



Roj: **STS 39/2022 - ECLI:ES:TS:2022:39**

Id Cendoj: **28079120012022100018**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2022**

Nº de Recurso: **1412/2020**

Nº de Resolución: **36/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ Sala de lo Civil y Penal Andalucía, 12-12-2019,**
STS 39/2022,
ATS 4497/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2022

Fecha de sentencia: 20/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1412/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1412/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 36/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1412/2020 interpuesto, por infracción de ley, por la entidad **CS CARPINTEROS 2025 SL** acusación particular, representada por el procurador D. Jaime Pérez de Sevilla Guitard y bajo la dirección letrada de D. Damián García Ledesma, contra la sentencia n.º 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación n.º 108/2019, que revocó la sentencia n.º 558/2018 de 15 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en el Rollo 10/2018, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 143/2017 del Juzgado de Instrucción n.º 8 de Granada, que condenó a Evaristo y a la entidad Auriga Consultoría y Proyectos por el delito de estafa. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida D. Evaristo y la entidad mercantil **Auriga Consultoría y Proyectos S.L.**, representados por la procuradora Doña Sonia López Merino y bajo la dirección letrada de D. Jorge Carmelo Fernández Díaz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Granada, incoó Procedimiento Abreviado con el número 143/2017, por delito de estafa contra Don Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L. y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo n.º 10/2018, sentencia n.º 558/2018 el 15 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" I.- De las pruebas practicadas, apreciadas en conciencia, resulta probado y así se declara que en el mes de agosto de 2013 el acusado D. Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, y D. Gervasio, el primero en representación de la sociedad Auriga Consultoría y Proyectos SL (en lo sucesivo "Auriga") de la que era administrador único y socia su esposa, el segundo como apoderado por la administradora única de la sociedad CS Carpinteros 2025 SL (en lo sucesivo "CS Carpinteros") de la que era socio mayoritario al 99%, concertaron verbalmente la prestación por la primera a la segunda de los servicios de asesoría fiscal, laboral y contable de la empresa, a cambio de unos honorarios profesionales para Auriga de 200 euros mensuales más IVA, total, 242 euros al mes, a modo de una iguala. Esa relación profesional entre los representantes de las dos sociedades se entabló en el marco de la estrecha amistad que ya entonces tenían D. Evaristo y D. Gervasio, donde regía la más absoluta confianza del uno en el otro, tanto personal como empresarial. En esa situación y ya al mes siguiente, en septiembre de 2013, D. Evaristo encargó a D. Gervasio ciertos trabajos de carpintería para su propio domicilio -restauración de un portón, instalación de tarima y armarios empotrados...-, cuyo precio no consta se llegara a concretar en aquel momento, quedando los dos en que compensarían más adelante el importe que resultara de los trabajos de carpintería con los devengos sucesivos de la iguala, razón por la cual ésta no se pagaba por CS Carpinteros a pesar de la facturación mensual que Auriga le giraba, facturación que ésta dejó de emitir en octubre de 2014 para no generar más el IVA que Auriga debía liquidar con la Administración Tributaria sin haberlo cobrado de CS Carpinteros.

Tanta era la confianza entre los dos amigos que al tiempo que pactaron la contratación de los servicios de asesoría, acordaron también que D. Evaristo asumiera la administración de CS Carpinteros, lo que se formalizó por escritura pública de fecha 6 de septiembre de 2013, ignorándose de quién partió esa iniciativa y a cuál de ellos más interesaba. El nombramiento, sin embargo, no se llegó a inscribir en el Registro Mercantil por denegación del Registrador porque la hoja registral de CS Carpinteros estaba cerrada por falta de depósito de las cuentas sociales del ejercicio de 2011. Como consecuencia de ello, D. Evaristo jamás ejerció como administrador ni tomó una sola decisión por CS Carpinteros, sabedor de que su amigo, además de apoderado, era de hecho el único y auténtico gestor de esa sociedad.

II.- Entre los servicios profesionales que Auriga prestaba a CS Carpinteros, se encontraba la de presentar ante la Administración Tributaria las autoliquidaciones periódicas del IVA de esa empresa, para lo cual Auriga cumplimentaba los modelos oficiales y los presentaba ante la AEAT vía telemática utilizando el código de acceso o certificado digital de D. Evaristo como "colaborador" de la AEAT, sin que D. Gervasio exigiera al acusado que le diese cuenta o justificase documentalmente tales liquidaciones, que Auriga conservaba.

En fecha no determinada a finales de 2015, el acusado y D. Gervasio mantuvieron conversaciones sobre la oportunidad de liquidar lo que se debía por el precio de los trabajos de carpintería y las cuotas devengadas de la iguala hasta entonces no satisfechos ni por el uno ni por el otro, surgiendo la discrepancia en el importe de lo que D. Gervasio pretendía cobrar al acusado, 7.362,18 euros por los trabajos de instalación de tarima y armarios que el acusado entendía no hechos, más 1.298 euros por la reparación del portón que consideraba excesivo, de acuerdo con las facturas proforma que el otro le presentó, frente a los aproximadamente 6.000



euros a que ascendían entonces los devengos debidos de la iguala. Comoquiera que no llegaron a un acuerdo, sin que esto afectara aparentemente a la relación de amistad y profesional que seguían manteniendo, el acusado, aprovechándose de la confianza de Gervasio y presumiendo que por ello nada sospecharía, decidió cobrarse una parte del crédito de Auriga con CS Carpinteros con el importe de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2015 que arrojaba un saldo de 3.192,81 euros a devolver a CS Carpinteros, para lo cual cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la núm. NUM000 de la que era titular auriga, conociendo de antemano que la AEAT haría el ingreso en esa cuenta sin más averiguaciones por aparecer en la autoliquidación como la designada por la empresa contribuyente. Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía temática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684,51 euros tras deducir del importe de la devolución una deuda de CS Carpinteros con el Ayuntamiento de Granada. Comunicada por la AEAT a CS Carpinteros la orden de pago de la devolución a finales de mayo de 2016, y comoquiera que pasaba el tiempo y no la percibía, D. Gervasio preguntó reiteradamente al acusado por las razones de la tardanza, a lo que éste respondía con evasivas culpando a Hacienda del retraso.

III.- Ante el éxito de esta acción, y comoquiera que Auriga siguió llevando los asuntos fiscales de CS Carpinteros hasta que ésta cesó en su actividad el 31 de diciembre de 2016 lo que también se comunicó a Hacienda por Auriga, el acusado, animado del mismo propósito de cobrarse lo que aquella seguía debiendo a su empresa, realizó idéntica operación cumplimentando el modelo informático de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2016 con un saldo en favor de CS Carpinteros esta vez de 2.3014,16 euros, con designación de la misma cuenta titularidad de Auriga, que presentó telemáticamente ante la AEAT el 10 de enero de 2017, si bien el dinero de la devolución no llegó a ingresarse en esa cuenta por impedirlo D. Gervasio, enterado ya por consulta con la AEAT de lo que había sucedido, tras instar de ésta que el ingreso se hiciera en una cuenta de su sociedad."

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

Y debemos condenar y condenamos a la acusada AURIGA CONSULTORÍA Y PROYECTOS SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

Asimismo, condenamos a los acusados Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

Firme esta resolución, aplíquese al pago de la responsabilidad civil declarada la cantidad consignada en la cuenta de este Tribunal por el acusado Sr. Evaristo "para devolución en su caso a CS Carpinteros 2025 SL".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L., dictándose sentencia n.º 225/2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en fecha 12 de diciembre de 2019, en el Rollo de Apelación número 108/2019, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Evaristo y "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en fecha 15 de noviembre de 2018, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, debemos absolver y absolvemos a los acusados D. Evaristo y "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." del delito de estafa que se les imputa.

Declaramos de oficio las costas de ambas instancias."

y en la que consta como **hechos probados**:

"Se dan por reproducidos los apartados I y III de los descritos en la sentencia apelada.



Se sustituyen los expuestos en el apartado II por los siguientes:

II.- Entre los servicios profesionales que "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." prestaba a "CS Carpinteros 2025, S.L.", se encontraba la de presentar ante la Administración Tributaria las autoliquidaciones periódicas del IVA de esa empresa, para lo cual Auriga cumplimentaba los modelos oficiales y los presentaba ante la AEAT vía telemática utilizando el código de acceso o certificado digital de D. Evaristo como colaborador de la AEAT, sin que D. Gervasio exigiera al acusado que le diese cuenta o justificase documentalmente tales liquidaciones, que Auriga conservaba.

En fecha no determinada a finales de 2015, el acusado y D. Gervasio mantuvieron conversaciones sobre la oportunidad de liquidar lo que se debía por el precio de los trabajos de carpintería y las cuotas devengadas de la iguala hasta entonces no satisfechos ni por el uno ni por el otro, surgiendo la discrepancia en el importe de lo que D. Gervasio pretendía cobrar al acusado, 7.362,18 euros por los trabajos de instalación de tarima y armarios que el acusado entendía no hechos, más 1.298 euros por la reparación del portón que consideraba excesivo, de acuerdo con las facturas proforma que el otro le presentó, frente a los aproximadamente 6.000 euros a que ascendían entonces los devengos debidos de la iguala.

Comoquiera que no llegaron a un acuerdo, el acusado D. Evaristo decidió cobrarse una parte del crédito de "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L." con "CS Carpinteros 2025, S.L." con el importe de la autoliquidación del IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2015 que arrojaba un saldo de 3.192,81 euros a devolver a "CS Carpinteros 2025, S.L.", para lo cual cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la num. NUM000 de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.". Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía telemática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684,51 euros tras deducir del importe de la devolución una deuda de "CS Carpinteros 2025, S.L." con el Ayuntamiento de Granada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la acusación particular, 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.

QUINTO.- La representación procesal de la recurrente, basa su recurso de casación en el siguiente motivo:

Único motivo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849-1º de la LECrim, por inaplicación indebida de los artículos 248.1 y 249 del Código Penal.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión del motivo del recurso y subsidiariamente la impugnación del mismo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 558/2018, de 15 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, condenó a D. Evaristo como autor de un delito continuado de estafa a las penas de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular. Igualmente condenó a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 euros y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

Asimismo, condenó a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnizen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros, con el interés prevenido en el art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación la representación legal de D. Evaristo y de Auriga Consultoría y Proyectos SL, resuelto mediante la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que fue estimado y les absolvió del delito por el que habían sido condenados en la instancia.



Frente a esta última sentencia recurre ahora CS Carpinteros 2025, SL.

SEGUNDO.- La Acusación Particular articula su único motivo del recurso, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 248.1 y 249 CP.

En contra del parecer del Tribunal Superior de Justicia, entiende la recurrente que concurre en el actuar del acusado D. Evaristo engaño y ánimo de lucro.

Señala que existe engaño pues los hechos probados evidencian que el Sr. Evaristo no tenía la autorización de CS Carpinteros 2025, SL (en adelante CS), la que tampoco conocía su actuación. Alega que los hechos probados no indican que el Sr. Evaristo estuviera autorizado y en los fundamentos de derecho el Tribunal ratifica la conclusión de la Audiencia en el sentido de que no estaba acreditada la supuesta reunión entre las partes en la que se acordó (también supuestamente) que el Sr. Evaristo percibiría las devoluciones de IVA de CS para cobrarse sus servicios de gestoría.

Describe que la actuación del acusado fue facilitar sin su permiso a la Administración Tributaria el número de la cuenta bancaria de Auriga Consultoría y Proyectos SL (en adelante Auriga) y no el de la cuenta de CS, que era el sujeto pasivo del impuesto con derecho a las devoluciones tributarias. A su juicio ello supone un engaño para la Agencia Tributaria que entiende que el número de cuenta facilitado ha sido aceptado por el sujeto pasivo del impuesto para la devolución y por eso transfiere a dicha cuenta los fondos con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo. Estima que para que no existiera el engaño, la sentencia debería indicar en sus hechos probados que el Sr. Evaristo estaba autorizado por el sujeto pasivo del impuesto para que el importe de la devolución fuera a parar a la cuenta de Auriga. Y no solo no lo expresa, sino que en los fundamentos de derecho se razona que dicha autorización y consentimiento no existió.

También considera la recurrente que existe ánimo de lucro porque aunque la finalidad del Sr. Evaristo fuera la de cobrarse una hipotética deuda, esa finalidad es irrelevante a efectos penales y no excluye el dolo de la estafa, de ser consciente de la falsedad y del mecanismo ilícito empleado para obtener la suma transferida a su favor en base al engaño padecido por la Agencia Tributaria (AEAT).

Discrepa con el parecer del Tribunal cuando razona que el acusado realizó la conducta no para incrementar su patrimonio gratuitamente sino para cobrar el crédito que estimaba pendiente. Y por ello concluye que el acusado no quería beneficiarse económicamente en ilícito perjuicio de la entidad denunciante sino recibir lo que creía que le era debido.

Frente a esta versión del Tribunal, expone la recurrente que los hechos probados de la sentencia no constatan la existencia de dicha deuda. Por el contrario ponen de manifiesto que existía una discrepancia entre las partes sobre el importe de los trabajos efectuados por D. Gervasio, por lo que no estaba liquidada la relación económica entre las partes ni la supuesta deuda a favor de Auriga, pues de ser cierta la tesis de D. Gervasio, sería el Sr. Evaristo el que resultaría deudor al ser superior el importe de los trabajos de carpintería a los de la iguala por la labor de gestoría. En todo caso sostiene que en el supuesto de que se acreditara la existencia de la deuda y fuera la intención del Sr. Evaristo la de cobrarse la misma, ello resultaría irrelevante porque el comportamiento de éste sería ilícito. A su entender, la intención de cobrarse una supuesta deuda no excluye el dolo y la voluntad de engañar.

TERCERO.- 1. El cauce casacional elegido por la Acusación Particular (art. 849.1º LECrim), propio del tipo de recurso en que nos encontramos, obliga a respetar los hechos que el Tribunal ha considerado probados (art. 884.3º LECrim).

Antes de proceder al examen del motivo, debe dejarse constancia de cierta incoherencia observada en la sentencia de instancia. Así, el Tribunal Superior de Justicia desestima razonadamente, en los fundamentos de derecho segundo y cuarto, los motivos deducidos por el acusado en el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia, por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y por error en la valoración de la prueba, y confirma el hecho probado, la suficiencia de la prueba y la valoración racional y lógica efectuada por la Audiencia Provincial.

Pese a ello, previamente, de forma paradójica e incongruente, en contra de lo expresado en aquellos fundamentos y sin ningún tipo de motivación, ha excluido determinadas expresiones del hecho probado redactado por la Audiencia, impidiendo a las partes y a este Tribunal conocer la razón de tal decisión.

A continuación, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, al examinar el motivo deducido por la parte apelante por infracción de los preceptos sustantivos aplicados (arts. 248, 250.1.6ª y 74 CP), excluye la existencia de engaño y ánimo de lucro en la conducta desplegada por el Sr. Evaristo .

Ello no obstante, aun partiendo del relato de hechos que contiene la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, reproducidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución, concurren en la conducta



del acusado los elementos integrantes del delito continuado de estafa de los arts. 248.1 y 249 CP. En concreto, la utilización de engaño por el acusado y el ánimo de lucro que guio su acción.

2. Como señalamos en la sentencia núm. 828/2014, de 1 de diciembre, la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que el delito de estafa requiere la utilización de un engaño previo bastante con ánimo de lucro, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido en el patrimonio de la víctima (primer juicio de imputación objetiva); y de tal acción tiene que derivarse un desplazamiento patrimonial realizado por el sujeto pasivo del engaño en perjuicio del bien jurídico que tutela la norma penal, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal ontológico o naturalístico), materializándose en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima implica la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva) (SSTS 220/2010, de 16 de febrero; 752/2011, de 26 de julio; y 465/2012, de 1 de junio).

Y en la sentencia núm. 679/2018, de 20 de diciembre, señalábamos que el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal, debe ser entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado (STS 902 / 2013, de 14 de noviembre). También hemos dicho que existe perjuicio económico si se produce un desplazamiento patrimonial en beneficio de una persona y correlativo perjuicio de otra, sea esta o no la directamente engañada. El ánimo de lucro existe aun cuando no sea el sujeto activo del engaño el que en definitiva resulta beneficiado (STS 469/2008, de 9 de julio).

En el caso de autos, la acción del acusado contribuyó de forma decisiva a que la AEAT ingresara en la cuenta de Auriga la devolución del IVA, y no del verdadero sujeto pasivo del impuesto.

Como señala el hecho probado, el Sr. Evaristo , como asesor fiscal de CS y haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó la autoliquidación del IVA que arrojaba un saldo a devolver a favor de CS, pero consignando como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución una cuenta de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L."

Ello supone desde luego engaño a la AEAT, engaño que resultó esencial para que se produjera el desplazamiento patrimonial pretendido. Como indica la Audiencia, el acusado, aprovechando el mecanismo que le brindaba el sistema telemático vía Internet de la AEAT para la presentación por las empresas de las autoliquidaciones del IVA, cumplimentó como gestor de CS el formulario correspondiente en el que aparecía que CS era el contribuyente que solicitaba la devolución del IVA, haciendo constar una cuenta como designada por CS donde deberían ser transferida la cantidad a devolver, de la que en realidad era titular Auriga.

Señala el Tribunal Superior de Justicia para sustentar la no existencia del engaño para la AEAT que "D. Evaristo era colaborador autorizado para la presentación telemática de impresos y solicitudes ante la AEAT, con facultad para actuar en representación de "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.", y en tal condición cumplimentó el modelo 303 para la devolución del IVA correspondiente al cuarto trimestre de la anualidad 2015, con expresión de los datos exigibles y, entre ellos, de la cuenta bancaria para el ingreso de los fondos a devolver; con tales presupuestos, la AEAT había de proceder a la devolución sin necesidad de mayores comprobaciones ni averiguaciones en torno a la relación interna entre contribuyente y colaborador, salvo petición posterior en contrario como ocurrió con la devolución correspondiente al cuarto trimestre de 2016".

Sin embargo, este es precisamente el ardid del que se valió el acusado para apoderarse del dinero que fue ingresado en la cuenta de Auriga. Como expresa el hecho probado, "cumplimentó el modelo oficial 303 en el que, para hacerse con esa cantidad, consignó como cuenta bancaria donde la AEAT debía transferir el dinero de la devolución la num. NUM000 de la que era titular "Auriga Consultoría y Proyectos, S.L.". Cumplimentado de esta forma el modelo, el acusado, haciendo uso de su firma digital como colaborador de la AEAT, presentó esa liquidación a la AEAT por vía telemática el 1 de febrero de 2016, logrando de esta forma que la Administración Tributaria ingresara en la cuenta de Auriga la suma de 2.684'51 euros". Y es precisamente tal artificio lo que llevó a la AEAT a ingresar erróneamente la devolución en una cuenta que no correspondía al contribuyente.

El engaño no tiene solamente una significación positiva, sino también omisiva, de forma que el deber de proporcionar toda la información que sea debida al caso pertenece a quien posee tal información, máxime cuando de ello depende, como en este caso, que llegue a deudor tributario el dinero a abonar por la AEAT procedente de la liquidación del IVA.

El acusado, faltando al deber de lealtad que su actividad profesional le exigía, no actuó en beneficio de CS, a quien representaba. Actuó en beneficio propio simulando actuar en nombre y en beneficio de un tercero, CS, consignando de forma falaz en la solicitud de devolución una cuenta bancaria de Auriga como designada por CS, en lugar de una cuenta de CS. Ello ningún conflicto hubiera suscitado si hubiera transferido a continuación el dinero al tercero, pero era evidente que no era ésta su intención, como después lo demostró.



Se produjo así el desplazamiento patrimonial en perjuicio de CS y en beneficio del Sr. Evaristo , quien con este modo de proceder recibió una cantidad de dinero que de otra forma no habría percibido.

3. Concorre también ánimo de lucro.

La actuación llevada a cabo por el acusado tuvo lugar tras las conversaciones que mantuvo con el Sr. Gervasio sobre la oportunidad de liquidar lo que se debían recíprocamente por el precio de los trabajos de carpintería realizados por el Sr. Gervasio y las cuotas devengadas por los servicios de asesoría prestados por el Sr. Evaristo , que hasta entonces no habían sido satisfechos ni por el uno ni por el otro.

El hecho probado, respetado en este punto por el Tribunal Superior de Justicia, describe la falta de acuerdo en aquellas conversaciones entre el Sr. Gervasio y el Sr. Evaristo sobre las cantidades que recíprocamente se adeudaban. Pese a ello, conociendo la postura del Sr. Gervasio , el acusado decidió hacer suyas las devoluciones del IVA correspondientes a dos trimestres, por importes de 2.684'51 y 2.314'16 euros.

Conocía la existencia de la deuda contraída frente al Sr. Gervasio por los trabajos de carpintería realizados por éste en su domicilio, siendo esta la única explicación ofrecida para entender que durante más de dos años el acusado aceptara el impago de los doscientos cuarenta y dos euros que el Sr. Gervasio debería haberle abonado mensualmente por servicios de asesoría fiscal, laboral y contable, llegando a generar una deuda cercana a los seis mil euros.

También era consciente de las discrepancias existentes entre él y el Sr. Gervasio . Asimismo sabía que el importe de la deuda que éste le reclamaba por los trabajos de carpintería era superior al crédito devengado a su favor por las labores de gestión realizadas a favor de CS.

Por ello lo que perseguía el acusado era el cobro directo de lo adeudado por el Sr. Gervasio sin salvar diferencias sobre importes adeudados y sin compensarlo con la deuda contraída por él como consecuencia de los trabajos de carpintería realizados por el Sr. Gervasio , como así habían acordado.

En definitiva, pretendía obtener lo que no le correspondía al no haberse practicado previamente la liquidación correspondiente.

Por todo ello, procede la estimación del motivo.

4. Tal estimación no obedece exclusivamente a consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo y puede entenderse que sobrepasa los límites de nuestra capacidad revisora fijados por la doctrina jurisprudencial y del TEDH cuando se ha dictado sentencia absolutoria.

Efectivamente, los elementos internos como el dolo o el ánimo o intención determinada que guía la conducta forman parte de la *questio facti* y, por tanto, están afectados por aquéllas limitaciones.

Ahora bien, en el presente caso, no se ha desconocido el principio de inmediación en la práctica de pruebas de carácter personal, pues éstas fueron practicadas precisamente ante la Audiencia Provincial, que llegó a unas conclusiones que ahora han sido recuperadas y reforzadas por este Tribunal.

No se ha procedido a efectuar una nueva valoración de las pruebas. La valoración directa de los medios de prueba presentados por las partes fue realizada en la instancia.

En la sentencia de esta Sala núm. 89/2020, de 3 de marzo, en la que, al igual que ahora sucede, se trataba de anular un pronunciamiento absolutorio dictado por el Tribunal Superior de Justicia frente al fallo condenatorio emitido por un Tribunal del Jurado, explicábamos que "la pretensión de anular el pronunciamiento de apelación en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio, no tropieza con obstáculo alguno -cfr. SSTs 555/2014, 10 de julio y 1043/2012, 21 de noviembre- derivado de la jurisprudencia constitucional y europea, a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría *ex novo* esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable. Esa inicial apreciación jurisdiccional emanada de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones, ha sido sustituida (legítimamente en principio: no ha habido exceso en ello) por el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación. Ahora en casación no se trataría ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino de valorar las razones dadas por el Tribunal de apelación para tachar de carentes de suficiente fuerza convictiva las apreciaciones del Jurado. El Jurado oyó al acusado. Ahora las acusaciones piden que en casación se repongan las inferencias que extrajo el Jurado a partir de los indicios por considerar que estaban suficientemente avaladas por esos hechos externos, -indicios-, que se dieron como probados. En esas condiciones no es aplicable esa doctrina jurisprudencial que invitaría a cuestionarnos si es posible el pronunciamiento reclamado por el Ministerio Fiscal, que conduce a resucitar



una condena anulada, en un recurso extraordinario como la casación no compatible con la audiencia personal del acusado.

Viene bien plasmar un fragmento de una de las abundantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone de manifiesto que ese dato no es en absoluto baladí: " el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000 #, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)". No cabría una primera condena en casación pero sí rescatar una condena anulada.

También esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese tipo de pronunciamientos, sin necesidad de una nueva audiencia al reo en trámite de recurso, como resultaría de una precipitada e irreflexiva aplicación de la doctrina citada. Decía la STS 1385/2011, de 22 de diciembre: " la segunda cuestión es si, en el caso del recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, resolviendo una apelación contra la del Tribunal del Jurado, reviste alguna especialidad en cuanto a la doctrina constitucional afortunadamente consolidada en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa. Al respecto, atendiendo al caso que juzgamos y al recurso del Ministerio Fiscal, es claro que no se pretende de la casación que lleve a cabo una valoración de los medios de prueba personal para determinar si su resultado autoriza la inferencia que afirma los elementos del tipo de homicida. Lo cuestionado es si esa valoración, ya efectuada por quien recibió dicha prueba, es decir por el Tribunal del Jurado, ha sido o no correctamente desautorizada por la sentencia que ante nosotros se recurre y que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia y no la de aquel Tribunal del Jurado.

Pues bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado".

Ese matiz, de tanta relevancia a los efectos de fijar los límites de revisión de esta Sala, adquiere incluso un significado especial cuando de lo que se trata -como en el caso presente- no es de restablecer la condena en la instancia a partir del análisis de la consistencia del armazón probatorio de esa condena, sino de verificar un juicio de subsunción que concluya que los hechos declarados probados por el órgano jurisdiccional ante el que se practicó la prueba, tienen relevancia típica".

CUARTO.- La estimación de un motivo por parte del Tribunal de apelación -atipicidad de los hechos atribuidos al acusado- dio lugar a que fuera innecesario el examen del último motivo alegado por las partes entonces apelantes, D. Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos SL.

Sin embargo, como consecuencia de la estimación del recurso formulado por la Acusación Particular, este Tribunal ha dejado sin efecto la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. Es pues evidente que aquél motivo oportunamente deducido en apelación y que quedó sin respuesta recobra interés para la parte que lo invocó y debe obtener contestación conforme a lo dispuesto en el art. 120.3 CE.

Ello nos lleva a rechazar la posibilidad de "revivir" la condena de la Audiencia Provincial.

Procede por tanto determinar si procede el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para su resolución o si debe ser este Tribunal el que le dé respuesta.

Esta cuestión ya fue resuelta en la sentencia de esta Sala núm. 577/2020, de 4 de noviembre. En ella se examinaban anteriores pronunciamientos de esta Sala (SSTS 299/2013, de 27 de febrero y 735/2018, de 1 febrero), si bien referidos a un recurso sujetos al régimen de recursos vigente antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante Ley 41/2015, de 5 de octubre; a un recurso de casación formulado contra una sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia en un procedimiento de Ley del Jurado. En aquel caso la cuestión se suscitaba en relación a una sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial (art. 847.1 b) LECrim), limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a través del motivo previsto en el art. 849.1º por infracción de ley y siempre que exista interés casacional conforme se infiere de lo dispuesto en el art. 889 párrafo 2º LECrim.

De su contexto podemos extraer las siguientes consideraciones:

1. Debe partirse de la base de que la técnica del reenvío solo se dispone en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que declaramos la existencia de un vicio "in procedendo", un quebrantamiento de



forma, y no en los supuestos de los errores "in iudicando" que son resueltos por esta Sala cuando le han sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión deducida ante el Poder Judicial al que esta Sala pertenece como órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123 CE).

Esta concepción prevista para las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales es trasladada a la casación contra sentencias de apelación, entendiéndose que un paralelismo pleno habría de conducir también a recobrar la instancia anterior, esto es "la segunda instancia". Por ello, anulada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, si ésta dejó motivos de apelación sin resolver, habrán de ser dilucidados en una segunda sentencia dictada por el Tribunal de Casación, que actuaría en ella como Tribunal de apelación, al igual que asume el papel del Tribunal de instancia en la casación ordinaria cuando estima un motivo por infracción de ley y ha de dictar segunda sentencia.

Apoya esta solución el procurar que la resolución del conflicto que comporta todo enjuiciamiento se produzca en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos un reenvío de la decisión al tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional.

2. En determinados supuestos este principio puede quebrar:

2.1. Si se priva con ello a las partes pasivas de capacidad impugnativa. Habrá que comprobar si las partes pasivas han tenido o no oportunidad real y efectiva de impugnación. Lo cual no ocurrirá cuando:

a) Hayan formulado recurso adhesivo de casación o recurso supeditado de casación (ya que falta el gravamen imprescindible para recurrir autónomamente)

b) Si en el escrito de impugnación han manifestado su disconformidad en otros extremos con la sentencia.

2.2. Si este Tribunal no está en condiciones de adoptar todas esas decisiones competencia inicial del Tribunal de instancia, lo que tendrá lugar:

a) Cuando ello suponga hurtar a la primera instancia algunas zonas del debate. Privar a las partes la posibilidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos intermedios que pueden aparecer en el tramo discursivo que va desde el tema solventado en casación hasta todos los pormenores del pronunciamiento resolviendo definitivamente la cuestión. Ello puede acontecer cuando la absolución se produzca por haberse apreciado la prescripción, o por haber considerado que los hechos enjuiciados son atípicos.

En los puntos que resolviere directamente, sin previo pronunciamiento de fondo anterior por la Audiencia, se estaría privando a las partes tanto de la posibilidad de impugnar, como de la oportunidad de que la Audiencia resolviere en primera instancia de una forma más favorable a sus intereses (artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966).

b) Cuando los hechos probados no hayan quedado fijados en su integridad, se hayan dejado puntos sin analizar (por razón de que no era necesario a la vista de la decisión absolutoria que se iba a adoptar), ya que el Tribunal Supremo no puede fijar los hechos probados sin haber presenciado la prueba.

3. En el caso de recursos contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia Provincial, además, deberá tenerse en cuenta que se trata de recursos limitados en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a través del motivo previsto en el art. 849.1º LECrim, por infracción de ley, y a que exista interés casacional conforme se infiere de lo dispuesto en el art. 889 párrafo 2º LECrim.

Se trata de un recurso extraordinario que se abre por motivos tasados y cuya finalidad esencial es la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, unificando la jurisprudencia para garantizar la seguridad jurídica. Por ello, aun cuando la estimación de un recurso por vicio "in iudicando" determine el dictado de una segunda sentencia, ésta debería únicamente limitarse a establecer las consecuencias que de ello deberían deducirse para las partes. Las demás cuestiones suscitadas por las partes, de haber sido resueltas por el Tribunal de apelación, serían firmes y ejecutivas al no ser susceptibles de recurso ante este Tribunal.

QUINTO.- En nuestro caso nos encontramos ante una sentencia dictada en apelación por un Tribunal Superior de Justicia contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial, conforme al nuevo régimen de recursos implantado por la citada Ley 41/2015, de 5 de octubre.

El Tribunal Superior de Justicia dejó sin resolver un único motivo deducido por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 31 bis CP.

El dictado de una sentencia por este Tribunal resolviendo este motivo no priva a las partes pasivas de capacidad impugnativa ya que el acusado, en el recurso de apelación, manifestó su disconformidad con el pronunciamiento condenatorio de Auriga Consultoría y Proyectos SL.



Tampoco supone hurtar a la primera instancia algunas zonas del debate. Todas las partes han tenido la oportunidad de discutir en vía de recurso esos puntos controvertidos. En concreto, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular impugnaron tales cuestiones al contestar el recurso de apelación formulado por la defensa ante el Tribunal Superior de Justicia.

La cuestión planteada es estrictamente jurídica. No se encuentra vinculada a valoraciones probatorias que pueda y deba realizar el Tribunal de apelación.

Además, la resolución del conflicto en este momento evitará una mayor dilación de la causa, al evitar el reenvío de la decisión al Tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional.

Por ello procedemos a resolver el motivo de apelación que quedó pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia.

SEXTO.- Como anticipábamos, el motivo imprejuizado denunciaba infracción de precepto legal. En concreto, discrepan los recurrentes de la responsabilidad penal de Auriga Consultoría y Proyectos SL, que fue declarada por la Audiencia Provincial. Citan como infringido el art. 31 bis CP. Tras glosar determinadas sentencias de esta Sala, únicamente señalan los recurrentes que "siendo el único responsable real de la sociedad el Sr. Evaristo, titular de la mercantil constituida como sociedad limitada junto a su esposa, es decir, se podría decir, unipersonal, por ello si se condenara a la empresa se estaría penando dos veces el mismo hecho, y de ahí que por este motivo igualmente debería dictarse una Sentencia absolutoria para la mercantil Auriga Consultoría y Proyectos, S.L."

El recurrente parte de una base errónea. La consulta directa de los autos (art 899 LECrim) nos muestra (f. 18 y siguientes del Rollo de la Audiencia Provincial) que el Sr. Evaristo aparece como administrador único de la citada sociedad, pero no es socio de la misma. Por el contrario, según certificación registral de la sociedad, consta como socia fundadora de la misma D^a. Paulina, casada con el Sr. Evaristo en régimen de separación de bienes. Dicha fundadora suscribió totalmente las seiscientos veinte participaciones sociales en que se divide el capital social.

Por ello, la condena de la sociedad no supone una doble penalidad para el Sr. Evaristo al no ser éste titular de Auriga Consultoría y Proyectos SL por no tener participación alguna en la sociedad. En consecuencia, el principio non bis in idem no se ve afectado.

El recurrente era administrador único de la sociedad, pero no era socio. Por tanto, en nada le afecta la pena que se imponga a ésta. En este sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 5 de abril de 2017 (asunto *Massimo Orsi y otros*)) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH *Kiiveri c. Finlandia*, de 10 de febrero de 2015, *Pirttimäki c. Finlandia*, de 20 de mayo de 2014 y *Heinanen c. Finlandia*, de 6 de enero de 2015 (párrafo 37).)

SÉPTIMO.- Cuestión distinta es que han sido sancionados con penas de multa tanto el administrador único de la sociedad como autor (art. 31 CP) como la sociedad a la que representa (art. 31 bis CP), por lo que podríamos plantearnos una modulación de las cuantías conforme a lo dispuesto en el art. 31 ter 1 CP para evitar, en su caso, que la suma resultante no fuera desproporcionada en relación a la gravedad del único hecho castigado.

Sobre este particular, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones.

En la sentencia de Pleno núm. 154/2016, de 29 de febrero, al revocar la pena de disolución de una de las personas jurídicas condenadas y dejar subsistente tan sólo la pena de multa, aludía a las previsiones del art. 31 ter. 1, último inciso, CP como vía para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, y añadía que esta modulación no permitiría una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal.

En la sentencia núm. 583/2017, de 19 de julio, en un supuesto en el que dos sociedades de responsabilidad limitada habían sido condenadas por un delito de blanqueo de capitales junto a sus respectivos administradores, la Sala aplicó la modulación y redujo el importe de la multa. Al hacerlo, describía los supuestos en los que se debería aplicar dicha modulación: cuando se imponen multas a personas jurídicas que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son, a su vez, responsables penales y por tanto merecedores de una multa.

En la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, había sido condenada una sociedad limitada y su administrador por un delito contra la Hacienda Pública. Ambos, en el recurso de casación formulado, plantearon, entre otros extremos, que el órgano de instancia no había sopesado la posibilidad de moderar las cuantías de las penas pecuniarias cuando, como era el caso, se imponían tanto a la persona física responsable como a la persona jurídica por cuya cuenta actúa.

Se trataba de un administrador que, además, ostentaba el 50% de las participaciones sociales.

En ella, excluíamos la aplicación del precepto a las sociedades unipersonales en las que la persona física condenada fuera el único titular de la sociedad, ya que estas sociedades generan una problemática distinta pudiendo afectar a principios como el non bis in idem. Y considerábamos que tal supuesto no es equiparable a aquellos supuestos en los que el socio condenado es también administrador, y más aún cuando es socio mayoritario o tiene una posición relevante o significativa. Para estos supuestos es para los que se prevé la modulación de la pena de multa, para evitar, declara la sentencia, un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.

En la citada sentencia también se explica cómo proceder a la modulación. Habrá que individualizar las penas correspondientes a la persona física y a la jurídica y, a continuación, tener en cuenta el "techo infranqueable" y el "suelo".

De esta forma, en relación al techo señalábamos que "la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena".

En cuanto al suelo, indicábamos que "si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in ídem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad."

Finalmente, en la sentencia núm. 118/2020, de 12 de marzo, aparecían condenadas por tres delitos contra la Hacienda pública una sociedad en virtud del art. 31 bis CP y la administradora de tal entidad (art. 31 CP) y a la vez socia en un porcentaje importante (51%), en la que, acogiéndose a la cláusula de modulación de la pena de multa que prevé el art. 31 ter, 1 inciso final CP, el Juzgado de lo Penal había excluido a la persona física condenada de las penas de multa. Por su parte, la Audiencia Provincial había revocado la sentencia en ese particular imponiendo a la acusada además de las penas privativas de libertad, sendas multas.

En esta sentencia se reitera, recordando la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, que uno de los supuestos en los que debe entrar en juego la cláusula moderadora del art. 31 ter, inciso primero, CP es aquel en el que la persona física condenada, que es, a su vez, administradora, es cotitular "de forma relevante" del ente también condenado penalmente. Insiste en que el mandato de "modulación" no autoriza ni para cancelar respecto de uno de los sujetos la multa, ni para rebasar por debajo los mínimos establecidos. Por último, añade, con cita expresa de la jurisprudencia europea antes señalada, que el precepto no plantea un problema de bis in ídem cuando se condena tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo este el único socio.

OCTAVO.- En nuestro caso, recordemos, el Sr. Evaristo no ostentaba ninguna participación en la sociedad. Solo era único administrador, por lo que no debe afectarle la pena que se pueda imponer a ésta.

En todo caso, las penas de multa impuestas no superan el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena. Para la persona física, conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, el máximo de la pena de multa previsto son doce meses (2.160 euros) conforme a lo dispuesto en el art. 250 CP, y el quintuple de lo defraudado (13.422'55 euros) para la persona jurídica (art. 251 bis CP).

El suelo vendría constituido por el triplo de la cantidad defraudada (8.053'53 euros).

La Audiencia Provincial impuso a la persona jurídica la pena de multa en su mínima extensión de 8.053'53 euros y al Sr. Evaristo le impuso una pena de multa de siete meses, muy próxima por tanto al mínimo legal de seis meses, con una cuota de seis euros diarios, lo que supone 1.260 euros. La suma de ambas cantidades asciende a 9.313'53 euros, próximos al límite mínimo (8.053'53 euros) y muy alejados del tope máximo (13.422'55 euros). Por ello únicamente puede concluirse estimando que la exacerbación es mínima y plenamente tolerable.

NOVENO.- La estimación del recurso formulado por la representación de CS Carpinteros 2025, SL. determina la declaración de oficio de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del 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** el recurso de casación interpuesto por la representación de CS Carpinteros 2025, S.L., contra la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) **Declarar** de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por la representación de CS Carpinteros 2025, S.L.

Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1412/2020

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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 Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de enero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 1412/2020, interpuesto por la acusación particular CS Carpinteros 2025, S.L., en la causa con origen en el Procedimiento Abreviado n.º 143/2017, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Granada, seguida por delito continuado de estafa contra Don Evaristo y Auriga Consultoría y Proyectos S.L., la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada dicto sentencia condenatoria el 15 de noviembre de 20108, que fue revocada por sentencia n.º 225/2019 de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación n.º 108/2019, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, los de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados nuestra anterior Sentencia de Casación, procede:



1) Condenar a Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

2) Condenar a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

3) Condenar a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

Todo ello en atención a los mismos razonamientos expresados por la Audiencia Provincial en los fundamentos cuarto, quinto y sexto de su sentencia y en los fundamentos séptimo y octavo en nuestra sentencia de casación.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

1) Condenar a Evaristo, como autor responsable de un delito continuado de estafa, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y siete meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros (1.260 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, y al pago de la mitad de las costas procesales incluidas las causadas a la Acusación Particular.

2) Condenar a Auriga Consultoría y Proyectos SL, como persona jurídica penalmente responsable del mismo delito, a la pena de multa de 8.053,53 (ocho mil cincuenta y tres euros con cincuenta y tres céntimos), y al pago de la otra mitad de las costas procesales.

3) Condenar a Evaristo y a Auriga Consultoría y Proyectos SL a que solidariamente y por mitad entre sí indemnicen a CS Carpinteros 2025 SL en 2.684,51 euros (dos mil seiscientos ochenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos), suma que devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo pago.

4) CONFIRMAR, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 225/2019, de 12 de diciembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

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

Así se acuerda y firma.