



Roj: **SAP MU 280/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:280**

Id Cendoj: **30016370052019100046**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **05/02/2019**

Nº de Recurso: **66/2018**

Nº de Resolución: **17/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00017/2019

ROLLO Nº 66/2018

SENTENCIA Nº. 17

Ilmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

Presidente

D. Juan Ángel Pérez López

D. José Francisco López Pujante

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a cinco de febrero de dos mil diecinueve.

Vista, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, la causa procedente del Juzgado de lo Penal número Dos de Cartagena, seguida en el mismo como Procedimiento Abreviado número 71/2012, antes Procedimiento Abreviado número 30/2010 del Juzgado de Instrucción Número Cinco de San Javier - Rollo número 66/2018-, por delito contra la hacienda pública, contra Don Juan Manuel, representado por la Procuradora Doña Josefa Garcerán Martínez y, en su condición de Letrado, defendido por sí mismo, siendo partes en esta alzada como apelante dicho acusado y como apelados el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don José Manuel Nicolás Manzanares, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal Número Dos de Cartagena, en fecha 6 de marzo de 2018, dictó sentencia en los autos de que este Rollo dimana declarando probados los siguientes hechos: "1- el acusado es Juan Manuel, mayor de edad, sin antecedentes penales a fecha de los hechos, titular del número de identificación fiscal NUM000

2- El acusado, actuando como administrador único de la sociedad "grupo desarrollo regional murciano sociedad limitada", con número de identificación fiscal b 73092686 y con domicilio social en la calle Juan Ramón Jiménez nº 157 de la localidad de Santiago de la Ribera, vendió el 30 de abril de 2004 a la entidad promociones "Ferroví", con posterioridad denominada promociones " Fervi sociedad limitada", un solar de 1760, 66 m cuadrados y treinta plazas de garaje situados en la carretera de Balsicas con calle San Luis y calle



Teruel de la localidad de San Javier, por un importe declarado de 1.165.963,42 euros más 183.554,14€ en concepto de IVA repercutido según se recoge en factura de 2 de abril de 2004 y en escritura pública de la misma fecha otorgada ante Notario. La citada promotora entregó además al acusado 546.916€ en metálico por dicha operación.

El acusado, en su condición de administrador único de la sociedad y guiado por el ánimo defraudatorio no incluyó en la base imponible del impuesto de sociedades del año 2004 el importe real obtenido en la venta, de conformidad con los artículos 4,1, 7,1 y 10,1 de la ley 43/1995, dejando de ingresar la cantidad de 546.916 euros recibidos en metálico por lo que dio lugar a una cuota defraudada a la Hacienda Pública por importe de 191.420,59€".

SEGUNDO.- En el fallo de dicha resolución expresamente disponía: "Condeno al acusado Juan Manuel como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 del código penal a la pena de diez meses de prisión y multa de 175.000€ con la accesoria legal de pérdida del derecho obtener subvenciones o ayudas públicas y a gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social por un periodo de tres años.

Igualmente en concepto de responsabilidad civil, el acusado con la responsabilidad civil directa del grupo desarrollo regional murciano sociedad limitada, indemnizará a la Hacienda Pública del Estado en la cantidad de 191.420,59€, con los intereses previstos en el artículo 26 de la ley general tributaria. Costas, con inclusión de las causadas por la acusación particular".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACION por la Procuradora Doña Josefa Garcerán Martínez, en nombre y representación de Don Juan Manuel, admitido en ambos efectos, y en el que expuso por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento, dándose seguidamente a la causa, por el Juzgado de primer grado, el trámite dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con traslado de los escritos de Recurso a las demás partes personadas para impugnación y plazo común de diez días, remitiéndose seguidamente los autos a este Tribunal, formándose el correspondiente Rollo, con el número 66/2018, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 22 de enero de 2019 su votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los hechos declarados probados por la sentencia apelada, debiendo tenerse por reproducidos, con excepción de los que dicen " *La citada promotora entregó además al acusado 546.916€ en metálico por dicha operación*", y " *El acusado, en su condición de administrador único de la sociedad y guiado por el ánimo defraudatorio no incluyó en la base imponible del impuesto de sociedades del año 2004 el importe real obtenido en la venta, de conformidad con los artículos 4,1, 7,1 y 10,1 de la ley 43/1995, dejando de ingresar la cantidad de 546.916 euros recibidos en metálico por lo que dio lugar a una cuota defraudada a la Hacienda Pública por importe de 191.420,59€*", que se suprimen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al contenido de la sentencia de instancia que condena al acusado, Don Juan Manuel, como autor de un delito contra la hacienda pública del artículo 305 del Código Penal, el mismo, disconforme con el mencionado pronunciamiento judicial, interpone recurso de apelación interesando el dictado de una nueva sentencia por la que se les absuelva libremente, alegando error en la valoración de la prueba e infracción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, a la motivación de las sentencias y a la presunción de inocencia, que desarrolla en doce motivos, por considerar, en síntesis la prueba válida practicada no ha sido de suficiente para considerar que haya cometido la defraudación que se le atribuye y, en definitiva, para vencer la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Muestra el apelante su discrepancia, por considerar que no están acreditados, con los hechos que la sentencia impugnada declara probados relativos a que " *La citada promotora entregó además al acusado 546.916€ en metálico por dicha operación*", y que " *El acusado, en su condición de administrador único de la sociedad y guiado por el ánimo defraudatorio no incluyó en la base imponible del impuesto de sociedades del año 2004 el importe real obtenido en la venta, de conformidad con los artículos 4,1, 7,1 y 10,1 de la ley 43/1995, dejando de ingresar la cantidad de 546.916 euros recibidos en metálico por lo que dio lugar a una cuota defraudada a la Hacienda Pública por importe de 191.420,59€*".



Consideramos que asiste la razón al apelante y que, por tanto, la sentencia apelada debe ser revocada, dictando otra en su lugar absolviéndolo libremente de los hechos enjuiciados, con la consiguiente estimación del recurso.

TERCERO.- Según la Agencia Tributaria (informe elaborado por los Inspectores Don Isidro y Don Íñigo y "Consultivo 213/2009" evacuado por el Servicio Jurídico Regional de la AEAT de Murcia de fecha 8 de octubre de 2009), se habría cometido el referido delito porque la mercantil GRUPO DE DESARROLLO REGIONAL MURCIANO, S.L., dejó de ingresar a la Hacienda Pública la cantidad de 191.420,59 euros por el Impuesto de Sociedades del ejercicio 2004, como consecuencia de haber omitido en la declaración del Impuesto el importe real obtenido por la venta de la finca, concretamente por no incluir la cantidad de 546.916 euros recibidos por dicha mercantil, como vendedora, en metálico de la parte compradora.

Para llegar a esa conclusión la Agencia Tributaria, conforme a un informe del Banco Popular, sucursal de San Pedro del Pinatar, que, en fecha 30 de abril de 2004, concedió a la compradora un préstamo a la promoción por importe de 4.250.000 euros, de los que 1.320.000 euros fueron entregados en el acto, parte de que el precio de la compra era el de 1.622.732 euros más el IVA, teniendo que pagar a la firma de la escritura la cantidad de 1.262.125 euros.

Sin embargo, mantiene la Agencia Tributaria, en la escritura de compraventa, también otorgada el 30 de abril de 2004, se hizo constar como precio el de 1.165.963,43 euros más el IVA, que ascendía a 186.554 euros; y, como quiera que ese mismo día la mercantil compradora, PROMOCIONES FERVI 2002, S.L., hace dos retiradas en efectivo de la cuenta de la misma entidad bancaria, uno por importe de 126.208 euros y otro por importe de 420.708 euros, que suman aquella cantidad de 546.919 euros, ésta fue entregada en metálico a la vendedora y no declarada, como, según diligencia de constancia de hechos de fecha 23 de febrero de 2009, levantada por los actuarios -inspectores- de la Agencia Tributaria Doña Raquel y Don Leovigildo, habrían manifestado los administradores mancomunados de la compradora, Don Melchor y Don Norberto.

CUARTO.- Tal planteamiento de la Agencia Tributaria es asumido por la sentencia apelada con consideraciones tales como " *La documental tributaria que obra en autos, según la cual los administradores de la citada entidad declaran ante funcionarios de inspección tributaria que además del dinero consignado en la escritura pública entregaron dicha cantidad en efectivo al acusado*"; como "(...) *procede dar plena validez a la documental tributaria, por el carácter oficial, expedida por funcionarios públicos y autoridades carentes por completo de cualquier interés en El asunto, y que además no se ha visto puesta en tela de juicio por ningún otro documento público ni privado (...)*"; y como que los informes de aquellos inspectores " *que no dejan lugar a dudas respecto de la comisión del delito fiscal objeto de imputación*".

Pues bien, no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia (v. sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990, nº 76/1990, BOE 129/1990, de 30 de Mayo de 1990, rec. 889/1988; 1960/1988; 695/1985). El expediente de la Agencia Tributaria, en cuanto conjunto de actuaciones administrativas documentadas, no tiene otro carácter que el correspondiente a una denuncia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 5 de diciembre de 2002, nº 2069/2002, rec. 594/2001).

Y en este caso no se ha tenido en cuenta, tampoco por la sentencia apelada, que el contrato de compraventa fue precedido de otro de opción de compra entre las mismas partes, de fecha 1 de marzo de 2012, aportado por la defensa, no impugnado y reconocido por todas ellas, en el que se fijaba el precio de la compraventa en la indicada cantidad de 1.622.732,68 euros. Fue con este contrato que se gestionó el referido préstamo a la promoción y explica que el Banco Popular considerara ese como precio de la compraventa. Sin embargo, en el contrato de opción de compra también preveía el descuento del precio de las cantidades de 162.273,26 euros, "a modo gracioso, sólo para el caso de que el comprador final sea exclusivamente PROMOCIONES FERROVI 2002, S.L.", y de 294.495,98 euros, en concepto de "pronto pago". Las dos condiciones para esos descuentos se dieron: la compradora fue PROMOCIONES FERROVI 2002, S.L., y, venciendo la opción de compra en el mes de abril de 2004, ya hemos señalado que el 30 de abril de 2004 fue otorgada la escritura pública de compraventa y pagado el precio. Así pues, de éste, estipulado en la opción de compra, había que deducir aquellas dos cantidades, resultando un precio a pagar de 1.165.963,44 euros más el IVA, es decir, el mismo que fue declarado en la escritura de compraventa -con la diferencia de 1 céntimo-.

Sería mucho especular, además en contra del reo, acerca de si, al firmarse la opción de compra el 1 de marzo de 2002, es decir, más de dos años antes de la compraventa, las partes establecieron aquellas estipulaciones sobre los descuentos sabedoras de que éstos eran ficticios, que realmente no se iban a hacer y que sólo era



una forma de que la compradora entregara "en negro" una parte del precio, tratando de defraudar a Hacienda. Y más aun si se tiene en cuenta que las negociaciones se hicieron a través de una inmobiliaria -que, por cierto, tendría derecho a la correspondiente comisión- y que la opción de compra se concedía con la facultad de PROMOCIONES FERROVI 2002, S.L., de transmitirla a terceros, previa comunicación por escrito a GRUPO DE DESARROLLO REGIONAL MURCIANO, S.L., dentro del plazo establecido para el ejercicio de opción de compra, en cuyo caso ya quedaba automáticamente excluido el primero de los descuentos y el otro dependía de la actitud de la cesionaria; y que la dos cantidades descontables del precio suman la cantidad de 456.769,24 euros, que no coincide con la cantidad que se dice no declarada de 546.919 euros.

QUINTO.- De lo expuesto se colige que, aunque es cierto que los administradores de PROMOCIONES FERROVI 2002, S.L., llevaron a cabo aquellas dos retiradas en efectivo de por importes de 126.208 euros y 420.708 euros, no se puede asegurar que ese dinero fuera entregado a GRUPO DE DESARROLLO REGIONAL MURCIANO, S.L..

Y ello, pese a lo que los administradores de PROMOCIONES FERROVI 2002, S.L., manifestaron a los inspectores y recoge aquella diligencia de constancia de hechos de fecha 23 de febrero de 2009.

Ciertamente, las declaraciones prestadas en el juicio oral por quienes han intervenido en el expediente de la Agencia Tributaria y en las actuaciones que en él aparecen reflejadas pueden ser valoradas por el Tribunal como una prueba testifical que complementa, y al mismo tiempo introduce válidamente en el juicio oral, los datos que consten en el expediente (v. la citada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002); y en este caso los dos referidos administradores, Don Melchor y Don Norberto declararon en el plenario.

Ahora bien, también declararon en el Juzgado de Instrucción, y en ésta ya no se mostraron tan contundentes como ante los inspectores de la Agencia Tributaria, pues, si bien reconocen que se pagó en efectivo una cantidad, o no cree que fuese tanta cantidad como la indicada -de 546.916 €, caso del Sr. Melchor, o asegura que no pudo ser ésta la que se entregó en efectivo, caso del Sr. Norberto. Estas manifestaciones, además, han de ser puestas con el dato de que, como pone de relieve la propia Agencia Tributaria, si el precio total de la compraventa declarado en la escritura que la documenta es de 1.352.517,57 euros (IVA incluido), se hizo un pago previo de 162.272,46 euros y el mismo día 30 de abril de 2014 fue librado un cheque por importe de 1.164.289,65 euros (v. f. 96 y 287), cantidades estas dos que suman 1.326.562,11 euros, hay una diferencia de 25.955,46 euros, que justifica una entrega en efectivo -en aquel u otro momento- que podría corresponderse a esta cantidad. Y, una vez en el plenario, ambos testigos no ratifican lo manifestado en aquella diligencia y niegan que se pagara mayor precio del declarado en la escritura, niegan que hubiera "dinero negro" en la operación.

Todo ello ha de ser cohonestado con lo ya comentado en relación con el contrato de opción de compra y, además, con los testimonios de los otros socios de la mercantil GRUPO DE DESARROLLO REGIONAL MURCIANO, S.L., Don Torcuato y Don Jose María, negando también entrega de dinero fuera del precio de la escritura, y de Don Carlos Jesús, que acompañó al ahora apelante -con otros empresarios-, desde su salida de Almería hasta San Javier, para ver unos terrenos, y, antes, a la notaría para el otorgamiento de la escritura, tras lo cual se fueron a ver los terrenos, y asegura que el acusado no llevaba maletín o bolsa para llevar dinero en efectivo -dinero negro- o que les dijera algo en ese sentido; quedando así reforzada la conclusión anticipada.

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 y 240-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se declaran de oficio las costas de ambas instancias.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Josefa Garcerán Martínez, en nombre y representación de Don Juan Manuel, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número Dos de Cartagena en el Procedimiento Abreviado número 71/2012, antes Procedimiento Abreviado número 30/2010 del Juzgado de Instrucción Número Cinco de San Javier, de que dimana el presente Rollo, la que es de fecha 31 de octubre de 2018, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma, dictando otra en su lugar por la que debemos absolver y absolvemos libremente de los hechos enjuiciados a Don Juan Manuel, declarando de oficio las costas procesales ocasionadas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno, y, con certificación de la presente para su ejecución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia.



Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ