

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067313

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 352/2024, de 30 de abril de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2097/2022

SUMARIO:**Delito de falsedad contable. Insolvencia punible. Estafa. Partícipe a título lucrativo**

Los hechos probados fijados por el tribunal permiten la subsunción de los mismos en los delitos objeto de condena de falsedad contable, insolvencia punible y estafa. Se contemplan los elementos exigibles para la comisión de estos delitos. Se perpetran tres actuaciones concretas: 1. La llevanza irregular (falsedad) de las cuentas de las sociedades ocultando su verdadera realidad económica y patrimonial y la supuesta administración desleal de las mismas por parte del acusado. El delito se comete cuando se falsean las cuentas «de forma idónea» para causar «un perjuicio económico». Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse, y otro de resultado, cuando se ha producido. Desde el tipo subjetivo, es preciso el dolo, siendo bastante con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Respecto del perjuicio, basta el dolo eventual.

2. Respecto a la insolvencia punible, la descapitalización intencionada de las empresas con perjuicio de terceros y hay un reparto de dividendos irregular en perjuicio de acreedores que supuso un agravamiento de la insolvencia. Nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual

3. Respecto al delito de estafa, el engaño y el perjuicio patrimonial irrogado a un determinado acreedor, traicionando su confianza, con el que había subcontratado la ejecución de determinadas obras, sabiendo el acusado desde el principio que iba a engañar y engañó y estafó al perjudicado, dando obras y librando pagarés que sabía que no se iban a cobrar. Hubo, pues, engaño precedente.

Recurrente condenada como partícipe a título lucrativo exclusivamente por las cantidades de las que se lucró como consecuencia de la comisión de estos hechos delictivos, pero no como partícipe de ninguno de los hechos delictivos enjuiciados y, en consecuencia, no rige la presunción de inocencia. No rige en el partícipe a título lucrativo la presunción de inocencia, al tratarse de una cuestión de naturaleza estrictamente civil, siendo suficiente con acreditar el lucro obtenido como consecuencia de la comisión de hechos delictivos y en el caso concreto es evidente que al firmar las escrituras notariales de separación de bienes con la liquidación de gananciales en la forma realizada (1% para el esposo y 99% para la esposa), se benefició personalmente con la consiguiente situación de insolvencia de la entidad.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8, 14, 31 bis, 116, 122, 250, 259.1, 261 bis y 290.

RDLeg. 1/2010 (LSC), art. 273.

Código Civil, arts. 1.305 y 1.597.

Ley 1/2000 (LEC), art. 535.

Constitución Española, arts. 24 y 120.3.

PONENTE:*Don Vicente Magro Servet.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 352/2024

Fecha de sentencia: 30/04/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2097/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2097/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta
D.ª Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de abril de 2024.

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la acusada como partícipe a título lucrativo Dña. Blanca, y del acusado D. Jesús Luis y mercantiles PROFISA 2007, S.L. y DIRECCION000., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 31 de enero de 2022, que los condenó por delitos societario de falsedad contable, insolvencia punible y estafa, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por la Procuradora Dña. Patricia Alonso Ayala y bajo la dirección Letrada de D. Luis Ignacio Hernández Martínez y por el Procurador D. Santos Gómez Rodríguez y bajo la dirección Letrada de D. José Manuel Castro García, y la recurrida Acusación Particular Construcciones Saturnino Gómez 2-98, S.L. representada por el Procurador D. Pedro Cabeza Albarca y bajo la dirección Letrada de D. Manuel Alejandro Gaspar Tejero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Badajoz incoó Procedimiento Abreviado con el nº 4599/15 contra Jesús Luis, DIRECCION000. y PROFISA 2007, S.L., y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, que con fecha 31 de enero de 2022 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que:

1.- El acusado Jesús Luis (D.N.I. NUM000), mayor de edad y sin antecedentes penales, vino ejerciendo durante estos años como administrador social único de la mercantil " DIRECCION001." (empresa constituida el 25-05-1999 y que al tiempo de su declaración en concurso de acreedores en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Badajoz de fecha 15-09-2014 contaba con un capital social de 300.000 euros). Dicha mercantil estaba integrada en un grupo de empresas (en un entramado de carácter familiar, junto con "Proigua Siglo XXI, S.L.", Exhot Siglo XXI, S.L.", "Brimax Guadiana, S.L.", "CPP Renovables, S.L." o la hispano-rumana "Cerpo P&C, Constructii S.R.L.") y del que también formaban parte entre otras "PROFISA 2007, S.L." y " DIRECCION000.", las cuales dos ostentaban la titularidad respectivamente del 25% y del 75% de " DIRECCION001.", siendo dentro del grupo la sociedad dominante " DIRECCION000.", -en tanto que sociedad de carácter patrimonial y titular de las participaciones de prácticamente la mayoría de las sociedades del entramado familiar y a su vez también de la totalidad de las participaciones sociales de "PROFISA 2007, S.L.". De casi todas ellas era el administrador social único Jesús Luis, quien las controlaba bien directamente, bien a través de sociedades instrumentales en las que participaba junto con su esposa o sus hijos, como titulares de la práctica totalidad de las participaciones sociales.

2.- Según resulta probado, la conducta del administrador social único de la concursada, Jesús Luis incide en su proceder en la gestión, con ánimo de ilícito enriquecimiento, en una ilícita despatrimonialización de la empresa, con perjuicio de sus acreedores. Y así:

-En las cuentas sociales correspondientes a los ejercicios de 2011 y de 2012 existen graves irregularidades contables, relevantes en tanto que intencionadamente ofrecían una imagen distorsionada frente a terceros de la real situación económica y patrimonio de " DIRECCION001.", para lo cual se sirvió al menos de dos vías:

a) La sobrevaloración de determinados activos:

De una parte, por la falta de control, arrastrada ya desde ejercicios anteriores, en la imputación de costes por obra y falta de debido reflejo contable de las tasaciones de las obras en curso, con lo que más del 30% de los activos de los ejercicios 2011 y 2012 carecían de justificación, pasando de 4.559.316,98 euros en 2011 a 703.223,03 euros en 2013), sin haber sido corregida dicha práctica.

De otra parte, se aprecia apunte en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de 2013 (capítulo "aprovisionamientos") de 6.509.112,88 euros, sin comentario ni justificación debida, o cómo desde abril a diciembre de 2013 el saldo en cuenta de caja es negativo y en documentación acompañada a la solicitud de concurso voluntario de acreedores se incide en graves inexactitudes y omisiones que afectan al conocimiento inicial por la autoridad judicial y por la administración concursal y acreedores, de la realidad económica de la empresa luego solicitante de concurso. Carece de debida justificación la partida de existencias de productos en curso, con ventas a pérdidas por valor de 3.440.483,55 euros en el ejercicio de 2013, lo que supondría que en aquellos ejercicios anteriores estuvieron mendazmente sobrevalorados los activos de la empresa.

b) La utilización para incrementar el patrimonio neto de esta empresa de un ingreso contingente obtenido en una ejecución judicial provisional (procedimiento n. 275/11 del Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Don Benito, dimanante del procedimiento ordinario n. 695/08).

Así, el administrador social conocía antes de dicha solicitud de concurso de acreedores (datada el 28-07-2014) la existencia de la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20-03-2014 (rollo de Sala n. 48/13) por la que en incidente concursal n. 88/11 (en relación con los autos nº 732/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz, confirmando su sentencia de 22-03-2012) y referido a "Bioenergética Extremeña 2020, S.L.", si bien se había reconocido inicialmente a su empresa la reclamación económica por sus servicios como subcontratista en la construcción de la planta de biodiesel de Valdetorres, (siéndole entregada provisionalmente por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Don Benito el 23-09-2011 a " DIRECCION001." la cantidad de 6.349.147,80 euros), finalmente -y en tanto que igualmente y como ya le constaba al acusado, la deudora "Bioenergética de Extremadura 2020, S.L." (BIONEX) ya había sido declarada en concurso de acreedores en virtud de Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz que databa del 21-04-2009- dicha cantidad fue considerada como crédito concursal, resultando paralizada esa ejecución provisional, y se acordaba judicialmente reintegrar a la masa concursal esa importante suma.

Consciente de ser desfavorable para " DIRECCION001." la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz de 22-03-2012 (luego confirmada por la Audiencia Provincial el 20-03-2014), no informa sobre ello ni

en las cuentas anuales de 2011 (como hecho posterior al cierre) ni en las de 2012, dando frente a terceros una imagen no ajustada a la realidad de la depauperada situación patrimonial de la empresa y moviéndoles a error acerca de su aparente solvencia económica.

Sin embargo, consciente también de la provisionalidad de aquella adjudicación de los 6.349.147,80 euros, el acusado incorporó definitivamente la misma al patrimonio societario destinando buena parte, -en su propio beneficio y en el de familiares directos-, a la cancelación de préstamos personales, al reparto indebido de dividendos, a devoluciones de préstamos al propio administrador social o a la indebida contabilización como reservas de la empresa, en perjuicio de los intereses de sus acreedores. De este modo:

-Canceló en representación de " DIRECCION001." dos préstamos por un total de 4.390.670,14 euros, de los que eran precisamente avalistas el acusado y su esposa (por importes respectivos de 2.363.781,25 euros con Caja de Badajoz, y por 2.026.888,89 euros con Caja de Extremadura).

-Recibió personalmente la devolución de 94.856,88 euros, como préstamo que habría otorgado a su empresa.

-Se repartieron entre el 7 de octubre de 2011 y el 23 de marzo de 2013, bajo su directa decisión y en plena situación de crisis económica general y de esta empresa, dividendos por un importe total de otros 750.000 euros, a favor de las empresas y socias " DIRECCION000." y "PROFISA 2007, S.L." (cada una recibió la misma cantidad final de 375.000 euros, pese a su distinta participación societaria, la primera mediante transferencias de fechas 07-10-2011 (150.000 euros), de 16-12-2012 (123.000 euros) y de 23-03-2013 (de 102.000 euros), y la segunda mediante transferencias de fechas 27-10-2011 (de 150.000 euros) y de 23-03-2012 (otros 225.000 euros)), en clara descapitalización social y avocando a " DIRECCION001.", como una de sus causas, a una situación de insolvencia por vaciamiento patrimonial. De dicho reparto de dividendos no hay legal constancia en actas ni referencia debida en las cuentas sociales de 2011 ni de 2012. Sólo se reintegró la cantidad de 150.000 euros, -pero en concepto de aumento de capital, suscrito íntegramente por " DIRECCION000."-, destinando ambas mercantiles beneficiadas (bajo directo control del acusado) el resto de los fondos así obtenidos a su propio provecho.

Tal reparto de dividendos se realiza finalmente en época en la que no había ya liquidez para atender a pagos a corto plazo, en plena crisis de la empresa (cuya cifra de negocio descendió un 87% entre 2010 y 2014, y siendo altamente negativo el fondo de maniobra desde marzo de 2012). Con este proceder, viene a descapitalizarse la empresa en esas circunstancias difíciles y se perjudica al resto de acreedores. Tal distribución de dividendos, fue además ocultada en las Memorias correspondientes a los ejercicios de 2011 y 2012, pese a deber figurar en las cuentas anuales, y no constando en algún caso su debida aprobación en Junta de accionistas, repercutiendo todo ello en directo beneficio del propio administrador societario y justo antes de aflorar muy importantes pérdidas en los ejercicios de 2013 y 2014.

La empresa " DIRECCION000." (actualmente en liquidación) había sido constituida el 13-04-2010 por el acusado junto con su esposa (Blanca) y con sus hijos (Zulima y Hernan), con un capital social de 658.000 euros, pero procedente de aportaciones no dinerarias y con sobrevaloración de participaciones que la familia tenía en otras empresas del mismo grupo, tratándose realmente de una empresa de carácter patrimonial.

En fechas coetáneas con las primeras citadas transferencias (supuestos dividendos sociales), el acusado Jesús Luis y su esposa Blanca otorgaron escritura notarial (de 16-12-2011) por el que modificaban su régimen económico matrimonial, procediendo en la misma fecha a liquidar su anterior régimen de gananciales, valorando los inventariados en 1.662.643,82 euros, quedándose el acusado sólo con el 1% de la nuda propiedad y con el 50% del usufructo de los numerosos bienes inmuebles, en notorio desequilibrio respecto de las valoraciones otorgadas a los bienes y derechos adjudicados a la esposa, no siendo realmente equiparables los lotes en aparente detrimento del acusado, quien se adjudicó las participaciones de aquélla en " DIRECCION001.".

Asimismo, el acusado procedió a incrementar ficticiamente el patrimonio neto de " DIRECCION001." (tomando sumas de aquélla otra procedente de la ejecución provisional) mediante la irregular contabilización, con cargo a reservas, de 812.099,54 euros en las cuentas del ejercicio de 2011, evitando así entrar en causa de posible disolución en ese ejercicio. En las cuentas sociales de 2012, como ingreso extraordinario mediante anotación de 1.048.285,38 euros, que se corresponderían con una cuota de IVA repercutido por aquella inicial operación (ejecución provisional), y rectificada (por importe de 853.020,20 euros) y por el concepto de costas de aquel procedimiento (otros 195.265,18 euros).

Con todo, y ofreciendo conscientemente esa imagen distorsionada de su realidad económica frente a otras empresas y frente a bancos, " DIRECCION001." siguió subcontratando obras con otras mercantiles, entre ellas con la empresa "Construcciones Saturnino Gómez 2-98, S.L.", a quien por facturas giradas desde julio de 2013 y hasta febrero de 2014 dejó impagada la suma de 570.981,08 euros. El acusado era consciente que no iba a poder pagar esas obras y, pese a ello, siguió contratando con aquella empresa, que confiaba en su solvencia y su crédito".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"CONDENAMOS A Jesús Luis, como autor de los siguientes delitos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas:

1. Por el delito societario de falsedad contable ya definido la pena de un año y seis meses de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador u otros en sociedades de capital y para ser apoderado de las mismas, durante el tiempo de la condena. Nueve meses multa, con cuota diaria de seis euros y arresto sustitutorio en caso de impago.

2. Procede la ABSOLUCIÓN por el delito societario de administración desleal.

3. Por el delito de insolvencia punible ya definido la pena de un año de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador u otros en sociedades de capital y para ser apoderado de las mismas, durante el tiempo de la condena. Ocho meses multa, con cuota diaria de seis euros, y arresto sustitutorio en caso de impago.

4. Por el delito de estafa la pena de dos años de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Ocho meses multa, con cuota diaria de seis euros, y arresto sustitutorio en caso de impago.

Por vía de RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. En primer lugar, y en cuanto al delito de estafa, el acusado deberá indemnizar a CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL, el importe de lo defraudado, 570.981,08 euros, más los intereses legales correspondientes. Responderá, solidariamente, la partícipe a título lucrativo en los términos expuestos.

2. Asimismo, procede declarar la nulidad de los actos y negocios de todo tipo, de disposición de bienes o de cantidades dinerarias que, en perjuicio del patrimonio de DIRECCION001 y de sus acreedores, haya ejecutado el acusado y, en concreto y especialmente: el reparto de dividendos por importe de 750.000 euros, la escritura notarial de liquidación de ganancias de fecha 16 de diciembre de 2011, y el contrato de devolución a Jesús Luis de la suma de 94.856,88 euros.

3. Será responsable como PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO la esposa del acusado, Blanca, y es condenada civilmente a reintegrar, como partícipe a título lucrativo, las cantidades, participaciones societarias y bienes inmuebles de los que haya disfrutado u obtenido a consecuencia de todas las conductas ilícitas expuestas y descritas en esta resolución.

CONDENAMOS a las entidades PROFISA 2007 SL, y a DIRECCION000, como coautoras de un delito de insolvencia punible ya definido a las penas, cada una, de un año multa con cuota diaria de 30 euros.

Se condena a los condenados al pago de las tres cuartas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, declarándose de oficio un cuarto de las costas procesales.

Contra esta resolución cabe RECURSO DE CASACIÓN, que se podrá preparar en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia, para ante la Sala de lo Penal del TRIBUNAL SUPREMO".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por las representaciones de la acusada como partícipe a título lucrativo Dña. Blanca, y del acusado D. Jesús Luis y mercantiles Profisa 2007, S.L. y DIRECCION000., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada como partícipe a título lucrativo Dña. Blanca lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Basamos este motivo de recurso, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECrim considerando que el relato de los hechos probados de la Sentencia resultan manifiestamente contradictorios entre ellos, no permitiendo su eficaz comprensión según lo establecido por el art. 851, 1º, produciendo una aplicación incorrecta de preceptos

sustantivos, tales que son los arts. 8, 14, 31 BIS, 250, 261 BIS, 290 y 259.1 CP, en relación con los arts. 273 LSC y 535 LEC y 1597 CC.

Segundo.

Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2º LECrim, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba basados en documentos obrantes en autos y no contradicha por otros elementos probatorios.

Tercero.

Al amparo del art. 851. 1º LECrim, por quebrantamiento de forma por contradicción de los hechos probados.

Cuarto.

Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción de derecho constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Jesús Luis y mercantiles PROFISA 2007, S.L. y DIRECCION000., lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. Violación del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.

Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECrim.

Tercero.

Infracción de Ley al amparo del art. 849.2º LECrim, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos probatorios.

Cuarto.

Al amparo del art. 851. 1º LECrim, por quebrantamiento de forma por contradicción de los hechos probados.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular que se opuso a los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 23 de abril de 2024, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Jesús Luis y de las mercantiles PROFISA 2007 SL Y DIRECCION000 y por la representación de Blanca, contra sentencia de fecha 31 de enero de 2022, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Badajoz

RECURSO DE Jesús Luis, PROFISA 2007 S.L. Y DIRECCION000.

Segundo.

1.- Al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Señala el recurrente que existen alternativas a la hipótesis que mantiene la sentencia condenatoria y tales alternativas, en virtud de los hechos completos y sus tiempos, serían susceptibles de ser calificadas de razonables y avalarían conclusiones diferentes a la imputación.

La denuncia de vulneración de la presunción de inocencia del recurrente debe ser desestimada y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia que se basó en pruebas documentales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el Tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles.

Constituye todo ello un acertado análisis de la racionalidad de la valoración probatoria del tribunal frente a la pretensión del recurrente de convertir la sede casacional en una especie de "ius electionis" que proclama de que se valoren de nuevo las pruebas practicadas con arreglo a su propia versión de los hechos cuando ello ya ha sido hecho y razonado.

Suele plantearse con frecuencia en sede de recurso de casación la presunción de inocencia cuestionando de nuevo ante el Tribunal Supremo que lleve a efecto una nueva revisión de la valoración probatoria que ya ha tenido efecto ante el Tribunal.

Pero el planteamiento de la presunción de inocencia en casación no puede consistir en volver a plantear que se opte en la sentencia de casación ante el recurso deducido por la forma en que debió valorarse la prueba por el tribunal de instancia.

Cierto y verdad que es posible el análisis de la suficiencia en cuanto a la constancia de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero ello no lleva a un nuevo proceso valorativo por el Tribunal Supremo, sino al análisis de la racionalidad de la valoración probatoria reflejada en la sentencia.

El enfoque que debe darse al planteamiento de la presunción de inocencia por la vía de los artículos 852 de la ley de enjuiciamiento Criminal y del artículo 24 de la Constitución solo puede llevarse a cabo bajo el marco de cómo ha resuelto el tribunal su análisis de la racionalidad de la valoración probatoria, así como si, efectivamente, había suficiente prueba de cargo para dictar sentencia condenatoria, o la de descargo tendría virtualidad relevante para contrarrestar la prueba de cargo mantenida y sostenida por la acusación.

Es de esta manera como debe realizarse el enfoque de la casación por la vía de la presunción de inocencia y no postulando una repetición de cuál ha sido la prueba de descargo que se propuso y practicó ante el tribunal de instancia. Con ello, la repetición mimética de cuál fue la prueba de descargo y la negativa a aceptar el valor dado a la de cargo, que ya se expuso el tribunal no pueden servir de cauce para enfocar la forma de plantear la presunción de inocencia en sede casacional.

Pero no puede convertirse el alegato ex art. 24 CE, que conlleva realmente el uso de la vía del 5.4 LOPJ y 852 LECRIM como una vía para poner encima de la mesa casacional una nueva revisión de la valoración probatoria, solicitando al tribunal de casación que "vuelva a valorar lo ya valorado y motivado y sin tener intermediación" y en atención al enfoque personalizado que realiza el recurrente al cuestionar que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Por ello, la vía de la pretendida vulneración de la presunción de inocencia no puede convertirse en un escenario para realizar una exposición de cuál fue la prueba que se practicó y cuál fue la valoración probatoria que se debía haber realizado por el Tribunal de instancia.

Y suele ser práctica habitual, como en este caso concurre, que el recurrente cita cuál es la prueba que se ha practicado y lo que se cuestiona veladamente es el resultado valorativo cuando nos movemos ya en sede casacional y el tribunal de enjuiciamiento citó la prueba practicada y la valoró.

Pues bien, ello no supone que se ha vulnerado la presunción de inocencia, sino que solicita una revisión íntegra del resultado valorativo por el personal. Y, en definitiva, lleva consigo una reclamación "de lo que se debía haber valorado" con lo mismo que se dijo y expuso el día del juicio por testigos y peritos y documentos.

Siguiendo con el alegato del recurrente en torno a la presunción de inocencia que se alega es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona standard of proof que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad "instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración" (In re Wip). Se cita también la expresión proof leaving no doubt, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

Pues bien, realizada esta precisión hay que concretar que desarrollando los motivos de queja insertos en el primero expuesto por el recurrente hay que señalar que frente al alegato de la vulneración de la presunción de inocencia debemos dejar constancia de los extremos relativos al análisis de la racionalidad de la valoración

probatoria llevado a cabo por el tribunal de instancia en cuanto a si existía prueba de cargo suficiente frente a la de descargo, y si esta era hábil y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Lo que el recurrente sostiene es que existieron alternativas razonables que podrían haber llevado a la absolución de la acusación formulada con extremos que expone el recurrente y apunta que:

1.- El acusado era administrador de varias empresas que no tenían deudas, que cumplían con sus obligaciones fiscales y mercantiles y cuyas cuentas eran auditadas y certificadas por AENOR.

2.- La empresa con mayor volumen de negocio, DIRECCION001, sufre una importante deuda con la ejecución de una obra en el año 2007, deuda que representaba la casi totalidad del volumen de sus operaciones. Esta deuda se reclama judicialmente en el año 2008 y se obtiene un pronunciamiento favorable, quedando la cantidad depositada en el juzgado.

3.- En el año 2011, confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial y al amparo del artículo 535 LEC se ejecuta provisionalmente el fallo por la cantidad adeudada, y se utilizan los fondos obtenidos para cancelar unos préstamos que estaban pignorados con el aval del acusado y de su esposa y se hace frente a las deudas pendientes.

4.- En el año 2012, cuando ya se había dispuesto de la cantidad ejecutada provisionalmente, mediante un procedimiento independiente sorpresivo e inesperado para la entidad mercantil y su administrador seguido en la jurisdicción mercantil se le solicita que devuelva esa suma.

Por tanto, las cantidades obtenidas en la ejecución provisional se han destinado a pagar deudas sociales sin que a título personal se haya enriquecido el acusado, su esposa o sus empresas.

Tampoco puede sostenerse el delito de falsedad contable cuando las cuentas han sido auditadas y cuentan con el control de calidad de todos los departamentos de AENOR y con los restantes mecanismos de control exigibles, tanto para el administrador social como en el aspecto societario.

El delito de falsedad contable no se puede residenciar en discrepancias en la valoración de activos, en las cuantías correspondientes al IVA que se adecuan a la legislación tributaria según el informe de la Inspección de Hacienda o en el indebido reparto de dividendos, también legal conforme al artículo 273 a la Ley de Sociedades de Capital, pues se hizo con cargo a reservas de la empresa de los años 2007 y 2008.

Pues bien, lo expuesto por el recurrente tiende a pretender justificar las actuaciones llevadas a cabo en el seno de las sociedades que no pueden implicar un ilícito penal por la concurrencia de vicisitudes que acarrearán ciertos problemas en las empresas, pero omite y pretende olvidar e ignorar intencionadamente el recurrente aquellos otros datos que sí se han tenido en cuenta por el tribunal para objetivar la prueba concurrente determinante de la condena.

Así, el tribunal ha dispuesto de prueba de cargo de contenido incriminatorio y la estructura del discurso valorativo se ajusta a los cánones exigidos por la doctrina constitucional.

El recurrente ha sido condenado por:

a.- Por el delito societario de falsedad contable ya definido la pena de un año y seis meses de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador u otros en sociedades de capital y para ser apoderado de las mismas, durante el tiempo de la condena. Nueve meses multa, con cuota diaria de seis euros y arresto sustitutorio en caso de impago.

b.- Por el delito de insolvencia punible ya definido la pena de un año de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador u otros en sociedades de capital y para ser apoderado de las mismas, durante el tiempo de la condena. Ocho meses multa, con cuota diaria de seis euros, y arresto sustitutorio en caso de impago.

c.- Por el delito de estafa la pena de dos años de prisión, accesorias legales de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Ocho meses multa, con cuota diaria de seis euros, y arresto sustitutorio en caso de impago.

La prueba de cargo determinante de la condena se residencia en la siguiente referida por el tribunal de instancia:

1.- El dictamen emitido por el perito judicial D. Rubén, economista, censor jurado de cuentas, así como el dictamen de la AEAT, evacuado por la funcionaria Inspectora correspondiente, dictámenes ambos sometidos a la contradicción de las partes en el acto del juicio.

2.- Otras pruebas periciales y documentales que obran en autos (informe de la administración concursal, sentencia de esta misma Audiencia, sección segunda, confirmando la calificación del concurso como culpable, etc.)

¿Cuáles son los datos fácticos determinantes de la condena?

Frente a la queja del recurrente de la no ilicitud penal de los hechos objeto de acusación el tribunal concluye tres datos relevantes para la condena, a saber:

- 1.- La llevanza irregular (falsedad) de las cuentas de las sociedades ocultando su verdadera realidad económica y patrimonial y la supuesta administración desleal de las mismas por parte del acusado.
- 2.- La descapitalización intencionada de las empresas con perjuicio de terceros.
- 3.- El engaño y el perjuicio patrimonial irrogado a un determinado acreedor, traicionando su confianza, con el que había subcontratado la ejecución de determinadas obras.

Pues bien, la sentencia desgrana con detalle los elementos que rodean la ilícita actuación del recurrente que lleva a la condena:

1.- Jesús Luis, persona física, dirigía todo el entramado empresarial y tomaba las decisiones relevantes. En realidad, las empresas las formaban él y sus familiares directos.

2.- Con la sentencia de la AP, sección segunda, de fecha 15 de junio de 2018 confirma la decisión del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Badajoz, declarando culpable el concurso de DIRECCION001. El hecho de que aquél se hubiera asesorado o auxiliado de contables, administrativos, abogados u otros profesionales, no le exonera de culpa. A pesar del alto asesoramiento jurídico o contable, todas las decisiones, al menos las más importantes, las tomaba él, a través de su empresa dominante, DIRECCION000

3.- Queda acreditado documentalmente que el abogado del bufete Cuatrecasas que le asesoraba, Sr. Casiano, le avisó por escrito de que el Juzgado de Primera Instancia n. 6 de Badajoz, en sentencia dictada con fecha 22 de marzo de 2012, le reclamaba para incorporarla a la masa de la quiebra de la sociedad BIONEX SL, la suma que, con carácter provisional, le había entregado el Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Don Benito, el 23 de septiembre de 2011, 6.349.147,80 euros.

Véase informe del gabinete CUATRECASAS GONÇALVES PEREIRA, folios 1086 a 1090. A pesar de ello, el propio Jesús Luis tomó la decisión de no reintegrar esa suma al concurso de BIONEX SL, y lo aplicó en beneficio propio.

4.-Delito societario de falsedad contable

a.- Se falsean las cuentas de la sociedad, se crea una apariencia de solvencia que no existe, y se producen perjuicios a terceros.

b.- Sentencia de fecha 15 de junio de 2018, dictada en el rollo de apelación n. 689/2018, que confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Badajoz, de fecha 9 de febrero de 2018, la cual declara culpable el concurso de DIRECCION001 y, entre otras cuestiones, acuerda la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier otra persona por tiempo de 5 años, al ahora acusado. Dichas sentencias, la de primera instancia y la de apelación, se dictan después de valorar las pruebas periciales y documentales obrantes en autos, entre ellas, el informe de la administración concursal. Tales resoluciones en cuanto al referido delito contable, consideran acreditados determinados aspectos relevantes:

1. Falta de rigor en la contabilización de la cifra de existencias de la concursada.
2. Distribución de dividendos ocultada en la memoria anual que forma parte de las cuentas sociales.
3. Incongruencias contables.

Tales hechos aparecen perfectamente acreditados en el acto del juicio a la vista de las pruebas practicadas, documental y periciales sometidas a la contradicción del plenario. Efectivamente, los informes de auditoría de las cuentas anuales de DIRECCION001. de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, revelan la ausencia de control de costes por obra dificultando la imputación de estos y la valoración de las obras que constan como "existencias" a la fecha del cierre respectivo; sin garantía de que la cifra de existencias fuera correcta.

c.- Se destacan al respecto el informe del perito judicial y el del administrador concursal, el cual concluye la existencia de una clara irregularidad relevante en la contabilidad que impide la comprensión de su situación financiera y patrimonial real.

d.- Los auditores auditaron las cuentas, desconocedores del hecho de que el reparto propuesto para el ejercicio 2011 y 2012 era con cargo a reservas, a pesar de que una parte ya había sido repartida, por importe de 750.000 €. Este hecho, de gran trascendencia, no queda puesto de manifiesto en las cuentas anuales de la sociedad, ya que en la memoria se refleja una aplicación del resultado del ejercicio que implica una dotación de reservas por el total de los beneficios obtenidos.

e.- El aludido reparto no fue objeto de deliberación y acuerdo en Junta General, siendo decidido por el administrador, obviando por tanto la competencia y soberanía de aquel órgano colegiado a quien tal decisión sólo atañía, como se elude la derivada información subsiguiente a socios y terceros de los acuerdos que hubiera sido necesario adoptar. Y ello se hace en un momento de serias dificultades para atender los pagos, lo cual aboca al concurso en gran medida.

f.- Como destaca el informe de la Administración, mientras que la realidad era que DIRECCION001. distribuía sus Fondos Propios (Reservas y Beneficio del Ejercicio) entre sus socios como dividendos, lo que reflejaba la memoria de las cuentas anuales, era un incremento de las reservas de la sociedad. "El estado de flujos refleja el movimiento de tesorería, no el reparto de dividendos ya que el apartado "pagos de dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio" no refleja la realidad del pago de dividendos, al no especificar a qué se refiere, si a pagos de dividendos o a remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio.

g.- Incongruencias contables:

1.- Como señala la Inspectora de AEAT en la conclusión cuarta de su dictamen, folios 3357 a 3363, el efecto de incrementar el patrimonio neto de la entidad DIRECCION001 por la contabilización, como ingreso, en el ejercicio 2012 de los importes cobrados como consecuencia de la ejecución provisional de la sentencia que condenaba a BIONEX al pago de 6.349.147,80 euros, podría no cumplir con el principio de prudencia ya que en el ejercicio de 2012 existía una sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 6 de Badajoz que calificaba el crédito de dicha empresa contra BIONEX como concursal y que indicaba que esa (abultada) suma debería ser restituida a la masa activa del concurso de BIONEX, lo que no se hizo. Se invirtió en beneficio propio y de su entramado empresarial, y tampoco se utilizó para pagar el crédito que tenía con CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL, por importe de 570.981,08 euros.

2.- Consta acreditado, véase dictamen del perito judicial, folios 3470 a 3510, que el acusado procedió a incrementar ficticiamente el patrimonio neto de DIRECCION001, (tomando sumas procedentes de la ejecución provisional), mediante la irregular contabilización con cargo a reservas, de 812.099,54 euros, en las cuentas del ejercicio de 2011, evitando así entrar en posible quiebra.

Si esto no se hubiera contabilizado así, se habría estado en una situación de quiebra técnica desde el año 2012. Lo mismo puede decirse de la suma de 1.048.285,38 euros. En definitiva, esas cantidades, en vez de colocarlas en el pasivo, las coloca como reservas, lo que supone una grave irregularidad contable y crea, además, una apariencia de solvencia que no existe ni tiene la empresa y esto, lógicamente, produce perjuicios a los terceros que contratan con él confiando en la solvencia de una empresa que, en realidad, no era solvente en esas fechas, estando en situación de quiebra técnica.

3.- Saldo de la cuenta de Caja. Según consta en el informe de la administración concursal, se ha acreditado la existencia de saldos ficticios en la cuenta de Caja, en distintos momentos de la vida de DIRECCION001.

Refiere la Administración Concursal, saldos negativos de la "Cuenta 570000000-Caja", y estando próxima la solicitud del concurso de acreedores. Entre el 23 de abril de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, presenta saldo negativo durante 247 días.

El saldo de cuenta llega a alcanzar los 25.265,06 euros negativos. "Cuando la cuenta de "Caja", que representa el dinero en efectivo que mantiene la empresa en su poder, pasa a ser negativo, podemos estar ante una contabilidad mal llevada, con errores, o ante una contabilidad que no refleja la realidad de la totalidad de las operaciones.

En ambos casos estamos ante irregularidades contables de gran importancia que le restan fiabilidad a las cuentas anuales". Concluye el informe que el saldo de Caja puede ser positivo o cero, pero si es negativo implica que se está pagando con un dinero que físicamente no existe a la fecha en que se contabiliza el pago, o que faltan cobros por contabilizar. La cuenta de "Caja" nunca puede ser negativa, por responder a la disponibilidad física del efectivo. Si es negativa, ello implica una clara irregularidad contable que no refleja la imagen fiel de la empresa.

h.- Conclusión del tribunal respecto del delito de falsedad contable:

En suma, el acusado, administrador de la sociedad, falseó las cuentas de la misma, faltó a la verdad en la narración de los hechos, cometió graves irregularidades contables y lo hizo "en forma idónea para causar un perjuicio económico a un tercero", según exige el tipo penal del artículo 290 CP, llegándose, además, a irrogar efectivamente el perjuicio económico, como establece el segundo párrafo del precepto, a CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL.

5.- Delito de insolvencia punible.

a.- Sí han existido acreedores pues ha habido deudas que muy pronto iban a vencer, y, por tanto, iban a ser exigibles, en este caso como acreedor la perjudicada constituida como acusación particular CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL.

b.- Existe una clara descapitalización intencional de la empresa con el designio de ocultar bienes, de ocultamiento del activo. Hay un reparto de dividendos irregular en perjuicio de acreedores.

1.- En primer lugar, el reparto de dividendos realizado, mediante trasferencias, en fechas 7/10/2011, 16/02/2012 y 23/03/2012, 27/10/2011 y 23/03/2012 por un importe total de 750.000,00 Euros, (375.000 euros a cada una de las empresas socias, PROFISA 2007 SL y DIRECCION000, respectivamente), supuso un agravamiento de la insolvencia de la concursada que se encontraba, a la sazón, en una situación difícil desde el punto de vista económico, siendo su fondo de maniobra a fecha del 23/03/2012 negativo en la cantidad de 1.284.654,32 Euros.

2.- De este modo se frustran las expectativas de los acreedores, en claro beneficio de los socios ante la disminución de activos y relevante "descapitalización" de DIRECCION001. Dicho reparto de dividendos implicó que la sociedad se quedara sin liquidez alguna, al retirar el administrador la suma de 750.000 euros.

3.- Un segundo acto de descapitalización de la empresa y de ocultamiento del activo, lo constituye cuando el acusado recibió personalmente la devolución de 94.856,88 euros, como préstamo que había otorgado a su empresa.

Es decir, se pagó a sí mismo créditos propios en una suerte de autocontratación fraudulenta, con el designio de quedar a la empresa en estado de insolvencia frustrando las expectativas de posibles acreedores.

4.- Asimismo, el acusado y su esposa Blanca otorgaron escritura notarial el 16 de diciembre de 2011 por la que modificaban su régimen económico matrimonial, liquidando la sociedad de gananciales quedándose el acusado con el 1 % de la nuda propiedad y con el 50 % del usufructo de una serie de bienes inmuebles, produciéndose un notorio desequilibrio respecto de las valoraciones de bienes y derechos adjudicados a la esposa.

5.- Conclusión del tribunal acerca del ilícito penal:

Es decir, y, en definitiva, el acusado realizó una suerte de vaciamiento patrimonial de la empresa en perjuicio de terceros, de manera que, para tratar de librarse de la crisis económica, lleva a cabo una serie de actuaciones constitutivas de ilícitos penales, que arrastran a terceros a los que arruina, entre ellos la sociedad de su cuñado, CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL.

6.- Delito de estafa.

a.- El engaño era precedente.

b.- El acusado sabía desde el principio que iba a engañar y engañó y estafó al perjudicado, CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL: le siguió dando obras y librando pagarés que sabía que no se iban a cobrar, aprovechándose, además, de la confianza existente entre ambos.

Efectivamente, CONSTRUCCIONES SATURNINO SL había sido subcontratista de las obras que realizaba el acusado y su entramado empresarial, durante varios años, siendo, además, los representantes de una y otra empresa, cuñados, lo que incrementa la confianza y facilita el engaño. Supuesto ello, llegó un momento, como se ha visto, en que la empresa de Jesús Luis estaba descapitalizada y, a pesar de ello, siguió subcontratando obras con su cuñado, librando para ello pagarés que sabía que nunca iba a cobrar, como así aconteció. Hubo, pues, engaño precedente como elemento nuclear del tipo, desplazamiento patrimonial y perjuicio.

c.- El acusado, habiendo descapitalizado su empresa y habiendo situado a la misma en situación de insolvencia, la cual fue ocultada en las cuentas, continuó subcontratando obras con CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL, emitiendo y girando pagarés a este subcontratista con vencimiento bien posterior, los cuales resultaron impagados. Como consecuencia de tan elevados impagos, dicha subcontrata entró en concurso. Es decir, Jesús Luis le siguió dando/contratando obras a (con) su cuñado, pese a saber de antemano que éste no las iba a cobrar. En estos sencillos términos puede resumirse todo. Existió, pues, un claro engaño, precedente, y un perjuicio patrimonial a la otra parte, que confió siempre en el acusado. El delito de estafa es muy evidente. Todos los requisitos expuestos concurren, como se ha visto y sin duda alguna, en el supuesto enjuiciado.

El recurrente realiza una extensa argumentación discrepante acerca de la prueba tenida en cuenta por el tribunal para la condena, pero alegada la vulneración de la presunción de inocencia lo importante es determinar si la de cargo reflejada por el tribunal es correcta para entender que esa prueba citada es suficiente para la condena, y se ha realizado una explicación razonada acerca de esta prueba pericial y documental que ha sido debidamente analizada y argumentada en cuanto a su valor como prueba suficiente, ya que la explicación del recurrente acerca de opciones alternativas que a su juicio podrían justificar las operaciones realizadas no pueden admitirse cuando la explicación del tribunal antes expuesta y que hemos sistematizado respecto de cada delito objeto de condena nos llevan a una correcta inferencia realizada por el tribunal en cuanto a la conjunción de los indicios relevantes para la condena.

El Tribunal ha motivado de forma suficiente y racional la prueba de cargo concurrente y frente a las "alternativas" que expone el recurrente no pueden prosperar, ya que la argumentación del tribunal respecto de la prueba pericial y documental que acredita la comisión de los delitos por los que ha sido condenado no puede ser alterada por una visión particular del recurrente que enfoca esa prueba de forma que las minusvalora para ofrecer una explicación alternativa que reseña cuando el tribunal ha efectuado un desglose de la prueba de cargo valorada respecto a cada tipo penal y que goza de motivación suficiente y de cita de prueba de cargo relevante para la condena.

El motivo se desestima.

Tercero.

2.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por aplicación indebida de los arts. 250, 259.1, 261 bis y 290 CP en relación con los arts. 273 LSC, 1597 CC y 535 LEC.

El motivo está incorrectamente planteado, ya que formula bajo el amparo del error iuris el planteamiento de queja casacional de los tipos penales distintos objeto de condena, pero que deben ser articulados en distintos motivos, y no en uno solo por las diferencias sustanciales entre uno y otro.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Cuestiona el recurrente la subsunción de los hechos probados en los delitos objeto de condena, pero que, insistimos, debieron ser planteados en motivos diferentes.

Así apunta en síntesis el recurrente que:

a.- Delito de falsedad contable.

Señala que no es factible la condena por el delito de falseamiento contable cuando el acusado se limitó a pagar los créditos según lo dictaminado por sus asesores y a contabilizarlos siguiendo sus instrucciones, se ha acreditado que las empresas contaban con los necesarios elementos de control y las empresas administradas por el acusado carecían de deudas en la fecha de los hechos.

No es posible imputar el delito al acusado cuando como administrador social sin formación económica se limitó a actuar siguiendo las instrucciones de los técnicos.

b.- Delito de insolvencia punible.

Tampoco se le puede imputar el delito de insolvencia punible a quien no oculta sus bienes, carece de deudas en la fecha de los hechos y las cuentas sociales están correctamente auditadas. Está ausente el requisito esencial de la existencia de una deuda vencida y exigible y las cantidades de las que se dispuso como consecuencia de la ejecución provisional para hacer frente a deudas sociales no habían sido entregadas en concepto de administración, comisión o depósito, sino con libre disposición conforme a lo dispuesto en el art. 535 LEC. No se puede sustentar el delito en el reparto de dividendos que se hizo ajustándose a lo dispuesto en el art. 273 LSC dada la estructura del balance societario, como han mantenido de forma unánime los técnicos, economistas y auditores.

Por último, no era posible reservar fondos, ni siquiera de los obtenidos en la ejecución provisional, para satisfacer el crédito de Construcciones Saturnino por facturas extendidas en 2013 cuando a la fecha de recepción dineraria no se habían ejecutado aún los trabajos.

c.- Delito de estafa.

Mucho menos puede haber tampoco ilícito penal alguno por estafa del art. 250 CP, que también entendemos conculcado, si se dispone legítimamente del bien en cuestión durante la fase concreta hasta que se ha tenido conocimiento de su devolución: ". . . con el importe recibido por la ejecución provisional se han pagado deudas de la concursada y no de otras personas físicas o jurídicas" (Folio 1962, declaración de la AC de CPP). Falta idoneidad pues, para causar perjuicio.

Conforme al art. 1758 CC, que también entendemos conculcado: "se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla". Se requiere necesariamente por tanto que el bien recibido sea de titularidad ajena y, también, que exista obligación de guardarlo y devolverlo. Nada se entregó a CPP en administración, comisión o depósito (art. 1758 CC), se entrega con libre disposición, según establece la dicha norma procesal (art. 535 LEC).

Pese al alegato del recurrente hay que considerar que se perpetraron tres actuaciones concretas:

1. La llevanza irregular (falsedad) de las cuentas de las sociedades ocultando su verdadera realidad económica y patrimonial y la supuesta administración desleal de las mismas por parte del acusado.
2. La descapitalización intencionada de las empresas con perjuicio de terceros.
3. El engaño y el perjuicio patrimonial irrogado a un determinado acreedor, traicionando su confianza, con el que había subcontratado la ejecución de determinadas obras.

Pues bien, planteados los tres alegatos hay que apuntar que:

a.- Delito de falsedad contable.

Frente a la queja del recurrente hay que señalar que el artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación, que falseen las cuentas anuales u otros

documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero.

Esta Sala ha señalado de forma reiterada la especial importancia de las falsedades que pudieran cometerse en las cuentas anuales cuando, como exige el tipo delictivo, son idóneas para causar daños a terceros, incluidos los socios, en la medida en la que dan lugar a una impresión errónea acerca del estado económico de la sociedad, con el consiguiente perjuicio derivado de la posible adopción de decisiones basadas en una información mendaz.

Sobre este delito señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 369/2019 de 22 Jul. 2019, Rec. 2975/2017 que:

"Con este delito se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros (STS nº 194/2013). Decíamos en la STS nº 822/2015, de 14 de diciembre, que " En las sentencias 655/2010, de 13 de julio, y 194/2013, de 7 de marzo, se afirma que el tipo descrito en el art. 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las "cuentas anuales" o de "otros documentos".

El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un "numerus apertus" en el que solo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11).

El delito se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico". Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege".

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010, "falsear" en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad ".

En consecuencia, será necesario que en la sentencia condenatoria aparezca acreditado suficientemente, en primer lugar, que el acusado es administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. Aplicando la doctrina sobre el concepto de administrador de hecho a la que luego se aludirá.

En segundo lugar, que las cuentas o los otros documentos a los que se refiere el precepto, han sido falseadas, es decir, alteradas o modificadas en relación a lo que debería ser su contenido correcto, o dicho de otra forma, que su contenido no es el que debería ser, ocultando así la verdadera situación económica o jurídica de la entidad (STS nº 655/2010), siendo posible que el falseamiento se produzca por cualquiera de las vías previstas en el artículo 390 CP. La falsedad se comete ocultando datos verdaderos, que deberían figurar en el documento, o introduciendo datos falsos. No se comete cuando se incorporan juicios de valor, de los que no puede afirmarse la falsedad, sino el acierto o el error. Es posible, sin embargo, construir un juicio de valor erróneo sobre la base de la ocultación de un dato verdadero o la introducción de un dato falso. Existirá entonces falseamiento de las cuentas, apoyado en la falsedad de un dato fáctico y expresada mediante un juicio de valor.

En tercer lugar, que ese falseamiento de las cuentas es idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero.

Y, en cuarto lugar, que el acusado ha intervenido de alguna forma relevante en la formulación, confección o configuración de las cuentas o de los otros documentos mencionados.

Desde el tipo subjetivo, es preciso el dolo. Es bastante con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, que el documento contiene datos que no responden a la realidad, bien porque se hayan incluido inicialmente o bien porque hayan sido alterados con posterioridad. Respecto del perjuicio, basta el dolo eventual."

Por ello, en el FD nº 3 de la sentencia se fija que se falsean las cuentas de la sociedad, se crea una apariencia de solvencia que no existe, y se producen perjuicios a terceros. Concurren, pues, los elementos del delito de falsedad contable del art. 290 CP.

Hay que recordar que se apunta la referencia de "la sentencia de fecha 15 de junio de 2018, dictada en el rollo de apelación n. 689/2018, que confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Badajoz, de fecha 9 de febrero de 2018, la cual declara culpable el concurso de DIRECCION001 y, entre otras cuestiones, acuerda la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier otra persona por tiempo de 5 años, al ahora acusado.

En cuanto al referido delito contable, consideran acreditados determinados aspectos relevantes:

- 1.- Falta de rigor en la contabilización de la cifra de existencias de la concursada.
- 2.- Distribución de dividendos ocultada en la memoria anual que forma parte de las cuentas sociales.
- 3.- Incongruencias contables.

La sentencia concluye de la prueba pericial practicada que concurre "la existencia de una clara irregularidad relevante en la contabilidad que impide la comprensión de su situación financiera y patrimonial real".

También se añade para justificar el delito de falsedad contable que "los auditores auditaron las cuentas, desconocedores del hecho de que el reparto propuesto para el ejercicio 2011 y 2012 era con cargo a reservas, a pesar de que una parte ya había sido repartida, por importe de 750.000 €. Este hecho, de gran trascendencia, no queda puesto de manifiesto en las cuentas anuales de la sociedad, ya que en la memoria se refleja una aplicación del resultado del ejercicio que implica una dotación de reservas por el total de los beneficios obtenidos. El aludido reparto no fue objeto de deliberación y acuerdo en Junta General, siendo decidido por el administrador, obviando por tanto la competencia y soberanía de aquel órgano colegiado a quien tal decisión sólo atañía, como se elude la derivada información subsiguiente a socios y terceros de los acuerdos que hubiera sido necesario adoptar. Y ello se hace en un momento de serias dificultades para atender los pagos, lo cual aboca al concurso en gran medida".

Respecto a la queja interpretativa del art. 273 de la Ley de sociedades de capital está debidamente motivado por el tribunal, ya que se apunta en la sentencia que:

"Como destaca el informe de la Administración, mientras que la realidad era que DIRECCION001. distribuía sus Fondos Propios (Reservas y Beneficio del Ejercicio) entre sus socios como dividendos, lo que reflejaba la memoria de las cuentas anuales, era un incremento de las reservas de la sociedad. "El estado de flujos refleja el movimiento de tesorería, no el reparto de dividendos ya que el apartado "pagos de dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio" no refleja la realidad del pago de dividendos, al no especificar a qué se refiere, si a pagos de dividendos o a remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio.

El art. 273 de la Ley de Sociedades de Capital exige escrupulosos requisitos para el reparto de beneficios que la concursada ha infringido abiertamente; aprobación en Junta General, cobertura de las atenciones previstas en la ley y estatutos y reparto con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición si el valor del patrimonio neto es superior al capital social."

No se ha dado cumplimiento a lo previsto en el precepto citado y ello lleva a una alteración contable dolosa.

Cifra, asimismo, la sentencia otras operaciones que permiten la condena por el delito del art. 290 CP en cuanto a operaciones que alteran la realidad contable:

1.- "El efecto de incrementar el patrimonio neto de la entidad DIRECCION001 por la contabilización, como ingreso, en el ejercicio 2012 de los importes cobrados como consecuencia de la ejecución provisional de la sentencia que condenaba a BIONEX al pago de 6.349.147,80 euros, podría no cumplir con el principio de prudencia ya que en el ejercicio de 2012 existía una sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 6 de Badajoz que calificaba el crédito de dicha empresa contra BIONEX como concursal y que indicaba que esa (abultada) suma debería ser restituida a la masa activa del concurso de BIONEX, lo que no se hizo. Se invirtió en beneficio propio y de su entramado empresarial, y tampoco se utilizó para pagar el crédito que tenía con CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL, por importe de 570.981,08 euros."

2.- "El acusado procedió a incrementar ficticiamente el patrimonio neto de DIRECCION001, (tomando sumas procedentes de la ejecución provisional), mediante la irregular contabilización con cargo a reservas, de 812.099,54 euros, en las cuentas del ejercicio de 2011, evitando así entrar en posible quiebra. Si esto no se hubiera contabilizado así, se habría estado en una situación de quiebra técnica desde el año 2012. Lo mismo puede decirse de la suma de 1.048.285,38 euros. En definitiva, esas cantidades, en vez de colocarlas en el pasivo, las coloca como reservas, lo que supone una grave irregularidad contable y crea, además, una apariencia de solvencia que no existe ni tiene

la empresa y esto, lógicamente, produce perjuicios a los terceros que contratan con él confiando en la solvencia de una empresa que, en realidad, no era solvente en esas fechas, estando en situación de quiebra técnica.

Saldo de la cuenta de Caja. Según consta en el informe de la administración concursal, se ha acreditado la existencia de saldos ficticios en la cuenta de Caja, en distintos momentos de la vida de DIRECCION001. Refiere la Administración Concursal, saldos negativos de la "Cuenta 570000000-Caja", y estando próxima la solicitud del concurso de acreedores. Entre el 23 de abril de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, presenta saldo negativo durante 247 días. El saldo de cuenta llega a alcanzar los 25.265,06 euros negativos. "Cuando la cuenta de "Caja", que representa el dinero en efectivo que mantiene la empresa en su poder, pasa a ser negativo, podemos estar ante una contabilidad mal llevada, con errores, o ante una contabilidad que no refleja la realidad de la totalidad de las operaciones. En ambos casos estamos ante irregularidades contables de gran importancia que le restan fiabilidad a las cuentas anuales". Concluye el informe que el saldo de Caja puede ser positivo o cero, pero si es negativo implica que se está pagando con un dinero que físicamente no existe a la fecha en que se contabiliza el pago, o que faltan cobros por contabilizar. La cuenta de "Caja" nunca puede ser negativa, por responder a la disponibilidad física del efectivo. Si es negativa, ello implica una clara irregularidad contable que no refleja la imagen fiel de la empresa."

Por ello, expuesto el arquetipo del diseño argumental de la sentencia en cuanto a este delito el tribunal concluye que "el acusado, administrador de la sociedad, falseó las cuentas de la misma, faltó a la verdad en la narración de los hechos, cometió graves irregularidades contables y lo hizo "en forma idónea para causar un perjuicio económico a un tercero", según exige el tipo penal del artículo 290 CP, llegándose, además, a irrogar efectivamente el perjuicio económico, como establece el segundo párrafo del precepto, a CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL."

Pero es que, enfocado por error iuris la queja casacional hay que respetar los hechos probados que respecto de este delito apuntan que:

1.- El acusado Jesús Luis vino ejerciendo durante estos años como administrador social único de la mercantil " DIRECCION001." (empresa constituida el 25-05-1999 y que al tiempo de su declaración en concurso de acreedores en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Badajoz de fecha 15-09-2014 contaba con un capital social de 300.000 euros). Dicha mercantil estaba integrada en un grupo de empresas que cita la sentencia.

2.- De casi todas ellas era el administrador social único Jesús Luis, quien las controlaba bien directamente, bien a través de sociedades instrumentales en las que participaba junto con su esposa o sus hijos, como titulares de la práctica totalidad de las participaciones sociales.

3.- En las cuentas sociales correspondientes a los ejercicios de 2011 y de 2012 existen graves irregularidades contables, relevantes en tanto que intencionadamente ofrecían una imagen distorsionada frente a terceros de la real situación económica y patrimonio de " DIRECCION001." (Se citan los mecanismos para llevar a cabo las irregularidades contables).

4.- Falta de control, arrastrada ya desde ejercicios anteriores, en la imputación de costes por obra y falta de debido reflejo contable de las tasaciones de las obras en curso, con lo que más del 30% de los activos de los ejercicios 2011 y 2012 carecían de justificación, pasando de 4.559.316,98 euros en 2011 a 703.223,03 euros en 2013), sin haber sido corregida dicha práctica.

5.- Se aprecia apunte en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio de 2013 (capítulo "aprovisionamientos") de 6.509.112,88 euros, sin comentario ni justificación debida, o cómo desde abril a diciembre de 2013 el saldo en cuenta de caja es negativo y en documentación acompañada a la solicitud de concurso voluntario de acreedores se incide en graves inexactitudes y omisiones que afectan al conocimiento inicial por la autoridad judicial y por la administración concursal y acreedores, de la realidad económica de la empresa luego solicitante de concurso. Carece de debida justificación la partida de existencias de productos en curso, con ventas a pérdidas por valor de 3.440.483,55 euros en el ejercicio de 2013, lo que supondría que en aquellos ejercicios anteriores estuvieron mendazmente sobrevalorados los activos de la empresa.

6.- La utilización para incrementar el patrimonio neto de esta empresa de un ingreso contingente obtenido en una ejecución judicial provisional (procedimiento n. 275/11 del Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Don Benito, dimanante del procedimiento ordinario n. 695/08).

7.- Procedió a incrementar ficticiamente el patrimonio neto de " DIRECCION001." (tomando sumas de aquella otra procedente de la ejecución provisional) mediante la irregular contabilización, con cargo a reservas, de 812.099,54 euros en las cuentas del ejercicio de 2011, evitando así entrar en causa de posible disolución en ese ejercicio. En las cuentas sociales de 2012, como ingreso extraordinario mediante anotación de 1.048.285,38 euros, que se corresponderían con una cuota de IVA repercutido por aquella inicial operación (ejecución provisional), y rectificada (por importe de 853.020,20 euros) y por el concepto de costas de aquel procedimiento (otros 195.265,18 euros).

Por ello, frente a la queja del recurrente se concluye en la sentencia que el recurrente, como administrador de la sociedad, falseó las cuentas de la misma, faltó a la verdad en la narración de los hechos, cometió graves irregularidades contables y lo hizo "en forma idónea para causar un perjuicio económico a un tercero", según exige

el tipo penal del artículo 290 CP, llegándose, además, a irrogar efectivamente el perjuicio económico, como establece el segundo párrafo del precepto, a CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL."

El recurrente no respeta los hechos probados, ya que de los mismos existe la correcta subsunción en el tipo penal del art. 290 CP objeto de condena, frente a la disparidad del recurrente que con la justificación que ofrece no permite la alteración de la correcta y motivada conclusión del tribunal acerca de la condena por falsedad contable que la hubo como consta en las manipulaciones y alteraciones de la misma que constan acreditadas y probadas, así como expuestas en los hechos probados.

Era el administrador y máximo responsable de las entidades que formaban parte del entramado familiar y que acredita que su actuación estaba dirigida a despatrimonializar la entidad y poner a buen recaudo el patrimonio familiar de la acción de los acreedores ante la inminencia del vencimiento de los créditos.

b.- Delito de insolvencia punible

Los hechos probados también evidencia que concurren los elementos para la condena por el tipo penal del art. 259 CP, ya que en cuanto a sus elementos la STS 589/2020, de 10 de noviembre, señala:

1.- En el delito de insolvencia punible la declaración del concurso es el hito cronológico final, es decir, es la meta del concurrir comisivo que tipifica (STS 760/2015, de 3-12). De ahí que se afirme (STS 40/2008, de 25-1) que la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de acreedores) dirigidos todos ellos a una insolvencia generalizada del deudor, que se causa o agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente concurso) declarado judicialmente. En el plano objetivo del injusto la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal (STS 494/2014, de 18-6).

2.- El delito de insolvencia punible constituye una modalidad de las insolvencias que, como delito especial propio, requiere en el autor la condición de deudor, por más que se extienda a quien actúa "en nombre de éste". En ambos casos, bien el autor, bien quien actúa en su nombre, debe ostentar y actuar en el ejercicio del dominio social, lo que no ocurrirá si sus actos los lleva a cabo exclusivamente en su propio y personal interés, en cuyo caso serán otras las figuras penales cuya comisión ha de considerarse (STS 756/2014, de 28-10).

3.- Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputarse a aquél, porque haya dado lugar ilícitamente al riesgo de tal situación con derivado perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor, tanto si se determina ese resultado, como si el producido meramente agrava la crisis o insolvencia de otro origen.

Subjetivamente se requiere que la imputación derive del actuar doloso del sujeto, un dolo que puede mostrarse genéricamente como conciencia y voluntad referidas al resultado de la crisis o insolvencia y no solamente a otro resultado inmediato del acto. La relación entre ese elemento subjetivo y el perjuicio de los acreedores no ha de manifestarse necesariamente como directamente encaminado a la causación de éste, pues nada impide que el incremento del riesgo se deba a un dolo eventual. Pero, ya como directo, ya como eventual, el dolo ha de referirse a la producción de la insolvencia y a su consecuencia, el fracaso de las pretensiones de cobro por los acreedores. Es decir, el elemento subjetivo, doloso, ha de abarcar lo que se puede considerar un doble resultado: insolvencia del deudor y perjuicio del acreedor, sin que aparezca exigible un específico elemento subjetivo tendencial de causar perjuicio a los acreedores (STS 756/2014, de 28-10).

4.- Por último, a los efectos de la eventual persecución penal de un concursado, lo esencial no es ya el dato jurídico formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al juez mercantil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa penal que se hubiera abierto al respecto (STS 145/2009, de 18-2). Esto no quiere decir que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferentes. Por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen. Es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del concursado, la mera calificación civil del concurso no supone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria, gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no del concurso previamente calificado en otro orden jurisdiccional (STS 162/2013, de 21-4).

Esta separación entre los ilícitos civiles y penales se establece en el art. 163.2 de la Ley Concursal 22/2003, cuando dice que "el concurso se calificará como fortuito o culpable" pero que "la calificación no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de las actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas del delito". Esta afirmación coincide con lo que decía el art. 260 CP en los apartados 3 y 4 y el actual apartado 6 del art. 259 -"En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal"- en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil -mercantil- y la desaparición de la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del CP de 1973. Ahora tanto "este delito" como los delitos singulares relacionados con él (falsedades, apropiaciones, alzamiento, etc.) podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste.

Señala el tribunal en el FD nº 5 que "se cumple, en primer lugar, el requisito de la existencia de deuda.

a.- Había deudas a vencer.

Sí han existido acreedores pues ha habido deudas que muy pronto iban a vencer, y, por tanto, iban a ser exigibles, en este caso como acreedor la perjudicada constituida como acusación particular, CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL.

b.- Existe una clara descapitalización intencional de la empresa con el designio de ocultar bienes, de ocultamiento del activo.

c.- Reparto irregular de dividendos.

En primer lugar, el reparto de dividendos realizado, mediante transferencias, en fechas 7/10/2011, 16/02/2012 y 23/03/2012, 27/10/2011 y 23/03/2012 por un importe total de 750.000,00 Euros, (375.000 euros a cada una de las empresas socias, PROFISA 2007 SL y DIRECCION000, respectivamente), supuso un agravamiento de la insolvencia de la concursada que se encontraba, a la sazón, en una situación difícil desde el punto de vista económico, siendo su fondo de maniobra a fecha del 23/03/2012 negativo en la cantidad de 1.284.654,32 Euros.

De este modo se frustran las expectativas de los acreedores, en claro beneficio de los socios ante la disminución de activos y relevante "descapitalización" de DIRECCION001. Dicho reparto de dividendos implicó que la sociedad se quedara sin liquidez alguna, al retirar el administrador la suma de 750.000 euros.

d. Descapitalización porque se paga a sí mismo créditos en autocontratación fraudulenta.

Un segundo acto de descapitalización de la empresa y de ocultamiento del activo, lo constituye cuando el acusado recibió personalmente la devolución de 94.856,88 euros, como préstamo que había otorgado a su empresa. Es decir, se pagó a sí mismo créditos propios en una suerte de autocontratación fraudulenta, con el designio de quedar a la empresa en estado de insolvencia frustrando las expectativas de posibles acreedores.

e.- Asimismo, el acusado y su esposa Blanca otorgaron escritura notarial el 16 de diciembre de 2011 por la que modificaban su régimen económico matrimonial, liquidando la sociedad de gananciales quedándose el acusado con el 1 % de la nuda propiedad y con el 50 % del usufructo de una serie de bienes inmuebles, produciéndose un notorio desequilibrio respecto de las valoraciones de bienes y derechos adjudicados a la esposa.

f.- Vaciamiento patrimonial de la empresa perjudicando a terceros.

El acusado realizó una suerte de vaciamiento patrimonial de la empresa en perjuicio de terceros, de manera que, para tratar de librarse de la crisis económica, lleva a cabo una serie de actuaciones constitutivas de ilícitos penales, que arrastran a terceros a los que arruina, entre ellos la sociedad de su cuñado, CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL.

El argumento principal del recurrente centrado en la inexistencia de deudas vencidas y exigibles no puede aceptarse porque no es un requisito esencial del tipo siendo suficiente con la existencia de créditos que se pretenden burlar con las acciones de vaciamiento patrimonial.

Además, el hecho probado describe con precisión las acciones realizadas para vaciar el patrimonio social y las evidentes irregularidades contables que se aprecian en las cuentas que ofrecían una imagen distorsionada de la verdadera situación patrimonial de la entidad y de la que es responsable único el acusado como administrador al margen de la auditoría.

No se imputa que no se reservaran los fondos obtenidos de la ejecución provisional para hacer frente a la deuda contraída con Construcciones Saturnino SL, sino que se emplearon para satisfacer deudas personales o para el reparto indebido de dividendos provocando el vaciamiento patrimonial de la entidad.

c.- Delito de estafa.

Consta en los hechos probados que "ofreciendo conscientemente esa imagen distorsionada de su realidad económica frente a otras empresas y frente a bancos, " DIRECCION001." siguió subcontratando obras con otras mercantiles, entre ellas con la empresa "Construcciones Saturnino Gómez 2-98, S.L.", a quien por facturas giradas desde julio de 2013 y hasta febrero de 2014 dejó impagada la suma de 570.981,08 euros. El acusado era consciente que no iba a poder pagar esas obras y, pese a ello, siguió contratando con aquella empresa, que confiaba en su solvencia y su crédito."

Apunta, así, la sentencia en el FD nº 6 que:

"El acusado sabía desde el principio que iba a engañar y engañó y estafó al perjudicado, CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL: le siguió dando obras y librando pagarés que sabía que no se iban a cobrar, aprovechándose, además, de la confianza existente entre ambos. Efectivamente, CONSTRUCCIONES SATURNINO SL había sido subcontratista de las obras que realizaba el acusado y su entramado empresarial, durante varios años, siendo, además, los representantes de una y otra empresa, cuñados, lo que incrementa la confianza y facilita el engaño. Supuesto ello, llegó un momento, como se ha visto, en que la empresa de Jesús Luis estaba descapitalizada y, a pesar de ello, siguió subcontratando obras con su cuñado, librando para ello pagarés que sabía que nunca iba a cobrar, como así aconteció. Hubo, pues, engaño precedente como elemento nuclear del tipo, desplazamiento patrimonial y perjuicio.

...El acusado, habiendo descapitalizado su empresa y habiendo situado a la misma en situación de insolvencia, la cual fue ocultada en las cuentas, continuó subcontratando obras con CONSTRUCCIONES SATURNINO GÓMEZ SL, emitiendo y girando pagarés a este subcontratista con vencimiento bien posterior, los

cuales resultaron impagados. Como consecuencia de tan elevados impagos, dicha subcontrata entró en concurso. Es decir, Jesús Luis le siguió dando/contratando obras a (con) su cuñado, pese a saber de antemano que éste no las iba a cobrar. En estos sencillos términos puede resumirse todo. Existió, pues, un claro engaño, precedente, y un perjuicio patrimonial a la otra parte, que confió siempre en el acusado. El delito de estafa es muy evidente. Todos los requisitos expuestos concurren, como se ha visto y sin duda alguna, en el supuesto enjuiciado."

Concurren los elementos del delito de estafa objeto de condena que refiere y destaca el tribunal.

Así, los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos civiles criminalizados son:

1.- Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.

2.- Error esencial en el sujeto pasivo al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.

3.- Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.

4.- Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero deducible del complejo de los actos realizados.

5.- Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

La acción del que, consciente de su insolvencia y la imposibilidad de pago, omite informar al otro, con el que ha tenido relaciones mercantiles anteriores, circunstancias que son relevantes para decidir la celebración del contrato que se le ofrece, comete el engaño típico del art. 248.1º CP. (SSTS 448/2007, de 4 de junio y 591/2007, de 2 de julio).

El motivo se desestima.

Cuarto.

3.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba.

Designa el recurrente en apoyo de su pretensión los siguientes documentos:

1.- Los informes de auditoría de los folios 3466 a 3468 y 1957 a 1960 acreditan que los condenados no eran deudores en los años 2011 a 2014 y disponían de todos los mecanismos de control exigibles a un administrador social de una empresa.

2.- El informe de la Inspección de Tributos de los folios 3357 a 3361 y de los asesores jurídicos, folios 1086 a 1090, que acreditan que la cantidad entregada a la mercantil estaba depositada en el juzgado desde 2008 y que no fue recibida hasta 2011.

3.- Solicitud de devolución del dinero recibido por la obra de Bionex, en incidente concursal posterior del año 2012, según se acredita con la sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil, obrante a los folios 1417 a 1424.

4.- Cuentas Anuales de los ejercicios 2011 (pág. 3, 5, 6 y 47) y 2012 (pág. 4 a 6), obrantes a los folios 478 y siguientes, que acreditan que el reparto de dividendos de la mercantil si se hizo constar en dichas cuentas anuales; en el mismo sentido la declaración del auditor externo, folios 1957 a 1960, y del representante de Bueno Trenado Asesores, folios 3686 a 3690.

5.- Informe de la inspección de tributos de los folios 3357 a 3373 y el informe de los auditores de la empresa, folios 1957 y siguientes, que acreditan que la reclamación a la empresa Bionex aparece incorporada a las cuentas anuales.

6.- Valoración incompleta de la sentencia del incidente concursal e independiente al procedimiento ordinario, folio 1419.

7.- Informe del perito judicial, pág. 12 del folio 3387, e informe de los auditores, folios 1957 a 1960, que contradicen las afirmaciones de la sentencia sobre la sobrevaloración de existencias y falta de control.

8.- Las discrepancias contables que se observan en el informe Bueno Trenado Asesores de los folios 3686 a 3690, en el informe de los folios 1957 a 1960, en los informes auditados de las cuentas anuales por Audycil, en el informe de la AEAT obrante a los folios 3357 a 3373, en el informe del auditor Eladio, en el informe del perito judicial y en el informe de la Sra. Marta propuesta por la acusación. Discrepancias entre técnicos que con mayor razón pueden ser aplicables al propio administrador, especialmente porque la entidad mercantil contaba con todos los

mecanismos de control y de calidad establecidos por AENOR y tenía certificaciones vigentes de calificación y clasificación por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

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 litesuficiente 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; y

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 (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y

b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

No cabe admitir como documentos litesuficientes la designación masiva de documentos que no tiene la condición de tales y pretender que se proceda a una nueva valoración de la prueba en su conjunto, pretensión inviable por este cauce casacional como se ha expuesto.

No cabe admitir la referencia que efectúa de los documentos que cita como válidos para sustentar este motivo basado en error en la valoración de la prueba, pero circunscrito a documentos litesuficientes que no se predicen de los expuestos extensamente por el recurrente, lo que reconduce el alegato a la suficiencia de la prueba de cargo tenida en cuenta por el tribunal para la condena, que ya se ha resuelto en el primer motivo (FD nº 2) de la presente resolución.

El motivo se desestima.

Quinto.

4.- Al amparo del art. 851.1º LECrim., por contradicción en los hechos declarados probados.

Considera el recurrente que la relación de hechos probados resulta incompleta y su calificación jurídica y el fallo no son congruentes con los hechos reales y con el orden secuencial de lo acontecido, temporalmente ordenado.

Este motivo no puede prosperar porque el recurrente muestra una disidencia con los hechos probados y señala que no se ajustan a los reales ocurridos, pero ello no comporta la vía elegida del art. 851.1º LECRIM, ya que no existe la pretendida contradicción, sino la disidencia valorativa acerca de lo ocurrido.

El recurrente utiliza este cauce para ofrecer su visión de que debieron constar unos hechos distintos en una construcción que relaciona, pero ello supone más una disidencia de los que al final han resultado probados.

Y añade que "existe por tanto también, predeterminación del fallo, toda vez que la Sentencia en sus "Hechos Probados 1 y 2", anticipa la calificación jurídica, lo que significa un quebrantamiento de forma. En los Hechos probados se expresa la conducta con los términos del tipo penal".

Debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013, Rec. 10145/2012 que:

"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos (STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo (STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;

2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;

3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y

4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo (STS núm. 360/2010, de 22 de abril)."

En este caso, (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016).

Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles

entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia;

b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia;

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico;

d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005, 1024/2005, 248/2007, 474/2009 o 229/2016).

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino calificados debidamente en la esfera jurídico penal, expresando asimismo los motivos por los cuales debe considerarse al acusado autor de los mismos. Y que el recurrente no haya detentado un papel más relevante en la ideación criminal o promoción del fin delictivo desde un primer momento no le esculpa de responsabilidad por su decisiva colaboración posterior desde la comisión de retribuciones ya explicado con detalle.

Así, no se identifican los pasajes del relato que entran en contradicción y que determinan la incompreensión del propio relato. El desacuerdo del recurrente con el orden secuencial de los acontecimientos o la omisión de determinadas resoluciones que no concreta no hacen el relato incomprensible. Se trata de un relato fáctico de una claridad meridiana, en el que no se aprecian contradicciones y lo que el recurrente formula es su disidencia acerca de lo que concluyen los hechos probados de la prueba practicada.

Respecto de la predeterminación del fallo se denuncia la existencia de quebrantamiento de forma por la vía del art. 851.1 LECRIM por haberse incluido en la sentencia en los hechos probados conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo, lo que conlleva en la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus medios impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo señala que:

"Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal. 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 decisonal, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine , de la Ley de E. Criminal)."

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero:

a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.

b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.

d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.

e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

Bajo esta línea, señala la Sentencia citada 39/2016, de 2 de Febrero que:

"El art. 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que las sentencias penales, sean condenatorias o absolutorias, expresen clara y terminantemente los hechos que han quedado probados (formulación positiva) sin que baste la expresión de que no han quedado probados los alegados por las acusaciones. Interpretando el mandado implícito contenido en el art. 851.2 de la LECrim, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que las sentencias deberán contener una relación de los hechos que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, de los que pueden directamente deducirse el pronunciamiento condenatorio o de libre absolución; y ha considerado que procede la estimación de la denuncia con la consiguiente declaración sobre la existencia del vicio formal cuando se aprecie una carencia absoluta de declaración de todo hecho o cuando la resolución se limita a declarar genéricamente que no están probados los que son base de la acusación.

...Por tanto, el vicio denunciado pasa en síntesis por sustituir la descripción histórica de los hechos por su definición técnico-jurídica, de forma que no se trata tanto de omitir las expresiones empleadas por el legislador en la definición de los tipos penales, la mayoría de ellas de uso común, sino de emplear conceptos jurídicos haciendo abstracción de su contenido histórico."

También, la STS 957/2007, de 28 de Noviembre apunta que: "Como se dice en la reciente STS. 753/2007 de 2.10, el motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 26.3.2007, 11.12.2006, 11.1.2005, 18.6.2004, 28.5.2003, 14.6.2002, 23.10.2001), ha reconocido que este vicio procedimental exige para su estimación:

a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;

b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;

c) que tengan valor causal respecto al fallo, y

d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo. (SSTS. 429/2003 de 21.3 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se

suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

Igualmente es frecuente como recuerdan las SSTs. 253/2007 de 26.3, 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7, que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

No se denuncia propiamente que el relato incurra en el vicio de predeterminación, sino que de nuevo el recurrente se muestra en desacuerdo con la decisión del tribunal que ha considerado que con la cantidad obtenida de la ejecución provisional los acusados liberaron cargas personales, discordancia que si bien puede plantearse por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, no tiene cabida mediante la denunciada predeterminación. No se clarifican qué elementos del discurso fáctico contemplan tales aspectos en cuanto a la predeterminación del fallo.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Blanca

Sexto.

1.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por aplicación indebida de los arts. 8, 14, 31 bis, 250, 259.1, 261 bis, 290 en relación con los arts. 273 LSC, 535 LEC y 1597 CC.

El motivo está incorrectamente planteado, ya que formula un motivo por error iuris del art. 849.1 LECRIM que exige el más absoluto respeto de los hechos probados fijados en la sentencia, y, sin embargo, lo que se lleva a cabo es una exposición de cuáles son los hechos probados que se debieron expresar en la sentencia, lo que no tiene cabida en el cauce casacional del art. 849.1 LECRIM.

Pero es que, además, dentro del motivo por el cauce del art. 849.1 LECRIM refiere que "el relato de los hechos probados de la Sentencia resultan manifiestamente contradictorios entre ellos, no permitiendo su eficaz comprensión según lo establecido por el art. 851, 1º" lo que no es posible llevar a cabo introducir un motivo ex art. 851.1º LECRIM por medio del de error iuris del art. 849.1º LECRIM.

Por ello, en cuanto al alegato de la pretendida contradicción en los hechos probados nos remitimos a lo ya resuelto en el FD nº 5 antes expuesto. Así, plantea el recurrente cuestiones de índole probatoria similares a las expuestas en los motivos primero y segundo del recurso precedente, reiterando que el relato de hechos probados está plagado de valoraciones subjetivas, prescindiendo del relato secuencial de los hechos realmente acontecidos que acreditan que todas las actuaciones realizadas se ajustaron a las normas civiles y contables, sin que se haya acreditado una finalidad falsaria.

No cabe por la vía del art. 849.1 LECRIM expresar la disidencia valorativa o conclusiones expresadas en la sentencia. Ni tampoco hacer mención como se hace en un motivo por error iuris a que "se omite en la descripción de los hechos, importantes acontecimientos que realmente han sucedido" porque con ello se vulnera el respeto de los hechos probados al pretender introducir otros distintos y reseña su particular redacción de los hechos probados.

En cualquier caso, sobre las características del partícipe a título lucrativo podemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 201/2023 de 22 Mar. 2023, Rec. 2725/2021 de la que podemos extraer el siguiente decálogo de las características de esta figura ex art. 122 CP :

1.- Objetivo de la figura del partícipe a título lucrativo en el art. 122 CP.

En SSTS 467/2018, de 15 de octubre y 665/2018, de 18 de diciembre, recordamos las notas características de esta participación a título lucrativo recogida en el art. 122 que prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (STS 532/2000 de 30.3; 1394/2009, 57/2009).

2.- Notas esenciales.

La jurisprudencia de esta Sala - STS 227/2015 de 6-4; 433/2015, de 2-7 , se ha pronunciado sobre las características del tercero partícipe a título lucrativo, declarando que se define por las siguientes notas:

1º) Que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiere participado de los efectos de ese delito, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica.

2º) El adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del "crimen receptionis" en concepto de autor, cómplice o encubridor. La condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP y no del art. 122 CP.

3º) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (art. 1305 C.Civil). En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita (STS 324/2009, de 27-3).

4º) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material - o cómplice - del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento /enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

3.- Ventaja del uso del art. 122 CP.

En definitiva, la gran ventaja que tiene el art. 122 CP es la de permitir que dentro del propio proceso penal el perjudicado pueda obtener el resarcimiento de aquella parte en que se haya beneficiado a título lucrativo del que no haya participado en el delito, lo que dada la naturaleza civil y no penal de la causa, la restitución de no existir tal precepto le hubiera obligado a un proceso civil, con las consecuencias de tiempo y coste procesal que ello acarrea.

4.- Esta responsabilidad es solidaria y no acumulativa.

En la Sentencia 212/2014, de 13 de marzo, se expresa que la responsabilidad civil del art. 122 CP es solidaria y no acumulativa. No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio.

5.- Requisitos que exige la jurisprudencia.

En la Sentencia 287/2014, de 8 de abril, se recuerda que jurisprudencialmente se ha determinado que son requisitos para la aplicación del precepto:

1º) Que alguien se aproveche del delito.

2º) Que la persona obligada a restituir o resarcir no haya sido condenada como autora o cómplice de la infracción penal, correspondiente.

3º) Tal participación a los efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo no oneroso.

Concurriendo estos requisitos no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal, la del art 116, con el contenido de los arts 109 y ss CP, sino otra diferente que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio (Cfr SSTS 9-3-1974, 5-12-1980, 20-3-1993, 21-12-1999, 14-6-2000, 25-2-2003, 24-9-2004, 28-11-2006, 9-5-2007, 11-9-2007; 1024-2009, de 24 de septiembre; 114/2009, de 11 de febrero).

6.- Caso de la esposa del acusado que se beneficia del delito del marido o pareja.

Y esta Sala ha declarado que se encuentra en el caso la esposa del acusado, que se benefició indebidamente de sumas de dinero que fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tenido intervención alguna en el delito cometido por su esposo. (Cfr. STS 532/2000, de 30 de marzo; STS 1313/2006, de 28 de noviembre; 1224/2006, de 7 de diciembre).

7.-No requiere el conocimiento del delito. Solo la recepción del dinero.

En la Sentencia 324/2009, de 27 de marzo, declara que "es cierto que tal participación lucrativa, no requiere el conocimiento ilícito de la actividad del autor del delito, sino única y exclusivamente la participación, es decir, el hecho objetivo de la recepción del dinero.

Pero claro es que está pensado para la intervención de un tercero, de modo alguno para quien está acusado de la comisión delictiva, y resulta absuelto.

8.-El dinero está en poder de tercero que es el responsable a su devolución ex art. 122 CP.

El precepto comentado está pensado para los casos en que no es posible la responsabilidad civil a cargo del acusado, porque el dinero se encuentra en poder de un tercero, que desconoce su origen ilícito, pero que no puede serle atribuido a título delictivo. Esta es la verdadera esencia de la participación lucrativa a que hace referencia el art. 122 del Código penal.

9.- Se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito

De modo que esta Sala ha declarado que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se trata de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. Y como se ha dicho, el artículo 122 se refiere exclusivamente a una cuestión de naturaleza civil.

10.- Es una receptación civil.

Como dice la STS 362/2003, de 14 de marzo, se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un "título lucrativo". No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada. Y no se trata de un caso de responsabilidad civil "ex delicto", sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada. No siendo, pues, terceros a este proceso, sino verdaderos acusados absueltos, el motivo no puede prosperar".

El motivo se desestima.

Séptimo.

2.- Al amparo del art. 849.2º LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Nos remitimos a lo ya expuesto en el FD nº 4 al plantear el anterior recurrente el mismo motivo.

La parte recurrente lo que expone en el motivo es su disidencia valorativa respecto a la llevada a cabo por el tribunal, lo que no tiene cabida en el cauce del art. 849.2 LECRIM que exige la cita de documentos literosuficientes.

Se citan:

1.- Las Cuentas Anuales de los ejercicios 2011 y 2012 acreditan que se hizo constar en las mismas el reparto de dividendos, en contra de lo afirmado en el hecho probado segundo de la sentencia (folios 4777 y siguientes).

2.- El informe de la Inspección de Tributos (folios 3357 y siguientes) y el informe de los auditores de la empresa (folios 1957 y siguientes), que acreditan que figura en las Cuentas Anuales el procedimiento contra Bionex en contra de lo afirmado en el hecho probado segundo.

3.- Las Actas de las Juntas Generales que aparecen incorporadas en las cuentas anuales presentadas.

4.- Errónea interpretación del informe de la Inspección de Hacienda sobre el IVA (folios 3357 a 3373).

5.- Errónea interpretación de la sentencia que resolvió el incidente concursal (folio 1419).

6.- Errónea fijación de la relación temporal de hechos al no indicar que la liquidación de la sociedad de gananciales es anterior a la situación de insolvencia de las empresas y a la declaración de concurso, a la deuda generada con Construcciones Saturnino Gómez y a cualquier deuda exigible con otros acreedores.

Nos remitimos a lo anteriormente expuesto. No es válido el cauce utilizado para ofrecer una disidencia valorativa.

El motivo se desestima.

Octavo.

3.- Al amparo del art. 851.1º LECrim., por contradicción en los hechos probados.

Lo que se alega es que existe contradicción entre los Hechos probados y las pruebas aportadas, pero este no es el cauce para ello, ni el art. 851.1º LECRIM permite una disidencia valorativa o de cuál fue el relato de hechos probados.

Se ha dado respuesta a este punto en el FD nº 5º al que nos remitimos en el mismo sentido.

Se insiste, también en que "Los hechos declarados probados en la Sentencia resultan contradictorios con los hechos reales y la acreditación manifestada," lo cual permite incidir en disidencia valorativa de la prueba tenida en cuenta para la condena, lo que no permite el uso de esta vía.

El motivo se desestima.

Noveno.

4.- Al amparo del art. 852 LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE. Considera el recurrente que no es correcta la valoración probatoria en la que se basa el tribunal, sustentada en meras hipótesis y alterando la sucesión temporal de los hechos.

En cualquier caso, la recurrente ha sido condenada como partícipe a título lucrativo exclusivamente por las cantidades de las que se lucró como consecuencia de la comisión de estos hechos delictivos, pero no como partícipe de ninguno de los hechos delictivos enjuiciados y, en consecuencia, no rige la presunción de inocencia.

No rige en el partícipe a título lucrativo la presunción de inocencia, al tratarse de una cuestión de naturaleza estrictamente civil, siendo suficiente con acreditar el lucro obtenido como consecuencia de la comisión de hechos delictivos y en el caso concreto es evidente que al firmar las escrituras notariales de separación de bienes con la liquidación de gananciales en la forma realizada (1% para el esposo y 99% para la esposa), se benefició personalmente con la consiguiente situación de insolvencia de la entidad.

Fija a este respecto la sentencia que:

"Será responsable a título lucrativo la esposa del acusado, Blanca al firmar la escritura de liquidación de gananciales en la que se le atribuyeron el 99 % de los bienes. Por esta razón reintegrará, como partícipe a título lucrativo, en cuanto que se lucró de las cantidades, participaciones societarias y bienes inmuebles de los que haya disfrutado u obtenido a consecuencia de todas las conductas ilícitas expuestas y descritas en esta resolución. Es evidente que, al firmar las escrituras notariales de separación de bienes, participó, a su favor, de los efectos del delito de insolvencia punible que se estaba cometiendo, pues la liquidación de gananciales en la forma realizada, (1% para el esposo acusado, 99 % para la esposa) fue uno de los variados actos a través de los cuales la sociedad se situó en situación de insolvencia. Por esta razón deberá reintegrar tales bienes, por su participación a título lucrativo de los efectos del delito, como señala el precepto.

Asimismo, responderá solidariamente con el acusado, en la indemnización correspondiente por el delito de estafa, solo hasta el importe de la suma que alcance su participación a título lucrativo en los hechos."

Nos remitimos a lo ya expuesto en el FD nº 2 ante este mismo motivo planteado, ya que cuestiona la valoración probatoria que ha sido ya expuesta con respecto a cada delito objeto de condena.

El motivo se desestima.

Décimo.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de la acusada como partícipe a título lucrativo Blanca, y del acusado Jesús Luis y mercantiles Profisa 2007, S.L. y DIRECCION000., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, de fecha 31 de enero de 2022, que los condenó por delitos societario de falsedad contable, insolvencia punible y estafa. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde
Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

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.