentencia de instancia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial- que llega a sugerir la posible existencia de otras figuras delictivas que no fueron objeto de acusación: "la antedicha asimetría obligacional parece más próxima al ámbito de los delitos societarios en una relación entre sociedades independientes, que al benévolo calificativo de contrato "muy rudimentario, muy básico" que le atribuyó uno de los testigos".

Para rebatir esa inferencia, la defensa propone una inviable glosa alternativa a lo que, a su juicio, afirmó el testigo.

5.3.2.- Adquiere pleno valor el razonamiento incorporado en la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que en el FJ 14º enumera, como elementos que refuerzan la convicción acerca de un actuar doloso, los siguientes:

"3) La confusión de patrimonios y la gestión única de las empresas se evidencia, además, de las titularidades de las empresas, unos órganos de dirección repetidos, la inclusión en el activo de Peña Labra de unas instalaciones de las que solo era contratista, y el pago indiscriminado de unas por cuenta de otras.

4) La actuación laboral de Fluido Mecánica S.L. exclusivamente para Peña Labra, pues el lugar de trabajo de todos los contratos laborales aportados es Molledo. Consta, además en los citados contratos un reiterado confusionismo sobre el domicilio social de Fluido Mecánica (Barcelona, Santander y Molledo).

5) Efectivamente solo está documentada un alta laboral ilícita, alta que dio lugar a un expediente al trabajador, por trabajar cobrando el paro, que fue archivado por constar que el mismo comunicó el hecho en la TGSS telefónicamente, y otro expediente a la empresa por infracción en el alta que dio lugar a una sanción (hecho expresamente reconocido en el acto del juicio.

6) El conocimiento por la TGSS del contrato de 1992 desde el 2003 resulta intrascendente a los defectos de su calificación jurídica en este proceso, al igual que la inexistencia de trasvase de trabajadores y

7) Resulta evidente que el impago de las cuotas de la S.S. desde 1997, la existencia de numerosos procesos de ejecución de la TGSS, el cumplimiento formal escrupuloso de las liquidaciones de cuotas, y las numerosas actuaciones ante la S.S. que alegan los apelantes, implica un perfecto conocimiento de los deberes de cotización y del importe de las cuotas eludidas, y por tanto, una actuación voluntaria y consciente a partir del mismo".



5.3.3.- Frente a la evidencia que ofrecen los documentos aportados por la administración de la Seguridad Social y por el propio acusado, el motivo insiste en que las empresas a las que se hace referencia, en cuyo ámbito de dirección tenía un papel decisivo el acusado, eran absolutamente independientes: "... Claudio como buen empresario, actuando con la diligencia de un buen padre de familia, en lugar de ir a concurso y despedir a los trabajadores y generar un perjuicio para la actividad económica, decidió continuar con la acción laboral pagando íntegramente con esas cantidades las nóminas netas de los trabajadores. ¿Es esto un fraude? ¿Una actividad dolosa?"

El Letrado que articula el motivo, en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, con abundante cita de resoluciones dictadas por distintas Audiencias Provinciales en aplicación del art. 307 del CP, quiere hacer pasar una conducta delictiva, apreciada como tal en la instancia y en la apelación, como un ejercicio modélico de responsabilidad empresarial. No es esto, sin embargo, lo que refleja el hecho probado, construido a partir de un copioso material probatorio de inequívoco signo incriminatorio.

La Sala hace suyo el párrafo conclusivo que incorpora la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, en su FJ 10º, en el que puede leerse lo siguiente: "...de todo lo expuesto se infiere la existencia de un entramado antijurídico de empresas (el Administrador judicial califica la situación como grupo de empresas horizontal) de una parte, y de otra, una actuación voluntaria y consciente encaminada mediante artificios contables, a convertir a Fluido Mecánica, en una cascara vacía (despatrimonialización absoluta), pero aparentemente no incurso en causas de concurso y/o disolución. Todo ello evidencia, con la certeza requerida por el derecho penal, que la falta de liquidez de Fluido Mecánica S.L., es una consecuencia de las maquinaciones ilícitas previas".

6.- El cuarto motivo se apoya en el art. 849.1 de la LECrim y denuncia aplicación indebida del art. 307.1 y 2 del CP.

En defensa del motivo se alega que *"... lo que viene a discutir esta representación procesal es la falta de concurrencia de los elementos del tipo penal del artículo 307.1 y 2 del Código Penal . Y es que de no haber quedado acreditado el dolo y el entramado societario no procede la condena por este delito. Extremo que no ha quedado acreditado por cuanto no ha existido trama societaria alguna"*.

6.1.- La queja no puede ser acogida por esta Sala, pues no se sujeta a la premisa metodológica que impone el art. 885.4 y 5 de la LECrim, conforme al cual, esta vía casacional sólo se ofrece a aquellos argumentos que cuestionen el juicio de subsunción, pero no a aquellos que censuren el sostén probatorio que sirve de apoyo al relato de hechos probados, sobre todo, cuando en otros motivos ya se ha hecho valer la discrepancia con el valor incriminatorio de las pruebas valoradas.

La defensa vuelve a glosar y reinterpretar toda una serie de documentos que han sido ya ponderados por el órgano sentenciador y que han servido de base para la proclamación del juicio histórico. Transcribe con todo lujo de detalles el interrogatorio practicado en el plenario a uno de los testigos, concretamente, al administrador concursal de la entidad Peña Labra S.A. Se anotan con todo detalle las respuestas de éste a las preguntas formuladas por el Fiscal y por la defensa.

Nada de esto puede contribuir a la viabilidad del motivo.

De lo que se trata -insistimos- no es de lamentar la debilidad probatoria que el Letrado advierta en el relato de hechos probados, sino de acreditar que los hechos declarados probados por el Tribunal -no aquellos que deberían haber sido declarados a juicio del recurrente- han sido calificados con manifiesto error.

Desde esta perspectiva, atendiendo a lo que proclama el factum, es incuestionable que no ha existido indebida aplicación de un precepto sustantivo de carácter penal. Hemos señalado en numerosos precedentes -ninguna discrepancia existe en este punto con el razonamiento del Letrado de la defensa- que el delito previsto en el art. 307 del CP no castiga la iliquidez de las empresas, ni rescita la prisión por deudas. Exige una conducta defraudatoria encaminada a la ofensa del bien jurídico.

6.2.- 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 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".

En la misma línea se expresan las SSTS 1333/2004, 19 de noviembre; 1046/2009, 27 de octubre; 582/2018, 22 de noviembre.

6.3.- El hecho probado refleja, desde luego, algo más que un problema de solvencia. Basta la lectura de algunos de sus pasajes, 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.

Pues bien, allí puede leerse lo siguiente: "...el entramado y operaciones mercantiles entre estas sociedades ha tenido como finalidad de su estructura comercial eludir de forma ilícita por parte de 'FLUIDO MECÁNICA, S.L' el pago de las cuotas de la Seguridad Social a ingresar y entorpecer la gestión recaudatoria del Servicio Común de la Seguridad Social. (...) La labor de obstaculización se completaba con la falta de presentación por parte de 'FLUIDO MECÁNICA, S.L' de las cuentas sociales en el Registro Mercantil".

Ninguna duda existe de esa voluntad estratégica dirigida a eludir el ingreso en la caja común de la Seguridad Social.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

7.- Por la vía del quebrantamiento de forma a que se refieren los apartados 1 y 3 del art. 851 de la LECrim, se denuncia la "...falta de motivación de la sentencia en relación con los elementos del tipo penal y la falta de acreditación de los mismos".

De nuevo se hace visible un cierto desenfoque respecto del significado del quebrantamiento de forma como vía casacional para dar respuesta a los errores "in iudicando" que hayan podido tener cabida en la sentencia cuestionada.

7.1.- Se queja la defensa de que "...en el presente caso se ha producido una falta total y absoluta de motivación respecto de los motivos alegados en el recurso de apelación presentado por esta representación procesal por cuanto el juzgador no ha motivado de manera suficiente los motivos por los que desestima todas y cada una de las alegaciones presentadas por esta parte".

Ese razonamiento, completado con citas jurisprudenciales acerca del valor de la motivación como presupuesto del derecho a la tutela judicial efectiva, da pie a la defensa a reiterar la inocencia del acusado, insistiendo en la ausencia de pruebas para su condena. La falta de liquidez, la ausencia de voluntad defraudatoria y la particular interpretación de las declaraciones del administrador concursal como testigo, son las razones que vuelven a hacer acto de presencia. Reprocha al Juez de instrucción que "...no se ha investigado en el presente procedimiento cuál era la situación patrimonial de las empresas que supuestamente formaban el entramado empresarial, ni su liquidez, ni la necesidad de constitución, ni la inversión realizada, ni si comparten proveedores, o la existencia de trasvase de bienes o trabajadores. (...) Todo ello pone de manifiesto la falta



total y absoluta de acreditación del ánimo defraudatorio a las arcas de la Seguridad Social por parte de mi representado. la fase de instrucción"

Pero no son esos los argumentos esperables cuando lo que se denuncia es la incongruencia omisiva o la predeterminación del fallo.

De entrada, el defecto a que se refiere el apartado 3 del art. 851 de la LECrim -fallo corto- no consiste en silenciar la respuesta a todas y cada una de las alegaciones fácticas que se hacen valer en el recurso de apelación. No será ocioso recordar, como hacemos en nuestras SSTs 249/2008, 20 de mayo; 390/2014, 13 de mayo; 334/2014, 3 de abril y 2026/2002, 2 de diciembre, que la jurisprudencia constitucional -de la que la STC 58/1996, de 15 de abril, es fiel exponente- ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

En definitiva, como recuerda la STS 603/2007, 25 de junio, a efectos de incongruencia omisiva, parece lógico entender que las exigencias constitucionales inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva se colman cuando la Sala explica el porqué de sus decisiones, no siendo exigible que su razonamiento también se extienda, en términos negativos, a explicar el porqué de sus no-decisiones.

En suma, no ha existido la incongruencia omisiva a la que se refiere el recurrente.

7.2.- Con la misma cobertura que ofrece el art. 851 -ahora en su apartado 1- se pide la casación de la sentencia recurrida "...por encontrarse el fallo de la sentencia predeterminado, no existiendo una deducción lógica y racional en base a los hechos probados predeterminación del fallo".

En el desarrollo del motivo la defensa se aparta de las exigencias derivadas de la vía casacional seleccionada. También ahora se cuestiona el recurrente "... ¿en qué momento prueba la acusación y en base a qué documentos la existencia de un entramado empresarial? ¿En qué momento acreditó la acusación que el objeto de ese supuesto entramado empresarial tenía como objeto no pagar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social?; y cuando refiere la sentencia a "varias empresas" pero sin determinar a qué empresas se refiere ni los documentos en los que basa tal afirmación".

Como es visible, no es éste el significado de la predeterminación a efectos casacionales.

Como ya hemos sostenido en las SSTs 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre, entre otras muchas, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación en el juicio histórico y el juicio jurídico. Mediante el primero, la sentencia ha de limitarse a precisar si esos hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado; a través del segundo, el tribunal ha de precisar si tales hechos superan o no el juicio de tipicidad. Y ese orden metodológico actúa como presupuesto de validez del proceso de apreciación valorativa que incumbe al órgano decisorio. Dicho en palabras de la sentencia de esa misma Sala núm. 45/2001 de 24 de enero, si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisorial se hace tautológico o circular, y fácilmente arbitrario.

Sin embargo, la detenida lectura de las expresiones empleadas -pese al razonamiento en contrario del recurrente, que se centra en reivindicar la ausencia de pruebas para acreditar el dolo-, pone de manifiesto que ninguna de aquéllas produce la confusión denunciada entre el juicio histórico y el juicio jurídico.

7.3.- El desarrollo de este quinto motivo incluye una referencia a la falta de respuesta a la queja hecha valer en la apelación sobre la motivación de la pena finalmente impuesta al acusado.

A juicio de la defensa, ni la sentencia dictada en la instancia, ni la que resolvió la apelación han motivado debidamente la extensión de la pena privativa de libertad. Sí existen consideraciones referidas al *quantum* de la multa, pero no a la duración de la pena privativa de libertad.

Tienen razón los Magistrados que suscriben la sentencia objeto de recurso cuando recuerdan que la resolución de instancia dedica casi dos páginas a justificar la "determinación e individualización de la pena" (FJ 8º). No



existe el déficit de motivación que anima la queja del recurrente. La sentencia de instancia establece, en primer lugar, las penas concretas que, de conformidad con el juicio de hecho y el juicio de subsunción, corresponden a las conductas enjuiciadas. Seguidamente, la sentencia de instancia precisa que, a la vista de la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, resulta aplicable el art. 66.1.6º del CP. La sentencia individualiza por separado las penas que impone a la persona física y a la persona jurídica enjuiciadas. Y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, "...la pena de prisión -que es la que motiva el recurso- se fija en 3 años, es decir en la mitad inferior (de 2 a 3 años) de la mitad inferior (de 2 a 4 años) de la pena legalmente imponible (de 2 a 6 años de prisión)". En suma, "...la sentencia motiva la pena impuesta atendiendo al importe de la suma defraudada, más del doble del límite del subtipo agravado sancionado (gravedad del hecho) y a las circunstancias mediales y temporales utilizadas por los condenados para cometer el hecho enjuiciado (elemento subjetivo y objetivo)".

Le asiste la razón a la defensa cuando recuerda la relevancia jurídica del proceso de motivación en la fase final de individualización de la pena. En nuestras sentencias 434/2007, 16 de mayo; 12/2008, 11 de enero y 634/2007, 2 de julio, señalábamos que mediante la motivación se fija un mecanismo explícito de control y fiscalización de la justicia de la decisión. Lo que se proscribía es, ante todo, la arbitrariedad en la determinación de los límites de la pena a imponer. La Constitución no ampara una estrategia metódica en el ejercicio de la función decisoria que rinda culto al puro voluntarismo jurisdiccional, sustraído a toda forma de control. Pero también es cierto que las SSTC 170/2004, 18 de octubre y 193/1996, de 26 de noviembre, han declarado innecesario especificar las razones justificativas de la pena impuesta siempre que "...éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión" (FJ 6). Dicho en palabras de la STS 863/2006, 13 de septiembre, pueden tenerse en cuenta los aspectos del hecho que resultan de la misma sentencia, de los cuales puede desprenderse con claridad la proporcionalidad de la pena a la culpabilidad por el hecho cometido, sin que sea precisa en estos casos una extensa motivación, pues no es preciso explicar lo que resulta obvio. Podemos exigir, en fin, el empleo de fórmulas estereotipadas que abulten la apariencia de motivación. Sin embargo, nada de ello enriquece el significado constitucional de su exigencia".

La edad del acusado y sus cargas familiares pueden ser tomadas en consideración en la fase ejecutoria, a la hora de definir el régimen penitenciario de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

8.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. Claudio** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria núm. 13/2019, 25 de septiembre, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia núm. 174/2019, 3 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, y condenó al acusado en calidad de autor de un delito contra la Seguridad Social.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Palomo Del Arco D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Día D. Ángel Luis Hurtado Adrián