

JUZGADO DE LO PENAL N° 25
MADRID

4789/H
JARA

SENTENCIA N° 189 / 2014



En Madrid , a 9 de Junio de 2014

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez D^a M^a Begoña Cuadrado Galache , los autos de juicio oral registrados con el número 63/14 , seguidos por un delito de insolvencia punible , con intervención del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública representado por la Ilma. Sra. D^a M^a del Carmen de la Jara , la Tesorería General de la Seguridad Social como acusación particular bajo la asistencia letrada de D^a Beatriz Villalobos de Jesús y como acusado [REDACTED] , nacido el 15-5-66 en Madrid , con DNI [REDACTED] , asistidos por el letrado D. Rafael Ruiz Reguant .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción número 3 de Majadahonda se instruyeron diligencias previas y , practicadas las actuaciones pertinentes , se acordó la continuación del procedimiento por los trámites establecidos en los artículos 780 y siguientes de la LECrim , y dándose traslado al Ministerio Fiscal , calificó los hechos como constitutivos de un delito de insolvencia punible prevenido en el artículo 257,1-2° del Código Penal , considerando autor a [REDACTED] de Andrade , sin la concurrencia de circunstancias modificativas

de la responsabilidad criminal e interesando se le impusiera la pena de 3 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena según lo prevenido en el artículo 56,2 del Código Penal , y multa de 20 meses con una cuota diaria de 20 euros , y que se transfieran los créditos que ostentaban las sociedades interpuestas Cup Catering y Restauración SL , Tipula Catering SL y Restauración y Delicatessen SL por la facturación de sus servicios a Bolonia Catering SA , para que dichas cantidades se transfieran posteriormente a la Seguridad Social hasta cubrir el importe de la deuda , y con imposición de costas procesales .

Por el Ministerio Público se propusieron como prueba el interrogatorio del acusado ,testifical ,pericial y documental .

Por la acusación particular ejercitada en nombre de Tesorería General de la Seguridad Social se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de insolvencia punible prevenido en el artículo 257,1-2º del Código Penal ,considerando autor a [REDACTED] ,sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e interesando se le impusiera la pena de 4 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena según lo prevenido en el artículo 56,2 del Código Penal , y multa de 24 meses con una cuota diaria de 10 euros , y que indemnizara a la Tesorería General de la Seguridad Social con la cantidad de 516361,48 euros , y con imposición de costas procesales.

Proponiendo como pruebas el interrogatorio del acusado ,testifical ,pericial y documental .

Por la defensa se solicitó la absolución del acusado, proponiendo esta parte como pruebas el interrogatorio del mismo , testifical ,pericial y documental .

SEGUNDO.- Calificada la causa por las partes ,se remitió para su enjuiciamiento y turnada la misma ,se señaló para la vista.

En dicho acto , se plantearon como cuestiones previas por la acusación particular la aportación de documental , y por la defensa ,igualmente ,se aportó documental y se alegó

vulneración de la tutela judicial efectiva , procediéndose a la práctica de las pruebas declaradas pertinentes ,tras lo cual las partes elevaron a definitivas las conclusiones provisionales , con lo cual quedó el expediente concluso para dictar sentencia conforme consta en el mismo.

TERCERO.- Observadas todas las prescripciones legalmente establecidas.

HECHOS PROBADOS

El día 28 de Enero de 2012 se constituye la entidad mercantil Bolonia Catering SA ,con CIF A-83216218 ,cuyo objeto social era la compraventa , elaboración ,transformación y distribución de comidas y bebidas ,siendo nombrado administrador único [REDACTED] , nacido el 15-5-66 en Madrid , con DNI [REDACTED] mayor de edad y sin antecedentes penales .

En concepto de cotizaciones obligatorias por trabajadores por cuenta ajena, Bolonia Catering SA ,en Abril de 2005, tenia contraída una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social de 96.528,06 euros , estando incoado expediente con número de registro 28290300249387.

En dicho expediente , por la Tesorería General de la Seguridad Social se embargaron a Bolonia Catering SA 6 pagarés de La Caixa y 12 pagarés del Banco Santander Central Hispano (todos ellos fechados el 1 y el 8 de Abril de 2005) ,por un valor total de 236.000 euros , que fueron endosados por dicha mercantil a la citada Tesorería .

Los pagarés de La Caixa vencían el 3 de Junio de 2005, 3 de Julio de 2005, 3 de Agosto de 2005, dos de ellos el 3 de Septiembre de 2005, el 3 de Octubre de 2005 , todos éstos por importe de 9.000 euros y el 3 de Noviembre de 2005 por importe de 105.000 euros, y los del Banco Santander Central Hispano ,8 de ellos por importe de 7000 euros cada uno vencían los días 20

de cada mes desde Mayo a Diciembre de 2005 ,otros dos por el mismo importe ,vencian los días 20 de Enero de 2006 y 20 de Febrero de 2006 , y otros dos ,por importe de 8000 euros cada uno vencian los días 20 de Marzo de 2006 y 20 de Abril de 2006.

De los referidos pagarés , dos de La Caixa por importe de 9.000 euros cada uno y tres del Banco Santander Central Hispano por importe cada uno de ellos de 7.000 euros fueron devueltos a Bolonia Catering SA a cambio de entrega de cheques por su importe .

La Tesorería General de la Seguridad Social no realizó ninguna actuación respecto a dichos pagarés ,los cuales se perjudicaron .

La sociedad Restauración y Delicatessen SL ,con CIF B-84728518 , tenía por objeto social la compraventa , elaboración ,transformación y distribución de comidas y bebidas así como la adquisición , explotación , venta y arrendamiento de todo tipo de establecimientos de hostelería , tenía por administrador a [REDACTED] ,hasta el 2 de Junio de 2008 , que fue adquirida por [REDACTED]

Una vez vendida Restauración y Delicatessen SL , [REDACTED] organizó la constitución de la mercantil Cup Catering y Restauración SL , con CIF B-85444628 ,que tenía por objeto social la compraventa , elaboración ,transformación y distribución de comidas y bebidas ,fue constituida el 16 de Julio de 2008 ,siendo su administrador único [REDACTED] hasta el 6 de Abril de 2009 ,fecha en que pasó a ser administrada por [REDACTED] .

Igualmente [REDACTED] constituyó la sociedad Tipula Catering SL , con CIF B-85444644, tenía por objeto social la compraventa , elaboración ,transformación y distribución de comidas y bebidas así como la adquisición , explotación , venta y arrendamiento de todo tipo de establecimientos de hostelería ,comenzó sus operaciones el 4 de Junio de 2008 ,siendo su administrador [REDACTED] .

Estas tres sociedades eran controladas por [REDACTED] ,si bien Restauración y Delicatessen SL solo hasta su adquisición por [REDACTED] y los administradores de las mismas [REDACTED]

[REDACTED] eran trabajadores de Bolonia Catering SA ,habiendo sido nombrados por [REDACTED] ,careciendo de otros empleados e infraestructuras , y utilizando las instalaciones y personal de Bolonia Catering SA para el desarrollo de sus actividades sociales ,y facturando a los mismos clientes de esta mercantil

, a quienes se les informó del cambio de la entidad que les prestaba los servicios ,cuando previamente habían recibido notificaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social del embargo de los pagos pendientes a Bolonia Catering SA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa se alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber recaído resolución judicial en la jurisdicción mercantil en la que se reconocía que la Tesorería General de la Seguridad Social no tenía crédito contra la entidad Bolonia Catering SA .

En varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981 (LA LEY 7092-NS/0000), de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983 (LA LEY 205-TC/1984), de 3 de octubre, 24/1984 (LA LEY 8591-JF/0000), de 23 de febrero, 158/1985 (LA LEY 10531-JF/0000), de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que "[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983 , «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3.

Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo".

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985 (LA LEY 10531-JF/0000), de 26 de noviembre (FJ. 4): "(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983 (LA LEY 205-TC/1984), de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) .

Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984 (LA LEY 302-TC/1984), de 21 de mayo , que hace superfluos más comentarios sobre el tema: « (...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue.

Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3 de la CE (LA LEY 2500/1978) .

Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE (LA LEY 2500/1978) , pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción».

En este caso , consta en autos aportada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid , con fecha 10 de Mayo de 2010 , en el incidente concursal registrado con el número 9/10 del procedimiento de concurso 9/09 respecto a la entidad Bolonia Catering SA , en cuyo fallo se acordaba que los créditos concursales por concepto de cuotas de la Seguridad Social por importe de 523.191,43 euros han sido indebidamente incluidos en la lista de acreedores y en la masa pasiva del concurso.

Y en la fundamentación jurídica de dicha resolución se dejaba constancia de que la conducta seguida por la Tesorería General de la Seguridad Social ha perjudicado los pagarés que había entregado y que dicha circunstancia no puede ir contra el deudor , pero añadía que la certificación administrativa es suficiente para justificar el crédito ,pero ese documento no está unido a las actuaciones .

Por tanto ,en la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil , que adquirió firmeza al declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social por Decreto de 4 de Mayo de 2011 por la Secretaría de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, lo que se resolvió fue la inclusión de los créditos concursales en la lista de acreedores y masa pasiva del concurso seguido respecto a la entidad Bolonia Catering SA había sido correcta según la documental que obraba en autos , pero no se descartaba la existencia de la deuda , aunque al no haberse aportado certificado no se podía tener por demostrada ,es decir ,no descarte la existencia de dicho crédito a favor de la Tesorería ,sino que simplemente resuelve que no ha resultado probado con certeza , y en consecuencia ,no existe coincidencia plena en cuanto a los hechos objeto de enjuiciamiento.

Y teniendo presente que la existencia o no de uno o más créditos es el presupuesto objetivo del delito imputado al acusado ,y por tanto, el pronunciamiento el respecto constituye una cuestión de fondo que no debe ser examinada al inicio del juicio oral .

SEGUNDO.- Al acusado se le imputa un delito de insolvencia punible prevenido en el artículo 257,1-2º del Código Penal , que castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores y a quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación .

La doctrina y la jurisprudencia han venido señalando que la insolvencia es la situación en que se encuentra el deudor cuyo patrimonio resulta insuficiente para afrontar los créditos acumulados en su contra.

Pero el desequilibrio económico, la misma bancarrota, no resultan punibles sino cuando a esa situación se llega como consecuencia de actuaciones penalmente reprochables realizadas por el deudor, que frustra de este modo los derechos de crédito de los acreedores.

El CC proclama en su artículo 1911 que "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes o futuros". Así, quienes contratan o se relacionan en el tráfico jurídico, pueden confiar en que la responsabilidad con que la contraparte se presenta no se verá alterada con

actuaciones dirigidas a menoscabar y reducir el crédito determinante de aquella relación negocial.

Lo que el Código castiga no es el empobrecimiento del deudor, como modalidad de la proscrita "prisión por deudas", sino la conducta dolosa de quien reduce u oculta su patrimonio para defraudar los derechos de sus acreedores que ven así frustradas las legítimas condiciones en que efectuaron la contratación.

Es cierto que el tipo básico de este delito es exactamente el mismo que en el anterior Código, por lo tanto subsiste la interpretación que de él se hacía, y en cuya virtud "alzarse" consiste en una primera acepción en la desaparición física del deudor con sus bienes, pero en una interpretación más acorde con la función del precepto, basta con que se de un acto de disposición sobre los propios bienes, para alejarlos del alcance de los acreedores o con desprecio de los derechos de estos, en virtud del cual el deudor queda total o parcialmente en estado de insolvencia, no siendo necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible, precisamente por la actitud que adopta el deudor en estos supuestos (SSTS de 10-2-76, 5-79, 29-10-88, etc.).

Lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Como requisitos del tipo, se exigen:

1º) Existencia de uno o más créditos generalmente preexistentes, reales, y de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles, aunque es frecuente que los defraudadores ante la inminencia del vencimiento de un crédito futuro, se anticipen, frustrando las legítimas expectativas de su acreedor o acreedores - Tribunal Supremo sentencias de 14 febrero y 7 abril de 1992, y 20 febrero y 8 octubre de 1996 -.

El requisito objetivo exige la existencia de uno o varios créditos reales y exigibles en su día, de los que sea deudor el acusado del delito, sin la necesidad de que esos créditos estén vencidos o sean líquidos en el momento del alzamiento ya que entender la necesidad del vencimiento como requisito comisorio sería tanto como desnaturalizar la esencia del acto

defraudatorio, pues es el temor a que llegue ese momento del cumplimiento lo que induce en pura lógica al deudor a evitarlo para así caer en insolvencia total o parcial dificultando a los acreedores el cobro de lo debido, sentencia TS 11-4-06 .

O como mantienen la SAP Madrid , sección 3ª , 10-7-06 , debe existir , en consecuencia, de una obligación dineraria, que no requiere las notas de vencida, líquida y exigible, pues normalmente la conducta del deudor se adelanta a las mismas .

Por tanto , se precisa el presupuesto de existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito , dado que sólo pueden ser autores de este delito quienes sean deudores y frente al sujeto pasivo, que será el acreedor o acreedores, esto es, requiere, por tanto, la existencia de una relación jurídica generadora de obligaciones, preexistente a la comisión del delito, pero sin necesidad de que esté siquiera vencida, independientemente de los problemas de autoría y participación que puedan derivarse para quienes intervienen como cooperadores necesarios o cómplices de aquella puesta en peligro de las expectativas de los acreedores.

Y así se ha indicado, también, que no es exigible que el acreedor agote todos los medios de cobro, basta con obstaculizar la ejecución, pudiendo ser la insolvencia total o parcial, real o ficticia (SSTS de 22-12-89, 26-9-90, 17-1-92 y 26-12-2000).

No se exige que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencias de 6 de mayo de 1989, 27 de abril y 26 de diciembre de 2000), ni tampoco que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica (STS 2212/01, de 27 de noviembre).

Se trata de un delito de peligro, de simple actividad, de tendencia o resultado cortado, que se consuma por la simple ocultación de bienes, o simulación de deudas, con intención de defraudar a créditos legítimos, sin precisar resultado perjudicial alguno, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito, y no, a la de perfección.

2º) Ánimo de defraudar a los acreedores, mediante la enajenación de todo o parte de su patrimonio , de acto/s dispositivo/s o generador de obligaciones .

3º) Materialización de tal ánimo, merced a una conducta dinámica que no es posible identificar en un "numerus clausus", pues es cualquier actividad tendente al fin expuesto.

4º) Insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor - sentencia 6 de marzo de 1991 .

Es preciso colocarse en una situación de insolvencia buscada para evitar el cobro de las deudas por los recurrentes, de modo que si se mantuvieron patrimonio para poder satisfacer dichas deudas no estaríamos en la esfera del delito de alzamiento de bienes, es decir de la responsabilidad penal.

Lo cual no impide que frente a esas transmisiones pudiera actuarse por otra vía, como la civil o mercantil, de acuerdo con los preceptos propios de estos cuerpos legislativos.

Siendo una característica negativa del delito, entroncada con ese esencial elemento subjetivo que es el propósito de defraudar al acreedor o acreedores burlando y eludiendo la responsabilidad patrimonial universal establecida en el artículo 1911 -SS ., es que no hay alzamiento de bienes -SS. de 14-4-90 y 25-10-90 - cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que con este delito se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos.

En esta misma línea, la S. de 2-12-91 afirmaba ser "indudable" que la infracción del orden de prelación de créditos por parte del deudor no constituye por sí misma el comportamiento típico del delito de alzamiento de bienes .

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia AP Madrid ,sección 7ª ,20-11-07 , Es también jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la que establece que "no existe alzamiento de bienes cuando el dinero o los bienes obtenidos a cambio del patrimonio que se enajena se destinan al pago de otras deudas que también gravaban el mismo patrimonio, pues esta figura jurídica ampara globalmente al conjunto de los acreedores y no a unos con preferencia a otros: si los bienes conseguidos por la enajenación onerosa del patrimonio propio, ..., se destinaron al pago de otras deudas del mismo sujeto, no cabe hablar de alzamiento de bienes...pues lo que aquí se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en globalidad y no individualmente determinados."Alguna sentencia del Tribunal Supremo (así la 1536/2001) ha sentado la doctrina de que, si concurre el delito cuando el crédito pospuesto tenía claramente preferencia con arreglo a la Ley y por lo tanto, el acreedor se hallaba constreñido jurídicamente a su pago prioritario.

Partiendo de la jurisprudencia del TS que tiene reiteradamente declarado, como se recoge en la sentencia de 8 de Octubre de 2009, que "no concurre el delito de alzamiento de

bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente en determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado" (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-11; 1471/2004, de 15-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; y 19/2006, de 19-1) y que, como se pone de manifiesto en la citada STS de 8 de Octubre de 2009, "al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores.

Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad.

Analizando la doctrina expuesta en el supuesto enjuiciado, debe partirse de los hechos que no resultan controvertidos, y así el día 28 de Enero de 2012 se constituye la entidad mercantil Bolonia Catering SA, con CIF A-83216218, cuyo objeto social era la compraventa, elaboración, transformación y distribución de comidas y bebidas, siendo nombrado administrador único Pedro Valdecantos Jiménez de Andrade.

También está probado, y no se cuestiona la constitución de las otras tres sociedades:

Restauración y Delicatessen SL, con CIF B-84728518, tenía por objeto social la compraventa, elaboración, transformación y distribución de comidas y bebidas así como la adquisición, explotación, venta y arrendamiento de todo tipo de establecimientos de hostelería, tenía por administrador a [REDACTED], hasta el 30 de Septiembre de 2008, que fue adquirida por [REDACTED].

Cup Catering y Restauración SL, con CIF B-85444628, que tenía por objeto social la compraventa, elaboración, transformación y distribución de comidas y bebidas, fue constituida el 16 de Julio de 2008, siendo su administrador único [REDACTED] hasta el 6 de Abril de 2009, fecha en que pasó a ser administrada por [REDACTED].

Tipula Catering SL , con CIF B-85444644, tenía por objeto social la compraventa , elaboración , transformación y distribución de comidas y bebidas así como la adquisición , explotación , venta y arrendamiento de todo tipo de establecimientos de hostelería , comenzó sus operaciones el 4 de Junio de 2008 , siendo su administrador [REDACTED] .

La documental aportada a las actuaciones , así como el reconocimiento del acusado y de los administradores que figuraban en dichas sociedades acredita la constitución de las mismas , su objeto social y las personas que formaban parte de sus órganos de administración .

También se ha acreditado que la creación de estas tres sociedades fue decisión de [REDACTED] así lo reconoció el acusado en el acto de juicio al sostener que se trataba de un grupo de empresas y que de la coordinación de las sociedades se encargaba él , como ya había manifestado durante la instrucción al sostener que a estas mercantiles las controlaba él.

Los testigos ratifican que fue el acusado quien ideó la creación de las sociedades Restauración y Delicatessen SL, Cup Catering y Restauración SL y Tipula Catering SL y era quien las dirigía , aunque no figuraba como administrador de las mismas , excepto de la primera y únicamente hasta que la vendió a un tercero ajeno a sus empresas , [REDACTED] , y a partir de esta venta fue cuando creó las otras dos entidades , decidiendo él quien figuraba como administrador .

De Cup Catering y Restauración SL se nombró administrador único a [REDACTED] hasta el 6 de Abril de 2009 , fecha en que pasó a ser administrada por [REDACTED] , y de Tipula Catering SL se nombró administrador a [REDACTED]

Estas tres personas tenían vinculos laborales con el acusado , que fue quien le propuso la citada administración , así [REDACTED] , declaró que era ayudante de cocina y trabajaba para Bolonia Catering SA , que [REDACTED] le propuso ser administrador para regularizar su situación , pero no hizo nada en la administración , que además él pensó durante todo ese tiempo que seguía trabajando para Bolonia , que además [REDACTED] le dijo que todo era ficticio , que él siguió trabajando en cocina y nunca vio documentación de ningún tipo , que firmó como socio pero no sabía realmente lo que era , que lo aceptó porque era la condición para quedarse a trabajar en la empresa , sino le dijo [REDACTED] que se iría a la calle , y cuando él le insistió a Pedro para que aclarara su situación fue cuando lo sustituyó por [REDACTED]

[REDACTED] reconoció en la vista oral que era trabajadora de Bolonia Catering SA y que ser administradora de

Cup Catering y Restauración SL se lo propuso [REDACTED], que lo entendió como un ascenso, que ella no hacía ningún tipo de gestiones, que no sabe quien llevaba la administración, que se encargaba la gente de Bolonia, que ella considera su jefe a [REDACTED], que era quien le daba las indicaciones.

[REDACTED] quien también refirió que trabajó para Bolonia Catering SA durante unos 10 años, desde 2002 a 2010, que fue [REDACTED] quien le propuso ser administrador de Tipula, que se lo propuso como un ascenso, pero que él no hizo nada como administrador y que era el acusado quien le daba las instrucciones para Tipula.

De las declaraciones de estos tres testigos se concluye que era el acusado quien dirigía toda la gestión y administración de las sociedades, aunque otras personas (vinculadas a su empresa como trabajadores) figuraban formalmente como administradores de derecho, si bien [REDACTED] era quien asumía efectivamente la gestión de la empresa y tomaba decisiones.

Pero, además, la prueba practicada acredita que la finalidad de creación de estas tres sociedades no era la que alega el acusado, quien ha mantenido que lo hizo para que formaran parte de un grupo de empresas para diversificar las funciones.

Sin embargo, no es cierto que esa fuera la finalidad de crear sociedades, porque las mismas no solo eran dirigidas por el acusado, sino que carecían de otros empleados e infraestructuras, utilizaban las instalaciones y personal de Bolonia Catering SA para el desarrollo de sus actividades sociales, y facturaban a los mismos clientes de esta mercantil.

Incluso lo reconoce el acusado al mantener que se crearon con personal de Bolonia y que Tipula tenía un solo trabajador.

[REDACTED] refirió que todas la documentación y las facturaciones se hacían desde Bolonia y que Tipula Catering SL no tenía trabajadores.

[REDACTED] sostuvo que [REDACTED] le dijo que todo era ficticio, como ya se ha hecho constar y que no sabe el personal que tenía Cup Catering.

[REDACTED] reconoció que de todo se encargaba Bolonia, que tenían los mismos clientes y que los trabajadores eran los mismos que Bolonia Catering.

Por tanto, las sociedades no se crearon por motivos organizativos y de especialización como sostiene el acusado, pues no se trata de empresas que solamente dependieran de otra persona, bajo cuya administración estuvieran todas por tener una participación económica suficiente en su capital como para tomar decisiones, según lo establecido en el artículo 42 del

Código de Comercio , es que dicha administración ([REDACTED]) no figuraba en derecho ni como socio ni como administrador ,carecían de infraestructuras , no solamente administrativas (llevando la documentación y facturación Bolonia Catering SA) sino también para prestar servicios , pues las comidas se servían en los mismos lugares que Bolonia , y no tenían trabajadores , a lo sumo un trabajador Típula Catering , por lo que difícilmente podían prestar los servicios a los que decían dedicarse las entidades .

Concluyendo que se crearon las sociedades a cuyo nombre se facturaban los servicios que realmente seguía prestando Bolonia Catering SA ,tratándose de entidades mercantiles aparentes , pantallas o instrumentales como las definió en el juicio el perito ,letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social , [REDACTED] .

Y examinando las fechas de la constitución de las mismas , en relación con el hecho probado, no solo por la documental unida a la causa sino también por los peritos de la Seguridad Social , de que la Tesorería General de la Seguridad Social había dirigido oficios a los deudores de Bolonia Catering SA para que los pagos que debían realizar a esta mercantil se los abonaran a dicha Tesorería al haberse acordado el embargo de los mismos (extremo igualmente reconocido por el acusado , incluso en los escritos presentados por la defensa ,alegando que se habían embargado pagos pendientes a Bolonia por el Ayuntamiento de las Rozas y Hewlett Packard), queda demostrado que los pagos de algunos de los clientes de Bolonia Catering SA no se hacían a esta sociedad sino que se ingresaba el dinero en la Tesorería General de la Seguridad Social ,se constituyeron las sociedades para facturar a nombre de las mismas ,cuando realmente los servicios los prestaba Bolonia ,quien era la que en última instancia iba a recibir el pago de los mismos ,eludiendo así el embargo de la Seguridad Social.

Así figura en el folio 167 de las actuaciones respecto a la empresa Aplicaciones Gráficas e Informaticas SA .

En el folio 168 , respecto a la empresa Gerens Hills .

En el folio 169 y en los folios 304 y siguientes , respecto a la empresa Sonosite Iberica SL .

En el folio 171 , respecto a la empresa Optenet SA.

Y en los folios 290 y siguientes ,respecto a la empresa Securitas Direct España SAU .

De dicha documental se concluye que hasta los primeros meses (en algunos casos en Enero y en otros en Marzo) la facturación se giraba a nombre de Bolonia Catering SA, y a partir de esa fecha a Restauración y Delicatessen SL hasta mediados de 2008 ,poco antes de la venta de esta sociedad a [REDACTED] , y desde mediados de 2008 (Mayo y Junio) hasta febrero y Marzo de 2009 a Cup Catering y Restauración SL, y a partir de Marzo de 2009 a Típula Catering SL .



Sin embargo , ello no demuestra la comisión de la infracción punible enjuiciada , pues el primer requisito de la insolvencia punible es la existencia de uno o más créditos generalmente preexistentes, reales, y de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles ,y en este supuesto ,no se ha probado que existiera dicho crédito cuando el acusado constituyó las sociedades a nombre de las que facturaba la actividad de Bolonia Catering SA.

En concepto de cotizaciones obligatorias por trabajadores por cuenta ajena, Bolonia Catering SA ,en Abril de 2005, tenía contraída una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social , estando incoado expediente con número de registro 28290300249387.

Por la Tesorería General de la Seguridad Social se alega que las cantidades debidas en dicho concepto ,junto con los intereses y recargos ,son la deuda vencida y exigible cuyo pago eludió el acusado de modo fraudulento.

No se cuestiona que en Abril de 2005 existía la citada deuda ,como tampoco es controvertido que Bolonia Catering SA entregó a la Tesorería General de la Seguridad Social 6 pagarés de La Caixa y 12 pagarés del Banco Santander Central Hispano (todos ellos fechados el 1 y el 8 de Abril de 2005) ,por un valor total de 236.000 euros , que fueron endosados por dicha mercantil a la citada Tesorería, quien los embargó.

Y los pagarés de La Caixa vencían el 3 de Junio de 2005, 3 de Julio de 2005, 3 de Agosto de 2005, dos de ellos el 3 de Septiembre de 2005, el 3 de Octubre de 2005 , todos éstos por importe de 9.000 euros y el 3 de Noviembre de 2005 por importe de 105.000 euros, y los del Banco Santander Central Hispano ,8 de ellos por importe de 7000 euros cada uno vencían los días 20 de cada mes desde Mayo a Diciembre de 2005 ,otros dos por el mismo importe ,vencían los días 20 de Enero de 2006 y 20 de Febrero de 2006 , y otros dos ,por importe de 8000 euros cada uno vencían los días 20 de Marzo de 2006 y 20 de Abril de 2006.

De los referidos pagarés , dos de La Caixa por importe de 9.000 euros cada uno y tres del Banco Santander Central Hispano por importe cada uno de ellos de 7.000 euros fueron devueltos a Bolonia Catering SA a cambio de entrega de cheques por su importe .

Los originales de estos documentos se han unido a los autos .

Estimando la defensa que con la entrega de dichos pagarés estaba pagada la deuda , mientras que por las acusaciones se alega que la Seguridad Social no reconoce como medio de pago la entrega de pagarés y que no fueron cobrados , por ello



consideran vigente la deuda , aunque discrepan en cuanto al importe debido .

Así el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales cifra el crédito existente en 425.751,83 euros (limitando la deuda hasta el 15 de Abril de 2009) mientras que la acusación particular lo cifra en 516.361,48 euros ,sin mencionar hasta que fecha .

El importe del crédito ha ido variando en el tiempo por el hecho de seguir sumando cotizaciones obligatorias por trabajadores por cuenta ajena que se continuaban impagando ,y básicamente por los intereses y recargos aplicables a la deuda.

Pero la fecha de la que debe partirse para determinar el crédito y su importe ,es el mes de Abril de 2005 , y en ese momento ascendía la cantidad a 96.528,06 euros ,como figuraba expresamente en el expediente administrativo , y aunque en juicio se sostuvo por los letrados de la Seguridad Social que la deuda era superior, lo cierto es que consta en autos que la Tesorería General de la Seguridad Social ,en el momento en que embargó los pagarés entregados por Bolonia Catering SA, en la diligencia de dicho embargo fechada el 8 de Abril de 2005, por la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 2 de la citada Tesorería General de la Seguridad Social ,solo se reconoce una deuda de 96.528,06 euros ,según consta al folio 601 de los autos.

El acusado ,como administrador de Bolonia Catering SA , entregó y endosó a la Tesorería General de la Seguridad Social los 6 pagarés de La Caixa y 12 pagarés del Banco Santander Central Hispano (todos ellos fechados el 1 y el 8 de Abril de 2005) ,por un valor total de 236.000 euros., de los cuales dos de La Caixa por importe de 9.000 euros cada uno y tres del Banco Santander Central Hispano por importe cada uno de ellos de 7.000 euros fueron devueltos a Bolonia Catering SA a cambio de entrega de cheques por su importe , que son los únicos que se reconocen cobrados por la citada Tesorería .

Por lo que debemos plantearnos si el endoso y embargo de dichos pagarés extinguió la deuda contraída por Bolonia Catering SA con la Tesorería General de la Seguridad Social .

La respuesta debe ser afirmativa , estimando sobre este extremo las alegaciones de la defensa.

No desvirtuando dicha conclusión las manifestaciones de los letrados de la Tesorería en el sentido de que la normativa de la Seguridad Social no reconoce como pago de una deuda la entrega de pagarés, lo que no deja de ser una concreción de la normativa general contenida en el segundo párrafo del artículo 1170 del Código Civil , al sostener que : " La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos

mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados ... " .

Sin embargo ,el hecho de que el endoso de los pagarés no produjera la extinción de la deuda ,al no ser equiparable al pago , no significa que la Tesorería de la Seguridad Social no tuviera embargado un derecho de crédito que le había transmitido Bolonia Catering SA.

En este sentido se pronunciaron los peritos actuantes .

Y consta probado ,pese a que en el juicio los peritos pertenecientes a la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 2 de la citada Tesorería fueron ambiguos al respecto, tratando de justificar unas actuación sin acreditarlas , que los pagarés se perjudicaron por la inactividad de la TGSS .

Estando embargados los pagarés no consta que se presentaran al pago ni que se hiciera ninguna otra actuación con los mismos ,y en este sentido también se pronuncia la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid en el incidente concursal registrado con el número 9/10 ,de fecha 10 de Mayo de 2010, que devino firme al declararse desierto el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social , según decreto de fecha 4 de Mayo de 2011 de la Secretaria de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid .

En la resolución del Juzgado de lo Mercantil se declara probado que la TGSS no realizó ninguna actuación con los pagarés , haciendo constar expresamente que llega a dicha conclusión " según la declaración del testigo D. [REDACTED] , funcionario de la Tesorería General de la Seguridad Social que llevó personalmente el expediente " .

La no presentación al cobro de los pagarés endosados a fecha de su vencimiento supuso que la TGSS ya no podría reclamar el importe del pagaré y los intereses, a su deudor, que es el que le ha entregado el pagaré (endosante del pagaré), en este caso Bolonia Catering SA, y solo podría reclamar judicialmente contra el firmante del pagaré, es decir contra el cliente de su deudor .

Por el contrario , si la TGSS hubiera presentado al cobro los pagarés, impidiendo que se perjudicaran , hubiera tenido derecho a reclamar judicialmente de forma simultánea contra el firmante del pagaré y contra el endosante.

Y ello porque el pagaré tiene un día fijo y determinado de vencimiento, y deberá presentarse al pago ese día "o en uno de los dos días hábiles siguientes" (artículos 43, 90 y 91 LCCH) de forma que no se perjudica si se hace en ese tiempo, pero si, en caso de que el tenedor incumple ese deber de diligente presentación al cobro en ese tiempo.

Ahora bien, el perjuicio indicado se identifica con la pérdida de las acciones cambiarias de regreso (artículos 50 y



63 LCCH), pero el tenedor nunca pierde la acción cambiaria directa porque recoge la Ley Cambiaria el principio de que quien acepta (quien suscribe el pagaré) se obliga a pagar sin someter su obligación a condición ni requisito alguno; máxime, cuando no es necesario el protesto o la declaración sustitutoria (art. 51) para ejercitar las acciones cambiarias, en vía directa, frente al aceptante (entendiéndose suscriptor) y avalistas (arts 49 , 57 , 63 y 97 LCCH), sino sólo para las acciones de regreso.»

En este supuesto ,la TGSS tampoco ha actuado contra quienes suscribieron los pagarés .

Por tanto ,la inactividad de la TGSS determino que los pagarés se perjudicaran ,con la consecuencia prevenida en el párrafo segundo del artículo 1170 del CC ,es decir , que la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

En apoyo de la anterior argumentación debe valorarse igualmente que consta unido al procedimiento (al folio 692) un escrito de la Tesorería General de la Seguridad Social notificando a Bolonia Catering SA el levantamiento del embargo del saldo de una cuenta bancaria de dicha mercantil por importe de 1074,77 euros por estar cubiertas las responsabilidades económicas de la sociedad .

Escrito fechado por la TGSS el 12 de Noviembre de 2011.

Por tanto ,en esta fecha cuando ya estaban embargados los pagarés , la TGSS daba por extinguida la deuda de la sociedad .

Lo expuesto no queda desvirtuado por las contestaciones realizadas por la TGSS a requerimientos del acusado interesándose por el resultado de los pagarés ,pues según consta documentado en escrito de fecha 11 de Diciembre de 2007 le informa que dichos pagarés están a disposición de Bolonia Catering SA., teniendo presente que cuando contesta en tal sentido los pagarés ya estaban perjudicados desde hacía mucho tiempo , algunos desde hacía más de dos años , por lo que el ofrecer la entrega de los mismos al administrador de la mercantil en ese momento no puede excluir las consecuencias legales de la inactividad de la TGSS.

Debiendo concluir que la actuación de la TGSS respecto a los pagarés (cuyo importe superaba notoriamente la deuda reconocida por dicha Tesorería que era , como ya se ha hecho constar , de 96.528,06 euros) ,determinó que los mismos produjeron efectos de pago , dejando extinguida la deuda respecto a Bolonia Catering SA .



Por tanto , las actuaciones posteriores del acusado como administrador de dicha entidad respecto a la constitución de otras sociedades a cuyo nombre solicitó que los clientes realizaran el pago de las facturas por los servicios prestados ,carecen de relevancia penal, toda vez que ya no existía el crédito .

Podría alegarse que ,según las certificaciones de la TGSS emitidas a instancia del acusado y que obran en autos , la deuda siguió aumentando no solo por recargo e intereses, sino también por el principal , al dejar nuevas cotizaciones por los trabajadores de ser abonadas a partir del citado mes de Abril de 2005, y por el ello , seguiría existiendo una deuda que no se habría extinguido por el perjuicio de los pagarés .

Resulta cierto que desde la citada fecha continuaron dejándose de pagar algunas mensualidades por cotizaciones de los trabajadores de Bolonia Catering SA ,pero la mayoría de la deuda reclamada por la TGSS (516.361,48 euros en 2010 tanto en el procedimiento concursal como en esta causa) es debido a los intereses y a los recargos de la cantidad principal que sostiene impagada desde el año 2005 .

Así las certificaciones emitidas por la TGSS (la última de Diciembre de 2007) cifran la deuda total hasta Febrero de 2007 en 298.438,28 euros , y ya de esta suma , un importe elevado correspondería a intereses y recargos , pues en Octubre de 2007 declara que de principal solamente serían 237.064,26 euros , y conforme se ha expuesto con anterioridad ,estos conceptos deben ser rechazados como deuda pendiente desde el momento que el principal quedó satisfecho por el perjuicio de los pagarés entregados por Bolonia Catering SA.

Cabe entender que el resto de la cantidad reclamada hasta los citados 516.361,48 euros , y dado que no hay más certificaciones que desglosen la deuda desde los referidos 237.064,26 euros de principal es debido únicamente a los ya mencionados intereses y recargos .

Debe tenerse presente que el importe de los pagarés perjudicados ascendía a 236.000 euros ,y que el acusado ,como administrador de Bolonia Catering SA realizó otros pagos a la TGSS , y aunque algunos de los mismos no los ha podido demostrar la defensa , lo cierto es que se han reconocido de modo expreso , al menos el pago de 4000 euros en el certificado de Octubre de 2007 ,y que la TGSS embargó pagos de clientes a Bolonia , estando reconocidos en los ya mencionados certificados por la Tesorería las cantidades siguientes :

Al Ayuntamiento de Las Rozas , la cantidad de 4037,17 euros.

A HP Española SL , la cantidad de 24.798,92 euros.

A Gerens Management Group SA ,la cantidad de 2049,06 euros .

A Sonosite Ibérica SLU , la cantidad total de 5437.24 euros.

Dichas cantidades exceden de la deuda que por principal tenía reconocida la Tesorería General de la Seguridad Social ,incluidas las cotizaciones devengadas e impagadas después del perjuicio de los pagarés .

Por ello , ante la ausencia del presupuesto necesario de existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito no puede dictarse un pronunciamiento de condena .

TERCERO.- Dado el carácter absolutorio de esta resolución se declaran las costas procesales de oficio ,al amparo de lo dispuesto en el artículo 240,2-2º de la LECrim .

En atención a lo expuesto ,en nombre del Rey y dadas las facultades que me confiere la Constitución Española

FALLO

Que debo absolver y absuelvo a [REDACTED]
[REDACTED] del delito de insolvencia punible prevenido en el artículo 257,1-2º Penal del que venía acusado ,declarando las costas procesales de oficio .



Regístrese el original, previo su testimonio en autos y notifíquese al Ministerio Fiscal y demás partes con instrucción de que la presente es susceptible de RECURSO DE APELACION a interponer ante este Juzgado en el plazo de los DIEZ días siguientes al de su notificación, y que en su caso será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Madrid

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, en el mismo día de la fecha y estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

