



Roj: **STS 3651/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3651**

Id Cendoj: **28079120012020100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2020**

Nº de Recurso: **285/2019**

Nº de Resolución: **589/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3651/2020,**  
**SAP Z 2740/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 589/2020**

Fecha de sentencia: 10/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 285/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 285/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 589/2020**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Susana Polo García





D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 285/2019 interpuesto por **Nicanor**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Cruz Bepin Aldea, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen Sánchez Herrero, contra la sentencia nº 471/18 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 5 de diciembre de 2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza instruyó nº Diligencias Previas de P.A. nº 691/2015, contra Pedro ; contra Juana ; y contra Nicanor , por los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 74/2018 dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«En base a la previsión contenida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declara probado que el acusado Pedro , mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador único de la sociedad patrimonial RIVERAMILA S.L., constituida por tiempo indefinido en virtud de documento público de fecha veinticuatro de Marzo de 2004, adquirió a través de la citada mercantil, de sus antiguos propietarios, la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L. en la cantidad de dos millones trescientos cincuenta mil euros, para lo cual precisó de financiación suscribiendo en fecha trece de Junio de 2006, ante el Notario de Madrid, Don Pedro de Elizalde y Aymerich, contrato de préstamo hipotecario con la entidad bancaria BANKINTER S.A., por importe de dos millones doscientos mil euros, avalándose la citada cantidad con bienes de la mercantil RIOL S.A. de la que son partícipes el acusado Pedro y sus padres, y con valor de 6.693.103'17 euros, en escritura de fecha trece de Junio de 2006. Adquirida la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L., Pedro se constituyó administrador único de la misma.

El préstamo hipotecario fue abonándose ininterrumpidamente hasta el trece de Diciembre de 2012, momento en que se dejaron de abonar las cuotas correspondientes de amortización del préstamo a favor de BANKINTER S.A., y quedando pendiente un capital de 1.206.524'34 euros.

A cuenta de la deuda pendiente, BANKINTER S.A. procedió a ejecutar los bienes dados en garantía por los avalistas.

Por decisión de orden empresarial, PANIFICADORA LUISA, con sede exclusivamente en Zaragoza, abrió en el año 2011 una sucursal en Madrid, momento en que la misma, si bien aumentó sus ventas, también lo hizo en cuanto a sus deudas, generándose desde ese momento un desfase económico negativo que supuso que las líneas de crédito abiertas con diferentes entidades bancarias se vieran restringidas, planteándose problemas de financiación de manera que en fecha dieciocho de Noviembre de 2014 PANIFICADORA LUISA S.L. fue declarada en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, nombrándose como administrador concursal a la entidad mercantil VAL ASESORES DE EMPRESAS S.L.P. por medio de su socio Jose Ignacio .

En sentencia de fecha dieciséis de Abril de 2015, el Juzgado de lo mercantil número uno de Zaragoza calificaba culpable el concurso de la mercantil PANIFICADORA LUISA S.L., lo que fue ratificado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de fecha trece de Octubre de 2015.

Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.A., Pedro dispuso de las cuentas de la citada mercantil de la cantidad de 1.337.714'84 euros a favor de la mercantil RIVERAMILA S.L. sociedad por el mismo administrada, dato así determinado en sentencia número 84/2014, de nueve de Abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza en Procedimiento de Concurso Necesario número 383/2013, más la cantidad de 795.190'81 euros y de 150.099'88 euros, lo que hace un total de 945.290'69 euros, cantidad dispuesta directamente por Pedro en su favor y así recogida en sentencia número 130/2014, de dieciséis de Junio, dictada por el mismo Juzgado en el mismo procedimiento.

En ambos procedimientos el Juzgado de lo Mercantil número Uno declaró la rescisión de las disposiciones efectuadas a favor de RIVERAMILA S.L. y de Pedro contra las cuentas de PANIFICADORA LUISA S.L., debiendo restituir tales cantidades a la masa concursal de esta mercantil.

Del mismo modo, y dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., esta mercantil, por medio de su administrador único Pedro , ocultando la situación





de insolvencia que presentaba y a efectos de impedir que los acreedores y proveedores vieran satisfechos en todo o en parte sus expectativas crediticias, suscribió en fecha uno de Abril de 2013, contrato de arrendamiento de maquinaria industrial con opción de compra a favor de la mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. de la que nominalmente figura como administradora única la acusada Juana , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo su administrador de hecho y apoderado el también acusado Nicanor , mayor de edad y sin antecedentes penales.

En la misma fecha, uno de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L. suscribió contrato de arrendamiento de la nave industrial donde PANIFICADORA LUISA realizaba su actividad a favor de la mencionada mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION, con la nominal administradora Juana y efectivo administrador y apoderado Nicanor .

Por la firma de ambos contratos de arrendamiento, HORNO 3000 pasó a gestionar el patrimonio mobiliario e inmobiliario de PANIFICADORA LUISA, abonando aquélla las nóminas de los trabajadores de ésta.

La mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. pertenece a su vez a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L. de la que consta nominalmente como administradora única Juana y de facto Nicanor .

En escritura pública de fecha cuatro de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L., aportó la nave industrial que esta mercantil ocupaba en el desarrollo de su actividad, y valorada en 500.000 euros, como ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L., administrada nominalmente por Juana , entregándole por tal aportación 118.500 participaciones sociales de dicha sociedad, las cuales fueron posteriormente vendidas a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L., administrada nominalmente por Juana y de manera efectiva por Nicanor .

PANIFICADORA LUISA S.L., ocultando su situación de insolvencia económica, siguió con su actividad industrial con empresas proveedoras y celebrando contratos de compraventa a crédito en los que asumía la posición de deudor a sabiendas de su imposibilidad de hacer frente a sus deudas. Así, y a modo de ejemplo, la empresa proveedora PASTISART S.A., en fechas tres de Octubre de 2012 y doce de Febrero de 2013, facturó un total de 120.818'01 euros, de los que PANIFICADORA LUISA únicamente abonó la suma de 4.137'66 euros, libró facturas rectificativas de IVA y unos pagarés con vencimientos entre el diecinueve de Febrero y trece de Marzo de 2013, que resultaron impagados, generando unos gastos de 1.955'44 euros.

PASTISART S.A., inicialmente acusadora particular en esta causa retira su acusación al llegarse a un acuerdo transaccional.

De esta manera y hasta que se declaró el concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., ésta generó una deuda a proveedores próxima a los cuatro millones de euros.

En sentencia número 206/2014, de fecha uno de Octubre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2010, declaró la rescisión del contrato de arrendamiento de maquinaria con opción de compra formalizado por PANIFICADORA LUISA con HORNO 3000, y en sentencia número 207/2014, de la misma fecha uno de Octubre de 2014, el citado Juzgado en incidente del mismo procedimiento concursal, rescindió el contrato de arrendamiento de nave industrial suscrito entre la mercantil concursada y HORNO 3000.

En sentencia número 152/2014, de fecha treinta de Junio de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2013, declaró la rescisión de la aportación de la nave industrial propiedad de PANIFICADORA LUISA como aportación no dineraria a la ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. mediante escritura pública de cuatro de Abril de 2013, con reintegro del inmueble a la masa concursal y su pertinente eficacia registral, acordando reconocer a la citada sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. un crédito concursal subordinado de 118.500 euros. >>

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

<<CONDENAMOS a Pedro , en quien concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño, y a Nicanor , en quien no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, como autores criminalmente responsables de un delito de Insolvencia punible, ya definido, a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de DOCE MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código penal en caso de impago, y abono de las dos terceras partes de las costas ocasionadas en este juicio.

En cuanto a responsabilidad civil Pedro deberá indemnizar a los acreedores perjudicados que como tal figuran en el procedimiento concursal número 383/2013 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de los de Zaragoza, en la parte no resarcida de sus respectivos créditos ordinarios reconocidos, cantidades éstas que devengarán





el interés legal prescrito en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respondiendo Nicanor conjunta y solidariamente con Pedro únicamente en la cantidad de 28.000 euros

ABSOLVEMOS a Juana , del delito de Insolvencia punible por el que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, y declarando de oficio un tercio de las costas de este juicio. >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Nicanor :

**Primero.-** Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 de la LECrim, por cuanto en la sentencia que se recurre y dados los hechos probados se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, al tiempo que ha existido un error en la apreciación de la prueba atendiendo a los documentos que obran en la causa.

**Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, conforme el art. 852 LECrim y art. 24 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 3 de noviembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Nicanor

**PRIMERO.-** El motivo primero por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 y 2 LECrim por cuanto la sentencia recurrida y dados los hechos probados se ha infringido precepto penal de carácter sustantivo, al mismo tiempo ha existido un error en la apreciación de la prueba atendiendo a los documentos que obran en la causa y no existiendo por su parte, otros que refrenden la errónea apreciación que se recurre.

Denuncia como primera infracción de ley que el fallo de la sentencia determina autor como cooperador necesario del delito de insolvencia punible a Nicanor , encontrándonos ante una errónea aplicación del art. 28 CP.

El recurrente no puede ser considerado autor del delito de insolvencia punible al no desprenderse de su conducta indicio delictivo alguno.

El cooperador necesario realiza una colaboración eficaz a la ejecución del delito, normalmente con actos materiales y externos de carácter necesario.

Pues bien, el Sr. Nicanor desconocía absolutamente la situación económica real de Panificadora Luisa e invirtió 60.000 € realizando una inyección de capital directa a la sociedad a fondo perdido. No hay insolvencia punible sino inversión fallida.

La nave industrial, local y bienes arrendados por el recurrente no se han alzado ni ocultado y forman parte de Panificadora Luisa.

Del mismo modo se le condena a indemnizar de forma solidaria a los acreedores perjudicados que figuran como tales en el procedimiento concursal 383/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza, en la cantidad de 28.000 €, cuando no es acreedor ni deudor de nadie, no ha generado ni contraído deudas con nadie.

No es autor penalmente del delito por el que es acusado y mucho menos responsable civil.

**1.1.-** Respecto al error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim, como hemos recordado en reciente STS 423/2020, de 23-7, el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad, según reiterada jurisprudencia, la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.





2. Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3. Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECrim.

4. Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum que no es un fin en si mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Por ello, el motivo por error de hecho no puede consistir en la genérica referencia a los documentos que obran en la causa, lo que excede de las previsiones de este cauce casacional, que no puede consistir en una nueva valoración de todo el conjunto acervo probatorio, convirtiendo a este tribunal casacional en segunda instancia jurisdiccional, lo que no es factible dada la estructura y configuración del recurso de casación.

**1.2.-** Y en cuanto a la vía casacional del art. 849.1 LECrim, este motivo obliga a respetar el relato de hechos probados, pues en este caso solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim -error en la apreciación de la prueba- o en vulneración del derecho a la presunción de inocencia - art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ-.

En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un motivo de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida; ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos probados hubiese efectuado el tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

**1.3.-** El delito de insolvencia punible no se distingue sustancialmente del delito de alzamiento de bienes. La única diferencia reside en el plano formal, a saber, en el dato de que el delito de insolvencia punible requiere la declaración civil de insolvencia. Este elemento constituye una condición objetiva de punibilidad, en virtud de la cual la declaración civil de concurso transforme el estado fáctico de punibilidad, en virtud del cual la declaración civil de concurso transforme el estado fáctico de la insolvencia en condición jurídica de de concursado.

El delito del actual art. 259 -antiguo 260.1- puede ser cometido tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración del concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconsursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconsursal o postconsursal (vid. STS 494/2014, de 18-7).

La conducta típica contemplada en el antiguo art. 260.1, consistía en que un sujeto que ha sido declarado en concurso causa o agrava dolosamente la situación de crisis económica o la insolvencia que ha sido objeto de declaración concursal (en el tipo se encuentra implícita una vinculación entre la insolvencia y el auto de declaración concursal) y con independencia de que el delito concursal se encuentre configurado como un delito de lesión patrimonial, no es la gravedad ni las características de la lesión las que deben determinar la calificación penal, puesto que el eje del injusto reside en la conducta que causa o agrava dolosamente la insolvencia o la crisis económica, hasta el punto que la actual redacción del art. 259 del CP que sustituye al ti-







del art. 260 CP, lo que describe son una serie de conductas realizadas en una situación de insolvencia actual o inminente. El nuevo tipo penal castiga por un lado la relación de estas conductas por sí mismas de forma específica e introduce en el núm. 9 del art. 259 una general que expresa "realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio del cual se oculte la situación real del deudor o su actividad empresarial".

**1.4.-** Ahora bien, 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).

**1.5.-** El delito de insolvencia punible constituye una modalidad de las insolvencia 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).

**1.6.-** Objetivamente se requiere que el comportamiento del autor sea la causa de una situación de crisis o insolvencia del deudor, resultado que pueda imputársele 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).

**1.7.-** 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 como 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.

**SEGUNDO.-** En el caso que nos ocupa, en los hechos probados, después de describir la conducta del coacusado Pedro , calificada en la sentencia como de autoría de un delito de insolvencia punible del art. 259.1, 2 y 5 CP





vigente, como administrador único de la mercantil Panificadora Luisa SL que culminó con su declaración en concurso de acreedores por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza en fecha 18-11-2014, declaración que fue calificada como culpable en sentencia de 16-4-2015 por el mismo Juzgado de lo Mercantil, lo que fue ratificado por sentencia de 13-10-2015 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, detalla la actuación llevada a cabo por este recurrente Nicanor :

"Del mismo modo, y dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., esta mercantil, por medio de su administrador único Pedro , ocultando la situación de insolvencia que presentaba y a efectos de impedir que los acreedores y proveedores vieran satisfechos en todo o en parte sus expectativas crediticias, suscribió en fecha uno de Abril de 2013, contrato de arrendamiento de maquinaria industrial con opción de compra a favor de la mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. de la que nominalmente figura como administradora única la acusada Juana , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo su administrador de hecho y apoderado el también acusado Nicanor , mayor de edad y sin antecedentes penales.

En la misma fecha, uno de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L. suscribió contrato de arrendamiento de la nave industrial donde PANIFICADORA LUISA realizaba su actividad a favor de la mencionada mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION, con la nominal administradora Juana y efectivo administrador y apoderado Nicanor .

Por la firma de ambos contratos de arrendamiento, HORNO 3000 pasó a gestionar el patrimonio mobiliario e inmobiliario de PANIFICADORA LUISA, abonando aquélla las nóminas de los trabajadores de ésta.

La mercantil HORNO 3000 BUSINESS CORPORATION S.L. pertenece a su vez a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L. de la que consta nominalmente como administradora única Juana y de facto Nicanor .

En escritura pública de fecha cuatro de Abril de 2013, Pedro , como administrador único de PANIFICADORA LUISA S.L., aportó la nave industrial que esta mercantil ocupaba en el desarrollo de su actividad, y valorada en 500.000 euros, como ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L., administrada nominalmente por Juana , entregándole por tal aportación 118.500 participaciones sociales de dicha sociedad, las cuales fueron posteriormente vendidas a la mercantil DAROCA 3 ZGZ S.L., administrada nominalmente por Juana y de manera efectiva por Nicanor .

PANIFICADORA LUISA S.L., ocultando su situación de insolvencia económica, siguió con su actividad industrial con empresas proveedoras y celebrando contratos de compraventa a crédito en los que asumía la posición de deudor a sabiendas de su imposibilidad de hacer frente a sus deudas. Así, y a modo de ejemplo, la empresa proveedora PASTISART S.A., en fechas tres de Octubre de 2012 y doce de Febrero de 2013, facturó un total de 120.818'01 euros, de los que PANIFICADORA LUISA únicamente abonó la suma de 4.137'66 euros, libró facturas rectificativas de IVA y unos pagarés con vencimientos entre el diecinueve de Febrero y trece de Marzo de 2013, que resultaron impagados, generando unos gastos de 1.955'44 euros.

PASTISART S.A., inicialmente acusadora particular en esta causa retira su acusación al llegarse a un acuerdo transaccional.

De esta manera y hasta que se declaró el concurso necesario de PANIFICADORA LUISA S.L., ésta generó una deuda a proveedores próxima a los cuatro millones de euros.

En sentencia número 206/2014, de fecha uno de Octubre de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2010, declaró la rescisión del contrato de arrendamiento de maquinaria con opción de compra formalizado por PANIFICADORA LUISA con HORNO 3000, y en sentencia número 207/2014, de la misma fecha uno de Octubre de 2014, el citado Juzgado en incidente del mismo procedimiento concursal, rescindió el contrato de arrendamiento de nave industrial suscrito entre la mercantil concursada y HORNO 3000.

En sentencia número 152/2014, de fecha treinta de Junio de 2014, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, en incidente del Procedimiento Concursal 383/2013, declaró la rescisión de la aportación de la nave industrial propiedad de PANIFICADORA LUISA como aportación no dineraria a la ampliación de capital de la sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. mediante escritura pública de cuatro de Abril de 2013, con reintegro del inmueble a la masa concursal y su pertinente eficacia registral, acordando reconocer a la citada sociedad PROMOCIONES EL PILAR 2002 S.L. un crédito concursal subordinado de 118.500 euros."

**2.1.-** Siendo así, la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto califica tal conducta como cooperador necesario del art. 28 b) CP, pues el mismo contribuye al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiese podido realizarse. Y entiende que tal aportación es esencial por cuanto "es el administrador de facto de las mercantiles Horno 3000, Promociones El Pilar 2002, y Daroca 3 ZGZ y sin su anuencia y participación





no habría sido factible la realización de las transmisiones y contratos realizados por Pedro en aras a evitar el pago de las deudas generadas por la mercantil concursada."

Pronunciamiento correcto. En efecto, hemos dicho en SSTs 776/2011, de 20-7; 927/2013, de 11-12; 158/2014, de 12-3; 114/2015, de 30-6; 487/2015, de 20-7; 519/2015, de 23-9; 415/2016, de 17-5, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría ( STS 590/2004, de 6-5) y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Por ello, aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual este no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria.

Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor.

De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no debe ser apoyada en la noción de dominio del hecho. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

En otras palabras: el dominio del hecho no se determina solo mediante causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28.2 b). Si no lo es, será aplicable el art. 29. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la "*condictio sine qua non*", sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto ( SSTs 563/2015, de 24-9; 645/2015, de 30-10).

Y desde el punto de vista subjetivo, en la conducta del partícipe se exigen dos elementos, un doble **dolo**, según ha explicado con plasticidad en la doctrina y en pronunciamientos de esta Sala, aunque su significado no se corresponde con una exigencia de intensidad. Significa una doble proyección de la tipicidad subjetiva del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente, a la realización de aquel ( SSTs 64/2014, de 11-2; 442/2014, de 2-6).

En definitiva, cuando se trata de participación, el **dolo** -que puede ser eventual- deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal y, además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. En esta identificación del hecho del autor, directamente relacionada con la aportación del cooperador, lo que permite considerar que se trata de peligro concreto. Por lo tanto, el partícipe debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal y que su aportación significa un incremento de tal riesgo. La importancia de su aportación reflejada en el nivel de incremento del riesgo, determinará la imputación como cooperadora necesaria o en un nivel inferior, como cómplice ( STS 503/2008, de 17-7).

**2.2.-** En el caso actual, como razona la sentencia, fundamento jurídico tercero, "la prueba practicada en el plenario denota la existencia de un ánimo evasivo de los bienes de Panificadora Luisa, quien viene operando como tal frente a terceros, pero interponiendo en su actuar otra mercantil como es Horno 3000 -administrada de hecho por el recurrente- asumiendo la posición de deudora frente a sus proveedores de manera que confiados los mismos en la solvencia económica de la concursada, celebraban contratos de suministros con ésta cuando no podían responder a los mismos."







En efecto, los arrendamientos de la nave y de los bienes de Panificadora Luisa a favor de la empresa Horno 3000, administrada de manera efectiva por Nicanor, de los que no consta la existencia de contraprestación efectiva, la aportación de la nave industrial en la que la mercantil concursada realizaba su actividad, nave valorada en 500.000 € en la sentencia de 30-6-2014 del Juzgado de lo Mercantil, el 4-4-2013 como ampliación de capital de Promociones el Pilar 2002 SL -administrada de facto por el recurrente- por 118.000 € en participaciones sociales de esta entidad, participaciones que son adquiridas por la mercantil Daroca 3 ZGZ SL, cuyo administrador de facto es también Nicanor y que, a su vez, participa en la mercantil Horno 3000, lo que implica un claro fraude de acreedores, corroborado por esa transmisión de lo percibido por la aportación de la nave industrial a sociedad cuya administración recae en las mismas personas en todos los casos.

Consecuentemente las actividades descritas conforman un entramado societario que pretendió continuar con una actividad industrial sin visos de solución y si la misma continuó lo fue durante el tiempo que los acusados estimaron necesario para poder detraer y ocultar los bienes de la mercantil concursada y sin la intervención del acusado Nicanor ello no habría sido posible.

**TERCERO.-** Razonamiento acertado, la participación del "extraneus" en la actividad delictiva de la insolvencia punible como cooperador necesario se ha reconocido en la doctrina y la jurisprudencia cuando se trata de personas que de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a cabo la acción delictiva ( SSTS 516/2002, de 23-3; 1962/2002, de 21-11; 1564/2005, de 4-1).

Por ser el delito del art. 259 CP un delito especial propio, el tercero partícipe que coadyuve con un concursado individual o con los actores directos del ente social a la acción de insolvencia, se regirán por las normas comunes de la participación y asumirán por ende, la cualidad de cooperadores necesarios (o cómplices), ( STS 1322/2004, de 10-11).

El motivo, por lo expuesto, debería ser desestimado. No obstante, la voluntad impugnativa del recurrente permite a esta Sala corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado ( SSTS 1044/98, de 18-9; 401/99, de 10-4; 306/2000, de 22-2; 268/2001, de 19-2; 139/2009, de 24-2; 625/2010, de 6-7) por cuanto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción, puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia, inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, implícitamente está asumido por el acusado al formular la pretensión revocatoria.

Siendo así, partiendo de que la participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, el Código Penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del CP, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los "extraneus" que participan en el concepto indicado, en aquellos delitos, previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala a partir de la sentencia del caso de la construcción de Burgos disponiendo una atenuación de análoga significación por la no condición de funcionario público, es decir, del título especial del autor -en este caso deudor en concurso- que no concurre en el extraneus. La modificación del precepto en la reforma de 2010 permitió y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto a que alude el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación o condición y a personas ajenas a esta relación para perjudicar los intereses de terceros, y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta, previendo la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación (vid. STS 185/2016, de 4-3). La especificación por la reforma no invalida la posibilidad de aplicación de los tipos penales especiales propios a las personas en las que no concurre el elemento especial, con la posibilidad de atenuación de la pena ( STS 63/2017, de 8-2).

Es cierto que el legislador no ha impuesto con carácter imperativo la rebaja de la pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán" pero la regla general solo deberá ser excluida por el tribunal, explicando de forma motivada, la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe ( SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11).

Circunstancias que no concurrirían en el caso analizado, lo que implicaría la aplicación de la rebaja penológica del art. 65.3 al recurrente, con nueva individualización penológica a realizar en la segunda sentencia.

**CUARTO.-** El motivo segundo por infracción de precepto constitucional conforme el art. 852 LECrim y art. 24 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ya que ha sido omitida en la sentencia y por tanto no se ha valorado la escritura aportada por la defensa en el plenario, referente a la aportación de 60.000 € realizada por el Sr. Nicanor, circunstancia esencial para mantener incólume la presunción de inocencia del acusado.





Argumenta que dicha escritura no es sino una prueba más para demostrar que el recurrente era desconocedor de la situación de Panificadora Luisa y que su única intención era invertir.

El motivo deviene inadmisibile.

El ámbito de conocimiento de la Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora.

b) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción.

c) constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el límite del control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al tribunal sentenciador.

En el caso presente, tal como ya hemos referido en el motivo precedente, la sentencia de instancia (fundamentos jurídicos 3 y 4) explica de forma racional el proceso lógico que la lleva a entender probada la participación del recurrente en el delito de insolvencia punible por el que ha sido condenado el autor principal Pedro , sin que en el motivo se señale la ubicación del documento en las actuaciones al no señalarse folio alguno, ni qué persona realizó esa aportación, fecha de la escritura y de la operación realizada y con qué finalidad, por lo que esta Sala no puede evaluar en qué modo y con qué alcance podría afectar a la presunción de inocencia del Sr. Nicanor .

**QUINTO.-** Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1º) Estimar parcialmente** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Nicanor** , contra la sentencia nº 471/18 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 5 de diciembre de 2018.

**2º)** Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 285/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco



D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 74/2018 seguido por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza dimanante de Diligencias Previas de P.A. nº 691/2015 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza por los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible, contra Pedro , con DNI nº NUM000 , nacido en Madrid el NUM001 /1969, hijo de Celso y de Laura ; contra Juana , con DNI nº NUM002 , nacida en Zaragoza el NUM003 /1962, hija de Edmundo y de Macarena ; y contra Nicanor , con DNI nº NUM004 , nacido en Cuenca el NUM005 /1953, hijo de Eulalio y de Melisa , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 5 de diciembre de 2018, que ha sido recurrida en casación por el condenado Nicanor , y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho tercero, procede la aplicación al recurrente del art. 65.3 CP con la rebaja penológica de un grado.

Entiende la Sala como procedentes las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros.

### FALLO

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

**Manteniendo** el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, **condenar a Nicanor** como cooperador necesario de un delito de insolvencia punible a las penas de 9 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 meses de multa con cuota diaria de 6 euros.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina