



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 786/2014, de 25 de noviembre de 2014
Sala de lo Penal
Rec. n.º 1107/2014*

SUMARIO:

Delitos societarios. Falseamiento de cuentas anuales. Atipicidad. La previsión legal del artículo 290 del código penal relativo al delito societario que sanciona la conducta de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad que falsearen las cuentas u otros documentos que deban reflejar su situación económica, contempla el supuesto de la -activa- alteración u omisión fraudulenta de datos en un soporte documental, de modo que la existencia de este como tal es un presupuesto sine qua non de la tipicidad de la conducta. Por tanto, la no presentación en el Registro Mercantil de las cuentas de la sociedad, es una conducta -omisiva- que morfológicamente no está comprendida en ese tipo penal, que, por eso no pudo ni puede ser aplicado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 257.2 y 290.

PONENTE:

Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma y por infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, de fecha 6 de Marzo de 2014 . Han comparecido ante esta Sala en calidad de partes recurrentes: El Ministerio Fiscal; Tesorería General de la Seguridad Social; y Fontanería Calefacción y Gas Doyaguëz S. L. representada por el procurador Sr. Lago Pato y como recurridos, Higinio , representados por la procuradora Sra. García Orcajo; Romualdo , Juan Enrique , representados por el procurador Sr. Granizo Palomeque; Eva y Edmundo , representados por el procurador Sr. Julvez Peris-Martín. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES**Primero.**

El Juzgado de Instrucción número 3 de Santander, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 67/2006, por presuntos delitos de estafa, societarios, de insolvencia punibles y contra los derechos de los trabajadores, contra Higinio , Romualdo , Juan Enrique , Eva ,



www.civil-mercantil.com

Edmundo , y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander, cuya Sección Primera dictó sentencia de fecha 6 de marzo de 2014, en el rollo 33/2013 , cuyos hechos probados son como sigue :

"PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 1990 se constituye la entidad mercantil "Rentiva Correduría de Seguros S.L.", siendo nombrado administrador único de la misma Juan Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales. "Rentiva Correduría de Seguros S.L." cambia su denominación social por la de "Construcciones Socueva S.L" el 25 de junio de 1997, traslada su domicilio social, y son nombrados administradores mancomunados de la misma Romualdo y Higinio , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con el primeramente designado administrador único Juan Enrique , que pasa a ser mancomunado. El objeto social de la sociedad está orientado a la construcción de inmuebles y tenía por finalidad inicial la construcción de un hotel en Santander.

De los tres administradores mancomunados, Juan Enrique es economista, Romualdo máster en gestión gerencial hostelera y marketing turístico, y Higinio es ingeniero de caminos, siendo este último incorporado a la sociedad por los dos primeros como técnico en dirección de obras, función que ejercía anteriormente en otra empresa.

El 19 de febrero de 2001 es cesado como administrador mancomunado Juan Enrique y nombrado en su lugar Carlos José .

El 20 de febrero de 2001 se elabora un "Plan Estratégico Bianual 2001/2002" al que se acompañan balances de situación y una cuenta de resultados de "Construcciones socueva S.L" con referencia al 31 de diciembre de 2000 que reflejan beneficios para el ejercicio. Dicho Plan propone la contratación de recursos humanos, diseña un nuevo organigrama operativo, define como objetivo la creación de mecanismos de control interno para poder realizar un adecuado seguimiento de los costes de ejecución, y pretende la fidelización de los jefes de obra con el referido Plan aumentando significativamente el compromiso de los mismos para con la sociedad. Dicho Plan Estratégico Bianual se clasifica como "personal y confidencial" y tiene por destinatario el Consejo de Administración de la entidad mercantil.

La contabilidad oficial correspondiente a dicho ejercicio 2000 no fue depositada en el Registro Mercantil.

El día 1 de junio de 2001 se celebra Junta General de Construcciones Socueva S.L en la que Romualdo , Higinio , Carlos José y Dionisio en representación de la mercantil "Promociones Suanoti S.L" acuerdan la ampliación de capital de la entidad en la suma de 2.343.960 euros, quedando el aumento de capital pactado pendiente de desembolso y suscripción, fijándose un plazo para ello de un año sin que llegue a desembolsarse.

SEGUNDO.

Carlos José y Romualdo renunciaron a su cargo de administradores mancomunados de SOCUEVA el 29 de junio de 2001 cediendo toda su participación en la mercantil a Higinio , asumiendo éste el cargo de administrador único el 20 de julio de 2001.

Con fecha 3 de julio de 2001 Higinio , en su calidad de administrador único de Construcciones Socueva S.L, suscribe un documento en el que manifiesta haber recibido en esa fecha pagarés de distintas empresas del Grupo Castelar (Balnearios y Hoteles de Cantabria S.L, Promisiete S.L, Tres Mares S.A, La Posada del Sauce S.A y DIRECCION000 C.B) por importe total de ciento ochenta millones de pesetas, y declara liquidadas todas las obras que Construcciones Socueva S.L realizó en los últimos ejercicios para dichas empresas, no quedando pendiente de abonar cantidad alguna por ningún concepto. En dicho documento Construcciones Socueva S.L se comprometió a cancelar inmediatamente las cuentas de crédito, prestamos o créditos que avalados por cualquiera de las empresas del Grupo Castelar



www.civil-mercantil.com

o por cualquiera de los hermanos Juan Enrique Romualdo que en distintos momentos hubieran sido accionistas de Construcciones Socueva S.L se hubiesen firmado o favor de dicha mercantil.

TERCERO.

El 29 de marzo de 2001 se constituye por Edmundo , mayor de edad y sin antecedentes penales, representante legal de la entidad mercantil Cota Hispania S.A, la sociedad Construcciones Técnicas Aplicadas Management S.L (COTA Management S.L), de la que pasa a ser administrador único desde el 12 de julio de 2001.

CUARTO.

El día 5 de julio de 2001 "Construcciones Socueva S.L" representada por su administrador único D. Higinio , de una parte, y Edmundo en representación de "Construcciones Técnicas Aplicadas Hispania S.L"; y "Construcciones Técnicas Aplicadas Management S.L", por otra, suscribieron un contrato en virtud del cual estas dos últimas sociedades realizarían las siguientes funciones para Construcciones Socueva S.L:

- Implementar el sistema de gestión integrado que las empresas contratadas tienen para su funcionamiento, adaptado a las peculiaridades de la constructora.
- Verificar la contabilidad hasta la fecha, así como la situación económico-financiera de la empresa, cuantificando y verificando la realidad del pasivo que ésta tiene.
- Establecer sistemas de control y verificación de la gestión de compras en la constructora.
- Asesoramiento integral a la gerencia en sus decisiones de gestión.
- Intermediación en la obtención de financiación para la constructora.
- Cualquier otra que, en el ejercicio de las anteriores, se revelase como necesaria a los efectos de la plena consecución de las mismas, previa conformidad de la contratante.

Por estos conceptos se facturaba a Construcciones Socueva S.L la cantidad de cuatro millones de pesetas mensuales, pactándose expresamente: a) que, en ningún caso, las empresas contratadas, ni su personal, suplirían las facultades de decisión del administrador de la entidad Construcciones Socueva S.L; y b) que D. Higinio apoderaría, con las facultades que fueran necesarias, en su caso, a las personas que designase D. Edmundo , a los efectos de facilitar y posibilitar la prestación del servicio contratado.

QUINTO.

El 9 de septiembre de 2001 Higinio , en su condición de administrador único de "Construcciones Socueva S.L", apodera con amplísimas facultades a Eva , mayor de edad y sin antecedentes penales, empleada de COTA Management S.L.

SEXTO.

El día 4 de septiembre de 2001 Edmundo cambia el objeto social de Construcciones Técnicas Aplicadas Management S.L orientándolo al de la actividad constructiva.

Dos contratos de obra inicialmente adjudicados a "Construcciones Socueva S.L" fueron adjudicados a Construcciones Técnicas Aplicadas Management S.L contratando a Higinio como técnico encargado de su ejecución.



www.civil-mercantil.com

SÉPTIMO.

El 19 de septiembre de 2001, Eva en representación de "Construcciones Socueva S.L" -haciendo uso del poder otorgado en su favor por Higinio -, y Edmundo , actuando en representación de COTA Management S.L, pactan en escritura pública la cesión traslativa de determinados créditos que ostentaba frente a terceros la entidad Construcciones Socueva S.L. admitiéndose la existencia de una deuda por parte de dicha entidad por cuantía y concepto no concretados frente a COTA Management S.L. Igualmente se pacta que una vez se hubiese cobrado dicha deuda indeterminada se retrocedería el eventual sobrante a "Construcciones Socueva S.L". Ninguno de los créditos cedidos pudo ser realizado y por tanto no se cobró el importe de los mismos.

Los créditos cedidos por importe declarado de 1.939.482.791 pesetas se desglosaron en los siguientes conceptos:

- 224.256.449 pesetas en concepto de facturas, certificaciones y derechos derivados de los contratos de arrendamiento de obras en fase de ejecución.
- 1.715.226.342 pesetas en concepto de créditos que nazcan en el futuro de los contratos en fase de ejecución.

OCTAVO.

El 5 de octubre de 2001 se cambia por Edmundo la denominación social de Construcciones Técnicas Aplicadas Management S.L que pasa a denominarse Adproin Gestión S.L, con domicilio social en Madrid.

La ejecución final de los contratos de obra inicialmente concertados por Construcciones Socueva S.L referidos en el hecho probado sexto correspondió a Adproin Gestión S.L.

NOVENO.

Mediante Auto de 10 de octubre de 2001 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santander se despachó ejecución frente a Construcciones Socueva S.L a instancia de Manuel Gómez Lloreda S.A por importe de 118.912.357 pesetas en concepto de principal, más 35.000.000 millones de pesetas calculadas para intereses y costas de ejecución, en virtud de escritura pública de reconocimiento de deuda otorgada el 6 de septiembre de 2001 con aplazamiento de pago hasta el día 17 de septiembre de 2001.

Igualmente se declaran embargados distintos saldos bancarios, créditos de Construcciones Socueva S.L frente a determinadas administraciones públicas y entidades privadas, no siendo ninguno de ellos los que fueron objeto de cesión el 19 de septiembre de 2001 mediante escritura pública.

DÉCIMO.

Con fecha 15 de enero de 2004 fue declarada la quiebra de "Construcciones Socueva S.L" por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santander, quiebra necesaria instada por acreedores de la entidad, que fue calificada como fraudulenta en sentencia de 6 de febrero de 2008 .

El informe de calificación de la quiebra emitido por el Síndico de la misma concluye, tras un intento de reconstruir la contabilidad oficial de la entidad, que concurren significativos indicios que apuntan tozudamente a que la quiebra se produjo antes del día 29 de junio de



www.civil-mercantil.com

2001, o, mejor, incluso antes del 31 de diciembre de 2000, si bien reconociendo que al no haber contabilidad fiable no hay tampoco certeza absoluta de la fecha concreta en que se produjo la quiebra, aunque sí muchos indicios, sólidos y todos en la misma dirección. Estima que los estados financieros que acompañan al denominado "Plan Estratégico Bidual 2001/2002" ofrecen la apariencia de un estado económico saneado de la sociedad que no coincide con la realidad contable de la misma porque en el ejercicio 2000 se encontraba incurso en causa de disolución por pérdidas, al tener fondos propios negativos por cuantía de 497.922.000 pesetas.

DÉCIMO.

1. Como consecuencia de la insolvencia de la entidad Construcciones Socueva S.L, determinados acreedores dejaron de percibir los créditos que ostentaban frente a fa sociedad, reclamándose en esta causa los siguientes importes:

- Plásticos CAE S.L: 26.813,49 euros
- Manuel Gómez Lloreda S.A: 1.025.717,40 euros
- Forjater S.L: 186.328,48 euros
- Jose Miguel : 167.339,54 euros
- Fontanería Doyagüez S.L: 193.363,34 euros
- Tesorería General S.S: 1.423.683,57 euros."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " Que debemos absolver y absolvemos libremente a Juan Enrique , a Romualdo , a Higinio , a Edmundo y a Eva de los delitos de los que venían siendo acusados en el presente procedimiento. Se declaran de oficio las costas de la presente causa".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por el Ministerio Fiscal, la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y la representación procesal de Fontanería Calefacción y Gas Doyagüez S. L, que se tuvo por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso. Con fecha 26 de mayo de 2014, se presentó escrito de desestimiento del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Cuarto.

Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas de los recursos interpuestos, solicitan la inadmisión de los mismos y subsidiariamente la desestimación e impugnación de todos los motivos alegados por los recurrentes. La Sala lo admitió quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

La representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Por infracción de Ley, al amparo del



www.civil-mercantil.com

Art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba. Segundo. Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 257.2º del Código Penal . Tercero. Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 290 del Código Penal . Cuarto. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.4 de la LOPJ por aplicación indebida del derecho a la presunción de inocencia.

Sexto.

La representación procesal de Fontanería Calefacción y Gas Doyagüez S.L, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: todos los motivos aducidos por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, en su escrito de formalización ante esa Sala.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 18 de noviembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Previo.

Aun siendo dos los recurrentes, Tesorería General de la Seguridad Social y Fontanería Calefacción y Gas Doyagüez SL, lo cierto es que esta entidad se ha limitado a manifestar que hace suya la impugnación formulada por la primera, de modo que se examinará esta directamente, extendido a las dos la decisión que resulte.

Primero.

Invocando el art. 849,2º Lecrim , se ha denunciado error en la apreciación de la prueba, resultante de documentos. Y, bajo este enunciado, lo que se pide, es el desplazamiento de un pasaje de los fundamentos de derecho, ubicado en el folio 20 de la sentencia, a los hechos probados, con el único argumento de que esto es algo que interesa a la recurrente.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

De otra parte, hay que tener en cuenta que, como regla, las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas no tienen la calidad de documentos en sentido técnico, a los efectos del art. 849,2º Lecrim ,



www.civil-mercantil.com

Pues bien, a tenor de lo que acaba de exponerse, no puede ser más claro que el planteamiento del motivo discurre por completo al margen de los requerimientos del precepto en el que, sin embargo, la recurrente trata de apoyarlo.

Por otra parte, hay que señalar, además, que lo que se presenta como el simple desplazamiento de determinados datos de los fundamentos de derecho a los hechos probados, sugiriendo que estarían acreditados, tampoco es así exactamente. En efecto, pues no es que la sala haya tenido por probado lo que afirman Romualdo y Carlos José, sino que discurrendo sobre la prueba, simplemente, deja constancia de lo manifestado por ellos acerca de algunas operaciones sobre acciones de Construcciones Socueva, sin dar al contenido de tales afirmaciones el valor de hechos ciertos.

Así, por razón del defecto del planteamiento, y también, a efectos meramente dialécticos, porque en ningún caso los datos de referencia podrían considerarse probatoriamente incontestados, el motivo tiene que rechazarse.

Segundo.

Lo alegado, por el cauce del art. 849,1º Lecrim, es infracción de ley, en concreto, de lo previsto en el art. 257,2º Lecrim, que castiga la conducta consistente en alzarse con los propios bienes en perjuicio de sus acreedores. El argumento es que el tribunal de instancia no habría valorado adecuadamente la manifestación del imputado Higinio (documentada en el folio 2856) en el sentido de que el Grupo Castelar, propiedad de los hermanos Romualdo Juan Enrique, habría liquidado las deudas que determinadas sociedades de ese grupo mantenía con Construcciones Socueva, con una importante quita.

El motivo es de infracción de ley, y, por eso, solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos -imprescindible punto de partida- en un precepto penal.

Pues bien, el propio planteamiento del motivo conduce directamente a su desestimación. En efecto, pues no es que el tribunal haya calificado de forma jurídicamente incorrecta algunos datos de hecho asumidos antes como probados; sino que los que la recurrente quiere que se tomen por tales no han merecido esa consideración y no figuran en ese concepto en la sentencia.

Se trata, concretamente, de dar por cierto que los hermanos Juan Enrique Romualdo, Carlos José y Higinio conocieron la situación de quiebra de Construcciones Socueva y que por eso vendieron las acciones a bajo precio. Pero, hay que insistir, no es este el criterio de la sala traducido a los hechos probados; y ello hace que el motivo no pueda estimarse.

De otra parte, es claro, lo pretendido implícitamente es que este tribunal haga una nueva valoración del material probatorio relativo a la actitud de los recurridos subyacente a las operaciones de referencia. Y esto es, además, algo para lo que tampoco existe cauce, pues la impugnada es una decisión absolutoria, fundada, entre otros, en los datos relativos al propósito que movió a aquellos a actuar como lo hicieron con los títulos aludidos y a lo que en ese momento sabían o no de la situación de la sociedad emisora; y se trata de elementos de juicio que -de acuerdo con bien conocida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional- en ningún caso podrían ser reconsiderados en el marco de este recurso sin oír de nuevo, con intermediación, las correspondientes manifestaciones de los reseñados; algo que, como es notorio, legalmente no cabe en esta instancia, según se puso de manifiesto en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de este tribunal, de fecha 19 de Diciembre de 2012.

Así, por todo, el motivo no es, pues, atendible



www.civil-mercantil.com

Tercero.

El reproche, también de infracción de ley, es por la inaplicación del art. 290 Cpenal . Un precepto que sanciona la conducta de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad que falsearen las cuentas u otros documentos que deban reflejar su situación económica. Al respecto se razona que la no presentación en el Registro Mercantil de las cuentas de la sociedad correspondientes al año 2000 sería una forma igualmente típica de falseamiento.

Pero no hace falta un particular esfuerzo argumental para concluir que la previsión legal contempla el supuesto de la -activa- alteración u omisión fraudulenta de datos en un soporte documental, de modo que la existencia de este como tal es un presupuesto sine qua non de la tipicidad de la conducta (por todas, STS 1217/2004, de 2 de noviembre). Por tanto, la ausencia del acto de incorporación al registro de la contabilidad social del año 2000 es una conducta -omisiva- que morfológicamente no está comprendida en la previsión del art. 290 Cpenal , que, por eso no pudo ni puede ser aplicado.

Cuarto.

Con apoyo en los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ se ha aducido aplicación indebida del derecho a la presunción de inocencia. El argumento, sin más, es la existencia de un conjunto de indicios de haberse cometido los delitos de los arts. 257 y 290 Cpenal .

Quizá nada ilustre con mayor elocuencia de la falta de fundamento de la impugnación que la misma incapacidad que el recurrente acredita para argumentar al respecto. Y es que el derecho a la presunción de inocencia es el fundamental del imputado a no ser condenado si no es a partir de la existencia de prueba de cargo válida que dote de fundamento bastante a la hipótesis acusatoria. Un derecho, por tanto, solo invocable por aquel, en presencia de una sentencia condenatoria que pudiera no ajustarse a ese estándar.

Pues bien, claramente no es el caso, dado que el derecho a la presunción de inocencia de los acusados en esta causa sí ha sido eficazmente reconocido en la sentencia que los absuelve. Y el motivo tiene que desestimarse.

III. FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la representación de Fontanería Calefacción y Gas Doyagüez SL, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera de fecha 6 de marzo de 2014 , dictada en la causa seguida por delitos de estafa, societarios, de insolvencia punibles y contra los derechos de los trabajadores. Condenamos a las recurrentes al pago de las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia de instancia a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.