



Roj: **SAP PO 228/2018 - ECLI: ES:APPO:2018:228**

Id Cendoj: **36057370052018100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **29/01/2018**

Nº de Recurso: **998/2017**

Nº de Resolución: **28/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE RAMON SANCHEZ HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00028/2018

C/ LALIN Nº 4-1º VIGO

Teléfono: 986 817162-63

Equipo/usuario: MS

Modelo: 213100

N.I.G.: 36057 43 2 2015 0036096

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000998 /2017

Delito/falta: DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Recurrente: Ernesto , Eusebio , Fabio , Felipe

Procurador/a: D/Dª MARIA JESUS TOUCEDO GUISANDE, ANA ESTEFANIA TRABAZO CABALLERO , MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ , MARIA JOSE LORENZO ZARANDONA

Abogado/a: D/Dª ANTONIO LIBOREIRO COMESAÑA, MARGARITA FERREIRA SANCHEZ , ANDRES GONZALEZ-PALACIOS SARDINA , CARLOS DOMINGUEZ PEÑA

Recurrido: ABOGADO DEL ESTADO, MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª ,

Abogado/a: D/Dª ,

SENTENCIA Nº 28/18

=====

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

DÑA. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE

Magistrados/as

DÑA. MERCEDES PÉREZ MARTÍN ESPERANZA

D. JOSÉ RAMÓN SÁNCHEZ HERRERO

=====

En VIGO, a veintinueve de enero de dos mil dieciocho.



VISTO, por esta Sección 005 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por las Procuradoras MARÍA JESÚS TOUCEDO GUISANDE, ANA ESTEFANIA TRABAZO CABALLERO, MARÍA TERESA VILLOT SÁNCHEZ, MARÍA JOSE LORENZO ZARANDONA , en representación de Ernesto , Eusebio , Fabio , Felipe , contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA : 0000352 /2016 del JDO. DE LO PENAL nº: 003; habiendo sido parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes, como apelados el ABOGADO DEL ESTADO, MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. JOSÉ RAMÓN SÁNCHEZ HERRERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha treinta y uno de julio de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a D. Felipe como autor de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del Código Penal , a la pena de 1 año y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 400.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada 10.000 euros o fracción ,así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 4 años.- Que debo condenar y condeno a D. Fabio como autor de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del Código Penal , a la pena de 1 año y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 400.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada 10.000 euros o fracción ,así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 4 años.- Que debo condenar y condeno a la entidad GESTIÓN URBANÍSTICA GALLEGA SLU, como autora de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del Código, en relación con el artículo 31 bis y 310 bis, a la pena de 400.000 euros de multa.- Que debo condenar y condeno a D. Eusebio como cooperador necesario de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del Código Penal , a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 150.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada 10.000 euros o fracción , así como a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 2 años.- Que debo condenar y condeno a D. Ernesto como cooperador necesario de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del Código Penal ,-a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 150.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada 10.000 euros o fracción , así como a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 2 años.-Los acusados indemnizarán solidariamente a la A.E.A.T en el importe de la cuota defraudada, 193.594,72 euros, incrementado con los intereses de demora, de acuerdo con lo preceptuado por la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria .- Se imponen a los acusados las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 16-1-2018.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada, que son del tenor literal siguiente: "La entidad Gestión Urbanística Gallega, S.L.U. (en adelante G.U.G), sociedad con domicilio fiscal en Vigo, en fecha 19 de abril de 2012 vendió en escritura pública otorgada en Madrid ante el Notario D. Pablo. J. Ramallo Taboada a la entidad Sovia Development S.L un edificio en construcción, sito en los números NUM000 y NUM001 de la CALLE000 de la ciudad de Vigo, por precio de 1.085.934,01 euros, más IVA del 18% por importe de 195.468,12, cantidades satisfechas en el momento por la compradora mediante dos cheques bancarios separados del Banco Sabadell Atlántico.- A pesar de esta operación, la entidad G.U.G no presentó en el año 2102 autoliquidaciones del IVA, dejando de ingresar una cuota tributaria por ese periodo e impuesto de 193.594,72 euros, pues solo consta un IVA soportado por valor de 1,587,11 euros, y habría que compensar además 286,29 euros del tercer trimestre



del año 2011.- Aun cuando el acusado Eusebio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, era formalmente el administrador de la entidad G.U.G, en la fecha de la referida venta, y el también el acusado Ernesto , mayor de edad y con antecedentes penales no computable, lo sucedió como administrador a partir del día 18 de mayo de 2012, por lo que ostentaba formalmente el cargo en los momentos en que procedería haber efectuado las declaraciones del IVA, ambos se limitaron a prestar su colaboración consciente como testafierros, aceptando figurar como administradores de la sociedad y firmar cuantas escrituras y documentos les fueron presentados por los acusados Fabio , mayor de edad y sin antecedentes penales, y Felipe , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, que eran los verdaderos gestores de la entidad G.U.G, y tomaron las decisiones relativas a esa venta y al destino del dinero obtenido en esa operación, aun cuando el primero de ellos solo intervino en la compra-venta en representación de la entidad G.U.G, en virtud de apoderamiento conferido por el administrador, y el segundo de ellos carece de cualquier clase de representación legal o poder de la entidad G.U.G".

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se aceptan parcialmente los de la apelada, y

PRIMERO.- En la sentencia dictada en el Juzgado de lo Penal con fecha 31/7/2017 se condenó a D. Felipe , D. Fabio , D. Eusebio y D. Ernesto , así como a la entidad Gestión Urbanística Gallega SLU como autores/cooperadores de un delito contra la Hacienda Pública, por no haber ingresado una cuota tributaria de 193.594,72€ correspondiente al ejercicio de 2012, derivado de la venta de un edificio sito en la CALLE000 de Vigo. Estimó la juzgadora que los dos primeros eran los verdaderos gestores de dicha entidad, y que los dos últimos eran quienes ostentaron formalmente el cargo de administradores sucesivos de la misma.

Frente a dicha resolución se han presentado los siguientes recursos de apelación:

1.- D. Felipe . Este condenado ha planteado en primer lugar la vulneración del principio de presunción de inocencia por ausencia de prueba de cargo suficiente para enervarla y la irracionalidad del proceso deductivo seguido a partir de indicios.

Así, razona que las declaraciones de los coimputados han sido desde el primer momento contradictorias en relación con sus propios actos y con los de los restantes coimputados: Fabio dijo que no tenía tratos previos con Ernesto , en contra de lo manifestado por éste y de la coincidencia en otras empresas, dijo también que las dos primeras facturas se cobraron en efectivo, mientras que ante la Fiscalía había dicho que cobró dos de los tres cheques, o pretendió justificar cobros con cargo a facturas de supuestos trabajos que se han demostrado inexistentes; mientras que Ernesto cambió su declaración con carácter autoexculpatorio; y Eusebio tampoco reconoció en la sala a Felipe ; y también resultan faltos de credibilidad Felicísimo que dijo no conocer a Fabio sino por su presentación en el banco, a pesar de que percibió un corretaje de éste en caja B. dice también que no se acreditó que Felipe hubiera impartido instrucciones u ocupado una posición que le permitiera eludir la declaración de impuestos, y que su presencia se justificaba como posible interesado en el negocio, o relacionado negocialmente.

En otro motivo de recurso articuló el error en la apreciación de las pruebas en relación con otros indicios expuestos en la sentencia. Así, en ésta se critica que no haya aportado la escritura de transmisión de las participaciones de Sabalgo a Saturnino , obviando que dicha escritura consta en los folios 416 y ss., y en los folios 168 y ss. la adquisición del terreno por Sabalgo, así como la declaración de Saturnino . En este motivo también alude a la interpretación dada a la declaración del Sr. Mauricio , empleado de Banco Sabadell por cuando sólo se dio por válida la última declaración y no la primera.

En el siguiente motivo articuló la inadecuada valoración jurídica de los hechos e imputación arbitraria del delito, pues aunque percibió el importe del cheque correspondiente al IVA abonado por la compradora, sería a lo sumo una infracción administrativa puesto que no participó en ninguna operación defraudatoria ni existen datos que permitan afirmar que fuera administrador de hecho de la sociedad.

Como cuarto motivo planteó la indefensión originada por no haberse motivado la cuantía de la multa impuesta, que superaba el doble de la cantidad defraudada.

En el motivo quinto y último suscitó la inaplicación del principio de in dubio pro reo, pues no se ha tenido en cuenta que había vendido un terreno y lo único que percibió fue el valor del terreno, a la vez que criticó las declaraciones de los coimputados y de los testigos.

Se puede deducir que en el fondo se han planteado dos motivos de impugnación, uno referente a la consideración del Sr. Felipe como administrador de hecho de la sociedad, que se articuló en la sentencia en base a una serie de pruebas e indicios que son los que se han criticado en los motivos 1º a 3º y 5º del



recurso, y otro relativo a la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, planteado en el motivo 4º, que se verá más adelante.

2.- D. Fabio . Este recurrente ha planteado el error en la valoración de la prueba y en la aplicación de las leyes por haber sido considerado como administrador de hecho y beneficiario último del dinero obtenido por la venta. En la sentencia se razonó que 74.775€ que transfirió Sebalgo a GUG al final fueron a parar a manos de Fabio y Saturnino y que si bien el primero reconoció en el acto de la vista, haber cobrado 2 de los 3 cheques emitidos por GUG y sostuvo que dichos pagos correspondían a unas obras de limpieza que el Sr. Felipe le había encargado en nombre de GUG, y otras en San Roque, e igualmente que había declarado en su momento estas facturas y presentado el modelo 347, había otros indicios contundentes que permitían desvirtuar ese argumento, pues no habría logrado acreditar la realidad de los trabajos que afirmaba haber realizado para la entidad GUG: D. Juan , empleado de Fabio , refirió en el acto de la vista que "sólo fue a Sanxenxo a poner un cartel", que "no cobró 5000 y pico euros por ello" y que era el "único empleado en Vigo", añadiendo que no vio las referidas obras; y además en una de las facturas se consignó como concepto "comisión por venta".

Dice en el recurso que en esa época estaba dado de alta en el IAE como actividad de "obras sin máquinas y sin más de 4 obreros" y que declaró esas operaciones en las autoliquidaciones trimestrales de IVA con anterioridad a percibir ese dinero, no habiendo acreditado los actuarios de la AEAT que no hubiera realizado los trabajos. Es más, sostiene que se llevaron a cabo mediante subcontratas que identificó en el escrito de apelación y que las facturas no habían sido puestas en duda por la Administración que percibió los importes de IVA correspondientes. Como indicios, toda vez que no aportó pruebas, es que el empleado mencionado reconoció que había colocado carteles y que conocía los trabajos, y que el testigo Sr. Felicísimo reconoció que Fabio realizaba algunos arreglos en San Roque y le había manifestado que tenía que pasar una serie de facturas a la empresa.

Después de matizar el valor probatorio de la declaración de los coacusados, también ha criticado que se haya valorado la declaración sumarial del Sr. Ernesto a pesar de que éste reconoció en el plenario que aquélla la había hecho a sugerencia de Fausto . La juzgadora así lo expuso en relación con el anterior recurrente y admitió su declaración en el acto del juicio oral, por lo que no se admite la razón de la crítica a pesar de que se haya hecho mención a lo que había relatado durante la instrucción, pues no es más que un apunte referencial y existen otros elementos probatorios. En cuanto a las declaraciones de Felicísimo sostiene que lo más que podría deducirse es que realizó labores de *tramitador* , poniendo en contacto a las partes. Admite que existían relaciones con Felipe , pero porque él tenía una inmobiliaria y actuaba como intermediario. En cuanto a Mauricio , que si bien éste dijo que tuvo dos reuniones con Eusebio y Fabio , este último no tenía demasiado que aportar. O que si bien firmó la venta del inmueble, lo hizo con un poder de la entidad, sin que pudiera haberle otorgado ninguno a Juan a pesar de lo que éste pudo haber manifestado (o pudo haberse entendido que manifestó).

En otro motivo de recurso criticó el recurrente la incorrecta aplicación jurídica de la figura del administrador de hecho, que desarrolló como falta de motivación, vulneración de la legalidad e interpretaciones impropias de la ley, pues no se habrían analizado los elementos que requiere la jurisprudencia para considerarlo como administrador de hecho de la sociedad, al menos el referido al ejercicio de esa actividad de forma sistemática y continuada, pues en resumen de la sentencia su actividad de gestión de la sociedad se habría limitado al impago del IVA de esta compraventa que se analiza. También planteó que en todo caso habría cesado en esa actividad en mayo de 2012 cuando entró como administrador Ernesto (a instancias de Felipe) y que el delito se habría consumado en 2013, cuando ya no ejercería ninguna influencia en la sociedad; y que no se razonó que hubiera tenido una posición de garante y con ella la posibilidad de evitar la consumación del delito.

Por último, también criticó la cuantificación de la multa efectuada por la juzgadora de grado.

3.- D. Ernesto . Planteó en primer lugar el quebrantamiento de normas y garantías procesales, por insuficiencia de motivación que causa indefensión y subsidiariamente error en la valoración de la prueba. Estima que los hechos no son constitutivos de delito pues no se ha acreditado que haya intervenido como cooperador necesario, pues los hechos se consumaron con antelación a su incorporación como administrador de GUG el 18/5/2012. También estimó excesiva la multa impuesta dada su contribución de menor relevancia en el hecho típico.

4.- D. Eusebio . Ha suscitado la vulneración del principio de presunción de inocencia y vulneración del derecho a la tutela judicial y efectiva, pues no tuvo participación ni directa ni indirecta ni siquiera indiciariamente en las diferentes gestiones mercantiles que derivaron en el incumplimiento fiscal, pues era un mero hombre de paja sin facultades de gestión y decisión, desconociendo todas la gestiones realizadas. También el quebrantamiento de normas y garantías procesales y error en la apreciación de la prueba, por semejantes razonamientos al anterior.



SEGUNDO.- Para resolver las distintas cuestiones planteadas, hay que hacer primero una serie de afirmaciones con carácter general.

En primer lugar, que la obligada al pago del IVA devengado por la compraventa de la finca era la entidad GUG como sujeto pasivo del impuesto, y no lo hizo. Como es evidente que al ser una persona jurídica sólo puede actuar a través de personas físicas, se plantean problemas de autoría y dolo. Desde una visión teórica del punto de vista subjetivo del delito se exige (STS núm. 374/2017 de 24 mayo, caso Messi) que exista una relación entre el riesgo creado y el resultado típico, que ha de devenir como realización de aquél. Así en los delitos de defraudación fiscal se requiere que entre el hecho y el sujeto exista una relación de autoría, muy particularmente cuando son plurales sujetos los que intervienen en la organización del hecho delictivo respecto de las cuales cabe predicar lo que algún sector denomina diversas «competencias». Ampliando este concepto, dicha sentencia se refiere a los supuestos en que la acción delictiva se despliega en el marco de una organización jerarquizada y compleja en lo económico y en lo jurídico, en cuyo caso la creación del riesgo por la empresa, con pluralidad de sujetos, generalmente relacionados entre sí jerárquicamente, obliga a la búsqueda de criterios de imputación para determinar quién de aquellos es criminalmente responsable, de ahí la referencia a «competencias», prescindiendo de criterios meramente formales, y partiendo de la delimitación de ámbitos de organización dentro de la empresa. En el presente caso han sido condenadas dos personas como autores (Fabio y Felipe) por su condición de administradores de hecho de GUG, y las otras dos (Ernesto y Eusebio) como cooperadores necesarios en su condición de administradores de derecho, estableciendo así la juzgadora que todos tuvieron de algún modo facultades o competencias para haber hecho el pago del impuesto o al menos para no haber frustrado el cumplimiento de esa obligación, de ese deber de contribuir, y actuaron (u omitieron actuar) en contra de ese deber.

También se ha discutido cuál fue la fecha en que debería haberse cumplido esa obligación. La STS núm. 1599/2005 de 14 noviembre analizó la cuestión consumación del delito a efectos de prescripción y dijo que "El delito fiscal, en la faceta que nos ocupa, como infracción del deber de contribuir, se consuma en el momento que vence el plazo legal voluntario para realizar el pago -véanse SSTs del 03/01/2003 y 30/04/2003 -. Y el art. 132.1 CP , antes art. 114 CP 73, señala como dies a quo aquél en que se haya cometido el delito", y para determinar éste afirmó que "el art. 305.2 CP establece que si los períodos impositivos o de declaración son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural; y el art. 172 del reglamento sobre el IVA preceptuaba que el período de liquidación coincidiría con el trimestre natural y que las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada período de liquidación se presentarían durante los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año con referencia al trimestre inmediatamente anterior; y, antes, el art. 172.4.2 perpetuaba que la declaración-liquidación correspondiente al último período del año se habría de presentar durante los treinta primeros días naturales del mes de enero criterios mantenidos, en lo substancial, por la actual normativa", sin que se encuentre fundamento para desligar el art. 305.2 CP de su art. 132.1 CP . La STS núm. 876/2016 de 22 noviembre también dice que el "dies a quo" se concreta en el último día hábil para la presentación, en período voluntario, de la declaración y liquidación del correspondiente impuesto en cuyo ejercicio se considera que ha existido una acción u omisión que implique una defraudación a Hacienda

En la fecha de los hechos, el art. 71 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido disponía en su apartado 3º que el período de liquidación coincidiría con el trimestre natural, y el 4º que la declaración-liquidación deberá cumplimentarse y ajustarse al modelo que, para cada supuesto, determine el Ministro de Hacienda y presentarse durante los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período de liquidación mensual o trimestral, según proceda, con algunas excepciones como que la correspondiente al período de liquidación del mes de julio, se presentará durante el mes de agosto y los veinte primeros días naturales del mes de septiembre inmediatamente posteriores. En el mismo sentido el art. 7 de la Orden EHA/3786/2008, de 29 de diciembre, por la que se aprueban el modelo 303 Impuesto sobre el Valor Añadido, Autoliquidación, y el modelo 308 Impuesto sobre el Valor Añadido, solicitud de devolución. En suma, un régimen semejante al examinado, de forma que si la venta se realizó en abril de 2012, la declaración que debería haberse presentado en los primeros 20 días del mes de julio se remitió como fecha tope al 20 de septiembre de ese año 2012. Cosa diferente es que el importe que puede tenerse en cuenta corresponda al año natural, pero como aquí estamos hablando sólo de esta operación, habría que tener en cuenta esa fecha. Pero no podemos quedarnos sólo en la fecha de consumación del delito si con anterioridad se han realizado actos tendentes a impedirla, hurtando del patrimonio de la sociedad el importe necesario para hacerlo, como de hecho ha sucedido.

Afirmación esta última que nos relaciona con otro extremo que ha merecido un riguroso examen por parte de la Inspección de la AEAT y de la sentencia, y también en consecuencia de los acusados, que es el referido al destino que se dio al dinero abonado por la compradora de la finca. Se emitió un cheque por el importe de la venta (1.085.934,01€) que se ingresó directamente en el Banco Sabadell S.A. para hacer frente a la carga



hipotecaria que gravaba el inmueble, y para el pago del resto -que correspondía al importe del IVA, 195.468,12€- se emitieron dos cheques bancarios del Banco Sabadell a nombre de la entidad "Gestión Urbanística Gallega, S.L.U", uno de 56.964,66€ con el que se hizo frente a la deuda de esta sociedad con el trabajador Sr. Carlos Jesús en cumplimiento de sentencia judicial, y el otro por importe de 138.503,46€ que se ingresó en una cuenta titularidad de la entidad "Gestión Inmobiliaria Sabalgo". Se deduce por tanto que el dinero así abonado no tenía como destino directo el pago del impuesto, pues ya se había separado del mismo el dinero que GUG debía al trabajador, pero el destino que se le dio no puede considerarse irrelevante o insignificante.

Al hilo de este último dato, hay que resaltar que en la documentación electrónica aportada por la AEAT figura la escritura de 7/12/2011 en la que D. Felicísimo , en representación de diversas entidades, vendió a D. Eusebio las participaciones sociales de GUG por importe total de 3€. Se significa que la sociedad estaba en crisis y que el Sr. Felicísimo dijo en su declaración que las negociaciones previas y los tratos referidos a esa venta los hizo con los acusados Felipe y Fabio , y que siempre creyó que eran éstos los compradores, habiendo obtenido la impresión que todos pertenecían a un mismo grupo, existiendo entre ellos una relación de igualdad a la hora de la toma de decisiones. Es importante este dato porque la sociedad carecía de activos monetarios, y si dispuso del dinero para otros fines es que ya no tenía intención de pagar el IVA. Aunque Fabio mencionó en su recurso que en el informe de la AEAT (folio 97) figura una venta en 2012 por importe de 630.994€, lo que se deduce de los apuntes correspondientes es que se había vendido un activo valorado en esa cantidad, por el precio de 1€. También Felicísimo habló de una promoción en Sanxenxo como verdadero activo de la entidad, pero dijo igualmente que se había quedado con todo el Banco Popular por el impago de un préstamo (al folio 97 vuelto aparece un préstamo con este banco por importe de 2.700.000€).

TERCERO.- Aunque en los recursos se han tratado de matizar las pruebas tenidas en cuenta, y de los indicios de corroboración expuestos en la sentencia impugnada, no todos pueden ser interpretados del modo planteado en el recurso, ni sirven para dejar sin efecto el resultado de otras pruebas que también se destacaron en dicha resolución.

Así, la juzgadora relató las distintas versiones dadas por los acusados, que para tratar de evadir su posible responsabilidad han tratado de residenciar la actuación que se les imputa, en otro u otros de ellos (Felipe en Fabio y viceversa sobre el efectivo control de la entidad, y Ernesto y Eusebio en relación con las fechas en que fueron administradores y su intervención respecto al pago del impuesto). Al margen de la validez que ha de darse a la declaración de un coimputado para que sirva de prueba de cargo, que ha sido razonada en la sentencia y a cuya fundamentación nos remitimos, es de destacar que no estamos ante pruebas únicas de imputación, sino que la actividad de cada uno de ellos ha tratado de ser fundada en las declaraciones de varias personas, tanto imputados como testigos, y en la documentación obrante en autos, hasta llegar a un pronunciamiento de condena que, a la vista de dichos elementos probatorios y de los razonamientos seguidos, se confirman en esta alzada.

Así, Felipe ha criticado la versión dada por Fabio de que dijo aquél sería quien tenía totales facultades de disposición y decisión de la empresa (Felipe le atribuye estas facultades a Fabio), pues fue Felipe quien le entregó el poder de GUG firmado por Eusebio exclusivo para esta venta, el día antes de ir a firmar. También que en la notaría estaban Felipe (que llevó las escrituras y las llaves), Eusebio y Felicísimo . Y que el cheque se lo llevó Felipe , a quien acompañó al banco Sabadell junto con Felicísimo . Sin embargo ha obviado referirse a otras pruebas que también destacó la juzgadora, como la declaración que el coacusado Eusebio mantuvo en el acto de la vista, que calificó como contradictoria con lo manifestado en fase de instrucción, de que los tratos los hizo con Fabio , siendo Fabio quien le dijo que iba a ponerlo a su nombre, que el negocio lo llevaba Fabio , pero que creía que Felipe "también estaba en el ajo" y que además en instrucción dijo que "cuando se sintió utilizado comunicó a Fabio y a Felipe que lo quería dejar". O la declaración de Ernesto , que también mantuvo diferentes versiones en fase de instrucción y en el plenario, si bien la juzgadora le dio mayor validez a éstas porque reconoció que aquéllas las había hecho a petición de Felipe a quien quería ayudar, mientras que en ésta dijo que había sido Felipe quien le propuso figurar como administrador en GUG.

Por otro lado, si bien Felipe negó haber tenido relación alguna con la entidad Gestión y que nunca habló con Felicísimo , éste dijo que si bien había vendido la entidad "Gestión Urbanística Gallega, S.L.U" a Eusebio , las negociaciones previas y los tratos referidos a esa venta los hizo con los acusados Felipe y Ernesto , y que siempre creyó que eran éstos los compradores, habiendo obtenido la impresión que todos pertenecían a un mismo grupo existiendo entre ellos una relación de igualdad a la hora de la toma de decisiones. También dijo que en las gestiones llevadas a cabo con el Banco Sabadell, el Sr. Mauricio le presentó al Sr. Fabio y al Sr. Felipe como nuevos interlocutores, siendo a su vez la Notaría quien le puso en contacto con ellos para la venta. Esta versión quedó corroborada en parte con la de D. Mauricio , que trabajaba en el Banco Sabadell, que dijo que tuvo tratos con la entidad Gestión Urbanística Gallega S.L.U. en orden a tratar de financiar unos créditos, añadiendo que no llegaron a acuerdo y que después continuó la referida gestión su compañero Jose Manuel



. Afirma que, tras la venta, Felicísimo le presentó a los dos nuevos propietarios, Felipe y Fabio, quienes gestionaron con él a fin de resolver el tema de la hipoteca, que se había iniciado con el anterior propietario, y que no prosperó, afirmando sin lugar a dudas que Felipe estaba presente en todas las reuniones. Y también con la de D. Jose Manuel, empleado del Banco Sabadell en el momento de los hechos quien refirió que el contrato se formalizó en Madrid y que acudieron dos personas, que una de ellas fue la que firmó y que se les entregaron dos cheques, que él en todo momento habló por teléfono con la misma persona, que no era la que firmó, y que el cheque del IVA se emitió a nombre de la vendedora Gestión Urbanística Gallega S.L.U. Las contradicciones que se han puesto de manifiesto en el recurso entre tales declaraciones no se estiman relevantes, pues de su conjunto y coincidencia se desprende la relevancia que tuvo Felipe en la venta de la finca, en una actuación que no puede considerarse de simplemente testimonial o negocial sino que a través de estas declaraciones se desprende que aparentaba de cara a terceros tener facultades de decisión al menos parejas con Fabio, incluso en el ámbito negocial bancario. Lo que a la vez reforzaría las declaraciones de Fabio y de los otros administradores de derecho a que antes se hizo referencia. Por último, en relación con las dudas que se exponían en el informe de la AEAT sobre el alcance de su actividad, no puede obviarse que se trata del elaborado inicialmente y que no contaba con los mismos elementos probatorios que los empleados en la resolución impugnada y de lo expuesto en el plenario.

Pero no sólo hay esas declaraciones. En la sentencia se aludió también a los Informes de los actuarios D. Celestino y D. Emilio, y de la documentación acreditativa del circuito financiero que siguieron los cheques entregados por la venta. Más en concreto, el IVA devengado de 195.468,12€ fue abonado mediante dos cheques bancarios del Banco Sabadell emitidos a nombre de la entidad "Gestión Urbanística Gallega, S.L.U.", uno para hacer frente a la deuda de esta sociedad con un trabajador, y el otro por importe de 138.503,46€ se ingresó en una cuenta titularidad de la entidad "Gestión Inmobiliaria Sabalgo", sociedad del que era socio y administrador único el acusado D. Felipe, así como única persona autorizada en la cuenta. En ese mismo mes de mayo retiró la cantidad de 63.100 euros según el informe de la AEAT, y realizó a su vez una transferencia en beneficio de la entidad Gestión Urbanística Gallega, S.L.U, el día 15 mayo de 2012 por importe de 74.775 euros, que se ingresaron en una cuenta abierta a nombre de esta sociedad.

La versión exculpatoria de Felipe en orden a justificar el cobro de ese dinero es que la entidad Sabalgo había comprado en escritura fecha 8/7/2011 en la que intervino Fabio en su representación, mediante poder otorgado por Felipe, una finca en Carracedo (Carballeda de Avia, Ourense) por importe de 63.000€ (se hizo constar que la parte vendedora recibió en ese momento la cantidad de 62.946€ en metálico, habiéndose retenido 54€ para pago a uno de los vendedores); y que como Fabio quería adquirirla a su vez, le vendió sus participaciones en Sebalgo a través de Saturnino, por ese importe de 63.100€, si bien la escritura se otorgó unos meses después, y que el resto lo devolvió a Gesturga. Para justificarlo alude a la escritura de 16/1/2013 de declaración de cambio de socio único y de elevación a público de acuerdo de la entidad Sabalgo (folios 416 y ss.), en la que se refiere que el nuevo socio único de la misma era D. Saturnino, por compra de las participaciones sociales que en la misma ostentaba Felipe en escritura de la misma fecha. Sin embargo, tiene razón la juzgadora al resaltar que esa escritura de venta de participaciones no ha sido aportada a las actuaciones, con lo que no se ha podido comprobar cuál fue el medio de pago empleado para el pago de dichas participaciones, o si se daba por recibido con anterioridad, y ello a pesar de haber sido requerido expresamente para ello el acusado (también Fabio en la documentación que aportó al acto del juicio presentó esta escritura de acuerdos sociales y no la previa de transmisión de participaciones).

Aunque la juzgadora rechazó esta versión atendiendo a la falta de relación de Felipe con Sebalgo por causa de dicha transmisión, lo cierto es que ésta tuvo lugar con posterioridad a los movimientos bancarios y cuando aún Felipe era administrador único de dicha entidad. Pero no sólo se fundó en dicho razonamiento, sino que también se basó en que Fabio negó esta operativa, y en que aunque Saturnino la admitió, la había negado en su declaración sumarial del folio 304, sin que este recurrente se haya referido tampoco a esta declaración.

El trasfondo de esta operativa sería que Fabio compró la finca de Sebalgo y que para ello adquirió las participaciones de dicha sociedad propietaria a nombre de Saturnino, y que el dinero en el fondo lo puso GUG (que era la titular del cheque inicial de 138.503,46€, de cuyo importe sólo recibió parte). Aunque pudiera llegar a admitirse esta versión, que se basa fundamentalmente en elementos indiciarios cuya eficacia resulta cuando menos dudosa, se estaría evidenciando que ambos urdieron este procedimiento para vender la finca, y que no sólo Fabio sino también Felipe tenían una gran confianza mutua en tanto que aquél le permitía a éste percibir el importe del cheque y cobrarse el importe de la venta con anterioridad a que tuviera lugar, a la vez que le permitía devolver el sobrante si lo tenía a bien, ello aunque ambos han negado tener tal grado de confianza. Y además es relevante porque con ese acuerdo estaban disponiendo voluntariamente del dinero de GUG para su propia conveniencia, aún sabiendo que ésta carecía de otros activos financieros y que en cambio había adquirido una deuda con Hacienda por el pago del IVA de esa operación, que habían percibido en nombre de la sociedad.



Por tanto, no puede concluirse que esta versión exculpatoria sobre el cobro de esa suma (que no ha sido probada porque faltan algunos elementos documentales como los reseñados) pudiera servir para estimar que la valoración probatoria a que llegó la juzgadora de instancia se haya obtenido de forma irracional o incorrecta y que deba ser soslayada en esta alzada, ni siquiera acudiendo al principio penal de in dubio pro reo, ya que el examen conjunto de los distintos medios de prueba avalan de forma suficiente las facultades de gestión que tenía Felipe en GUG, lo que nos lleva a rechazar el recurso formulado en este extremo por dicho condenado.

En relación a Fabio, además de los testimonios ya mencionados que lo sitúan también en el centro de la trama, con poder de decisión semejante al de Felipe, es importante reseñar que se lucró igualmente con el importe abonado por la compradora de la finca, pues una vez devuelta la suma de 74.775 € por Felipe a GUG, se las arregló para percibir el importe de las facturas discutidas por importe de 30.000€ (junto con los pagos de 35.400€ y 9.140€ a Saturnino, consumieron el total ingresado), ello aún conociendo que la sociedad carecía de cualquier otro numerario con el que hacerle frente, y teniendo las facultades de gestión y decisión que se observan del resto de su actuación, cuando adquirió la empresa y cuando luego acudió a realizar la venta y acordó con Felipe la distribución del dinero, acompañándole a la entidad bancaria. No cabe su exculpación porque hubiera cesado en tales facultades tras el nombramiento de otro administrador propuesto por Felipe, pues ya con su actuación previa había propiciado la situación de falta de monetario de la sociedad, primero permitiendo a Felipe que se cobrase lo que quisiera y después cobrando él esas discutidas facturas, y ello tuvo lugar antes de mayo de 2012.

Por su parte Eusebio es quien era el administrador de derecho en el momento en que se produjeron estas operaciones que propiciaron que GUG quedase sin saldo, pudiendo haberlo impedido y facilitado el pago del impuesto, pues es quien tenía formalmente las facultades de cara a la entidad bancaria, y quien la representaba frente a la Administración pública.

Y Ernesto es quien formalmente había aceptado el cargo en mayo de 2012 y por tanto era quien debía haber realizado la declaración y autoliquidación, no siendo suficiente su afirmación de que ignoraba todo, pues precisamente lo que demuestra esa versión es que aceptó figurar como administrador sólo de cara a terceros, sin pretender conocer el estado de la sociedad ni el cumplimiento de sus obligaciones, lo que nos podría llevar a mantener su imputación en aplicación de la teoría del dolo en su modalidad de eventual en su particular concreción de "ignorancia deliberada" (STS núm. 876/2016 de 22 noviembre), pues era la única operación mercantil realizada en el ejercicio, la venta de un inmueble que no ofrecía ninguna complejidad contable, y que le habría pasado inadvertida a este administrador, que es quien tendría que tributar por ello

CUARTO.- Al individualizar la pena la juzgadora analizó en la actuación de los acusados Felipe y Fabio, por una parte a la falta de antecedentes penales de los mismos y la cuantía defraudada, y por otra al hecho de que los mismos habían interpuesto dos personas como administradores de derecho para no ser identificados en orden a la elusión del impuesto, lo que consideró más grave y conllevó una pena superior a la de los cooperadores, tanto de prisión como de multa.

El art. 305 CP sanciona al autor del delito contra la Hacienda Pública con la pena de prisión de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada. Dijo la STS núm. 1761/2001 de 19 diciembre que tratándose de pena de multa fijada en función del valor del objeto del delito a que se refiere el ap. 1 del art. 52 del CP, deberá motivarse la individualización de la pena pecuniaria, atendiendo a los factores que pondera el ap. 2 del mismo artículo: circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, y situación económica del culpable. En este caso no concurren circunstancias, ni poseemos datos específicos sobre la situación económica de los condenados para hacer una matización específica, ni en los recursos se ha incidido tampoco en este extremo.

Si la cuantía defraudada en este caso ascendió a 193.594,72€, se ha impuesto aproximadamente en el duplo para los dos primeros, mientras que para los cooperadores al reducirse en un grado se ha establecido la cantidad de 150.000€.

Sería lógico que al imponer la pena atendiendo a la gravedad de la infracción, y en ausencia de otros datos, se hubiese guardado una proporcionalidad con la pena de prisión impuesta, por lo que en el caso de los autores debería suponer una pena de multa de 250.000€. En el de los cooperadores al haber reducido un grado, la de 100.000€, considerando que el recurso de uno de ellos ha de beneficiar al otro que se encuentra en la misma situación.

QUINTO.- No se hace pronunciamiento sobre costas.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y de conformidad con el artículo 117 de la Constitución,

FALLAMOS



Estimamos parcialmente los recursos de apelación interpuesto por **D. Felipe , D. Fabio , D. Eusebio y D. Ernesto** contra la sentencia de 31/7/2017 dictada los autos de Juicio Oral nº 352/2016 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo , que revocamos en el único sentido de reducir la pena de multa impuesta a los Sres. Felipe y Fabio a la cantidad de 250.000€, y a los Sres. Eusebio y Ernesto a la de 100.000€, manteniendo el resto de pronunciamientos de dicha resolución, y todo ello sin hacer especial condena al pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese el presente a las partes personadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Expídase testimonio de esta resolución para su unión al rollo de Sala y para su remisión al Juzgado de procedencia, para cumplimiento de lo acordado, tomándose las oportunas notas en los libros registro de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS