



Roj: **STS 643/2022 - ECLI:ES:TS:2022:643**

Id Cendoj: **28079120012022100133**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2022**

Nº de Recurso: **926/2020**

Nº de Resolución: **145/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 14626/2019,**
STS 643/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 145/2022

Fecha de sentencia: 17/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 926/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 926/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 145/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 926/2020 interpuesto por los acusados D. Onesimo , y D^a Eugenia , representados por el procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuan, bajo la dirección letrada de D. Narciso Trenado Seara, contra Sentencia núm. 680/2019, de fecha 23 de octubre de 2019, aclarada por auto de 29 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo Procedimiento Abreviado 89/2017, dimanante de las Diligencias Previas nº 4645/2014 del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de L'Hopitalet de Llobregat, por delitos contra la Hacienda Pública.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL** y como partes recurridas, **D. Sergio** , representado por la Procuradora D^a. Laura Albarran Gil, y **La Agencia Estatal de Administración Tributaria**, representada por el Abogado del Estado, D^a. Eva María Fernández Cifuentes.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de los de L'Hopitalet de Llobregat, instruyó las Diligencias Previas número 4645/2014, una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, para su enjuiciamiento en el Rollo Procedimiento Abreviado, número 89/2017, cuya Sección dictó Sentencia número 680/2019 en fecha 23 de octubre de 2019, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" PRIMERO.- El acusado Onesimo , mayor de edad, de nacionalidad española, con D.N.I. nº NUM000 y sin antecedentes penales, en el ejercicio 2010, con plena conciencia y voluntad, y con el ánimo de eludir el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de los correspondientes impuestos ocultó parte de la actividad económica realizada por la sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria "GALILEO 2001 S.L." constituida mediante escritura pública de fecha de 31 de diciembre de 1997 de la que era administrador único, al tiempo que consignó cuotas de IVA soportadas ficticias, logrando así eludir el pago de 627.178,66 euros (año 2010) y 164.462,80 euros (año 2011) por razón del reseñado impuesto.

A través de su administrador, GALILEO 2001 S.L presentó dentro del término las autoliquidaciones correspondientes al primer y cuarto trimestre IVA de 2010 y fuera de término el resto, resultando una cuota a ingresar de 55.879,77 euros.

Respecto al IVA de 2011 presentó dentro de término legal las autoliquidaciones correspondientes a los dos primeros trimestres con resultado de una cuota a compensar de 240,12 euros.

Fuera de término, una vez empezada la inspección, presentó autoliquidaciones complementarias de los dos primeros trimestres del 2011, y declaración del tercer y cuarto trimestre de 2011, así como declaración resumen anual, con un resultado a compensar de 28.689 euros.

SEGUNDO.- La defraudación tributaria se llevó a cabo, por un lado, no consignando

Galileo 2001 S.L., a través de su administrador el Sr Onesimo , ni en la contabilidad de la mercantil ni en las declaraciones presentadas, el total de IVA devengado y cobrado en las operaciones comerciales realizadas en los ejercicios de 2010 y 2011 y, por otro, actuando concertadamente con el también acusado Sergio , propietario de un grupo de empresas, consignando cuotas de IVA soportado ficticio que tenían soporte en supuestas operaciones comerciales mantenidas con mercantiles titularidad del Sr Sergio que no se correspondían con adquisiciones reales de bienes o servicios efectivamente realizados, operaciones que supuestamente habrían tenido en el ejercicio de 2010 un montante económico de 3.806.175'20 euros y de 354.000 euros en el de 2011 y que determinaron un IVA soportado ficticio de 400.735'20 euros en 2010 y de 54.000 euros en 2011.

TERCERO.- Durante los ejercicios fiscales de 2010 y 2011 "Galileo 2001 S.L." realizó la siguiente actividad económica:

VENTA DE INMUEBLES:

Durante el ejercicio fiscal de 2010 la mercantil transmitió 82 inmuebles por importe de 9.018.981'13 euros, devengando y cobrando un IVA de 831.310 euros.

Durante el ejercicio fiscal de 2011 la mercantil transmitió 23 inmuebles por importe de 3.475.838'07 euros, devengando y cobrando un IVA de 286.067'05 euros.

ALQUILER DE INMUEBLES:



En los ejercicios de 2010 y 2011 repercutió y cobró cuotas de IVA por importe de 16.998'86 euros y 8.980'04 euros, respectivamente, procedentes del arrendamiento de inmuebles de su propiedad, no consignando tales sumas en los libros de facturas emitidas de IVA ni en las declaraciones anuales presentadas a efectos de IVA de dichos ejercicios.

Como consecuencia de todo ello, en el ejercicio fiscal de 2010, "Galileo 2001 S.L." consignó en sus autoliquidaciones un IVA devengado de 353.732'73 euros cuando las cuotas realmente devengadas fueron de 848.309'05 euros. Por lo que respecta al ejercicio fiscal de 2011, consignó en sus autoliquidaciones un IVA devengado de 41.813'82 euros cuando las cuotas realmente devengadas fueron de 295.047'45 euros.

Por lo que al IVA soportado se refiere, "Galileo 2001 S.L." consignó en sus autoliquidaciones en el ejercicio fiscal de 2010 un IVA soportado de 297.852'96 euros cuando las cuotas realmente soportadas fueron de 165.250'62 euros, en tanto en el ejercicio de 2011 declaró en las autoliquidaciones de los dos primeros trimestres un IVA soportado de 42.053'94 euros, presentando unos libros con IVA deducible de 182.837'14 euros, cuando el IVA realmente soportado fue de 130.584'65 euros.

CUARTO.- Atendida la real actividad económica de la mercantil "Galileo 2001 S.L.", la obligada tributaria debería haber realizado por IVA la siguiente liquidación:

EJERCICIO 2010

BASE IMPONIBLE: 9.238.961; IVA REPERCUTIDO 848.309,05; IVA SOPORTADO 165.250,62.

Al haberse autoliquidado por importe de 55.879,77 euros, la cuota defraudada ascendió a 627.178'66 euros.

EJERCICIO 2011

BASE IMPONIBLE: 3.588.093,07; IVA REPERCUTIDO: 295.047,45; IVA SOPORTADO: 130.584,65.

Al no haberse autoliquidado suma alguna, la cuota defraudada ascendió a 164.462,80 euros.

QUINTO.- Según el análisis realizado de las cuentas titularidad de Galileo 2001 S.L., se constata la entrada en las mismas de los importes satisfechos en concepto de IVA, y, de esas mismas cuentas se produce en fecha de 23 de mayo de 2011 una transferencia por importe de 216.647,05 euros a una cuenta de titularidad de la acusada Eugenia, existiendo a su vez, a lo largo del ejercicio 2010, transferencias por importe total de 1.936.178,18 euros a una cuenta de titularidad conjunta de Onesimo y Eugenia.

A su vez, desde la mencionada cuenta conjunta, se hicieron traspasos a una cuenta de titularidad exclusiva de la Sra. Eugenia por importe de 408.894,03 euros y a una cuenta de la entidad CONDAL BUILDING. S.A., cuyo representante es Bartolomé, por importe de 289.000 euros, y pagos a Bienvenido por importe de 21.000 euros.

No obstante, y a pesar de éstas transacciones, no medió relación comercial alguna entre GALILEO 2001 S.L., Eugenia, CONDAL BUILDING Y Bienvenido.

SEXTO.- No ha quedado acreditado que la también acusada Estibaliz, aún cuando ostentaba el cargo de administradora de una de las sociedades propiedad de su padre Sergio, en concreto de Marva Vallés S.L., conociese que la facturación librada por la mercantil en la que aparecía como administradora, no respondiese a operaciones comerciales reales."

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

"QUE DEBEMOS ABSOLVER A LA ACUSADA Marí Juana DE LOS DOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA DEL ART 305 CP DE LOS QUE VENIA SIENDO ACUSADA CON TODOS LOS PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES INHERENTES.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A LOS ACUSADOS:

1. Onesimo EN CONCEPTO DE AUTOR POR

1.UN DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA DEL ART 305 CP VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS EN SU MODALIDAD AGRAVADA RELATIVO AL EJERCICIO DE 2010 a la PENA de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION CON LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y MULTA DE 1.254.357,32 € (UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE CON TREINTA DOS CENTIMOS) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE CIENTO OCHENTA DIAS EN CASO DE IMPAGO. ASIMISMO SE LE IMPONE LA PENA ACCESORIA DE TRES AÑOS POR LA PERDIDA DE OBTENER

SUBVENCIONES O AYUDAS PUBLICAS, Y DERECHO DE GOZAR DE BENEFICIOS O INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.UN DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA DEL ART 305 CP VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS RELATIVO AL EJERCICIO DE 2011 a la PENA de UN 45 / 48 AÑO DE PRISION CON LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y MULTA DE 164.462,80 (CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS CON OCHENTA CENTIMOS) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE CIENTO OCHENTA DIAS EN CASO DE IMPAGO. ASIMISMO SE LE IMPONE LA PENA ACCESORIA DE CUATRO AÑOS Y SEIS MESES POR LA PERDIDA DE OBTENER SUBVENCIONES O AYUDAS PUBLICAS, Y DERECHO DE GOZAR DE BENEFICIOS O INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2. Sergio EN CONCEPTO DE COOPERADOR NECESARIO A

1.UN DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA DEL ART 305 CP VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS EN CONCEPTO DE COOPERADOR NECESARIO EN SU MODALIDAD AGRAVADA RELATIVO AL EJERCICIO DE 2010 a la PENA de UN AÑO DE PRISION CON LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y MULTA 1.254.357,32 € (UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE CON TREINTA DOS CENTIMOS) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE CIENTO OCHENTA DIAS EN CASO DE IMPAGO. ASIMISMO SE LE IMPONE LA PENA ACCESORIA DE DOS AÑOS POR LA PERDIDA DE OBTENER SUBVENCIONES O AYUDAS PUBLICAS, Y DERECHO DE GOZAR DE BENEFICIOS O INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2. UN DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA DEL ART 305 CP VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS Y EN CONCEPTO DE COOPERADOR NECESARIO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO DE 2011 , a la PENA DE SEIS MESES DE PRISION CON LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO Y MULTA DE 164.462,80 (CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS CON OCHENTA CENTIMOS) CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE CIENTO OCHENTA DIAS EN CASO DE IMPAGO. ASIMISMO SE LE IMPONE LA PENA ACCESORIA DE UN AÑO POR LA PERDIDA DE OBTENER SUBVENCIONES O AYUDAS PUBLICAS, Y DERECHO DE GOZAR DE BENEFICIOS O INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

3. Eugenia

SE LA CONDENA EN CUANTO PARTICIPE A TITULO LUCRATIVO MANTENIENDO LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE FORMA SOLIDARIA CON EL RESTO DE ACUSADOS Y CON UN LIMITE de 625.541,08 euros (SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN EUROS, OCHO CENTIMOS)

LOS ACUSADOS INDEMNIZARAN CONJUNTA Y SOLIDARIAMENTE A LA HACIENDA PUBLICA EN LA CANTIDAD DE 791.646, 46 € (SETECIENTOS NOVENTA UN MIL EUROS SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON CUARENTA Y SEIS EUROS) CON RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD GALILEO, S.L. CON LOS CORRESPONDIENTES INTERESES DE DEMORA TRIBUTARIA de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.6 de la LGT.

3

Se imponen a cada uno de los acusados 2/3 de las costas causadas por los dos delitos contra la Hacienda Pública por los que han resultado condenados

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días."

TERCERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 29 de noviembre de 2019, dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

-ANTECEDENTES-

"ÚNICO. -Dictada por el Tribunal sentencia de fecha 23 de octubre de 2019 en la causa arriba referenciada, en la misma se fijó como nombre y apellidos de uno de los acusados el de D^a Marí Juana , cuando en realidad la misma se llama Estibaliz , reseñándose igualmente como Procurador de dicha acusada y del también acusado D. Sergio a D^a Carla Suárez Nart cuando en realidad el Procurador de la primera fue D^a Margarita Ribas Iglesias y el del segundo D^a Elisa Rodés Casas, habiéndose interesado la aclaración de la sentencia rectificando tales errores."

-PARTE DISPOSITIVA-

"LA SALA, por ante mí, el Letrado de la Administración de Justicia, DIJO: SE ACLARA la sentencia de 23 de octubre de 2019 dictada por el Tribunal en la causa arriba referenciada, en el sentido de que en todos los



lugares de la misma en que se hace constar como nombre de una de las acusadas el de Marí Juana , debe entenderse puesto Estibaliz , así como donde se dice que la Procuradora de la misma y del también acusado Sergio era D^a Carla Suárez Nart, debe entenderse dicho que el Procurador de la primera era D^a Margarita Ribas Iglesias y el del segundo D^a Elisa Rodés Casas.

Notifíquese el auto al Ministerio Fiscal, y demás partes en la causa."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legales de los acusados D. Onesimo , y D^a Eugenia , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribuna Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero y Segundo.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim y del nº 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalando los artículos 24.1º, 24.2º y 25 de la Constitución como infringidos por vulneración de la presunción de inocencia de mi defendido, la tutela judicial efectiva, a no causar indefensión, a la legalidad, el derecho a un proceso con todas las garantías, y al principio *in dubio pro reo*.

Por vulneración del principio constitucional recogido en el Artículo 120.3 de la Constitución Española por falta de motivación, con sede procesal en el Artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose en este momento procesal por estimar que es acreedora del mismo la propia Sentencia.

Motivo Tercero.- Del art. 849.2º de la LECrim, que autoriza la interposición del recurso de casación cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios .

Motivo Cuarto y Quinto.- Infracción de ley, al amparo del Art. 849.2º de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 305 del Código Penal.

Infracción de ley, al amparo del Art. 849.2º de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 122 del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Abogado del estado solicito tener por impugnado el recurso de casación, y que tras los trámites correspondientes, se desestime íntegramente.

El Ministerio Fiscal queda instruido del recurso formalizado, solicitando la impugnación de los motivos del recurso de casación, interesando su INADMISIÓN, y subsidiariamente, su DESESTIMACIÓN.; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 26 de enero de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Los dos primeros motivos se formulan al amparo del art. 852 de la LECrim y 5 de la LOPJ, por infracción de los art. 24.1 24.2 y 25 de la CE, vulneración del principio de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, legalidad, derecho a un proceso con todas las garantías y del principio *in dubio pro reo*.

Se afirma por el recurrente que no ha quedado probado en modo alguno, en el acto del plenario, el elemento subjetivo del injusto, ni por la Administración Tributaria ni por el Ministerio Fiscal se acredita el mismo, atendiendo a las circunstancias concretas que han concurrió en el presente caso. Ninguna prueba de la pretendida culpabilidad puede inferirse de ninguno de los elementos y comportamientos anteriores, coetáneos o posteriores a los hechos.

También se afirma que nada se recoge en el relato fáctico respecto a la absoluta falta de formación que el acusado tiene y nulos estudios básicos, pues no tiene apenas estudios, ni mucho menos formación fiscal. No se dice nada respecto a que ninguna ocultación de bienes o ingresos opacos haya surgido de la actuación investigadora de la Hacienda Pública respecto a la conducta del Sr. Onesimo . No ha habido ningún dolo o voluntad de defraudar, lo que ocurrió es que estuvo mal asesorado por su gestoría. Se alega que no ha sido necesaria una verdadera actividad inspectora para poner al descubierto la realidad de las cifras de IVA devengado y soportado. Que para determinar el IVA devengado en las transmisiones de inmuebles era suficiente acudir a los datos de las escrituras que constan en el Índice General de Notarios.



2. Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en sentencia SSTS 615/2016, de 8 de julio, 200/2017, de 27 de marzo, 376/2017 de 20 de mayo, que "ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto: -En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad. -En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. - En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos recordado en la sentencia 35/2020, de 6 de febrero, con citas de las SSTS 458/2009 de 13 de abril y 131/2010 de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98, 117/2000, SSTS. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

3. Los hechos objetivos no son controvertidos. No se discute la realidad económica subyacente, ni su trascendencia fiscal en el ámbito del IVA, ni el hecho de que las declaraciones presentadas por el acusado como administrador del sujeto pasivo obligado "GALILEO 2001, S.L." no reflejasen la realidad económica y fiscal de la sociedad, como tampoco la regularización propuesta por los servicios de inspección de la Agencia Tributaria y que es acogida en la sentencia, solo se discute el dolo.

3.1. Como se trata de un elemento del delito de naturaleza interna, perteneciente a la subjetividad del autor, hay que acudir, inevitablemente, a datos objetivos, externos y acreditados de los que deducir su concurrencia. Y eso es lo que hace la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Tercero, donde dedica específicamente al recurrente Onesimo un apartado.

El Tribunal, afirma que dada la trayectoria profesional del acusado es obvio, comprando y vendiendo inmuebles, que conoce perfectamente su obligación de ingresar en la Hacienda Pública los IVA que devenga con sus actividades, aplica para ello la "teoría de la inferencia" para averiguar el elemento interno dependiente de la voluntad del sujeto y hace constar que " *la conclusión no puede ser que otra que apreciar su concurrencia en el acusado Sr. Onesimo. Obra a los folios 159 y ss, declaración del Sr. Onesimo y la Sra. Eugenia en fecha 18 de diciembre de 2014 en sede de instrucción. En la misma el Sr. Onesimo admite su condición de obligado tributario como administrador de la empresa Galileo, y da cuenta de un conocimiento más que razonable sobre la tramitación fiscal en el interior de la empresa que dirige sin que haya dudas sobre su control y poder de decisión en todos los ámbitos de su frente.*"

Por otro lado, la versión del acusado en el plenario fue que la falta declaración del IVA devengado proveniente de las ventas de inmuebles y de los alquileres que percibía, se debía a que el Banco de Santander se lo retenía, y le



masacraba con excesivos intereses en la financiación de la promoción de las obras, siendo su única pretensión llegar a un acuerdo con los trabajadores y poderles pagar, y por ello transfirió parte del dinero a otras cuentas, como la de su esposa. Se analiza por la Sala la testifical del director del Banco de Santander, quien declaró que como cliente le facilitaban "préstamo promotor" hasta que llegó un momento que dejó de ser su cliente porque pasó al departamento de morosos, y que el Banco que no retenía el IVA porque se trataba de una operación entre terceros, y es ilegal.

También contó la Sala con el Informe del Equipo de Delito Fiscal de Cataluña suscrito como actuario por D. Juan Ramón, del que se desprende una defraudación en el impuesto del IVA mediante el procedimiento de ocultar en su contabilidad el total IVA devengado y cobrado en operaciones de venta de inmuebles (105 en total) entre los años 2010 y 2011 consignando además cuotas de IVA soportadas ficticias y dejando de ingresar por ello a la Hacienda Pública un importe superior a 120.000 euros. En definitiva, se apunta que se ocultó IVA devengado y que generó un IVA soportado ficticio durante esos ejercicios correspondientes a los años 2010 y 2011. Se analiza toda la pericial practicada por el Equipo de Delito Fiscal en la cual se glosan todas las operaciones fraudulentas detectadas. Y se concluye con el análisis del testimonio de la inspectora del Equipo de Delito Fiscal, D^a Evangelina que ratificó su informe de 24.7.2014, manteniendo, íntegramente, el mismo criterio que los actuarios. Así declaró " *que el resultado de la investigación de la sociedad GALILEO 2001, S.L en relación a los ejercicios 2010 y 2011 aportó las mismas conclusiones que las que llegaron los actuarios del equipo de Delito Fiscal de Cataluña.*"

Tras el análisis de toda la prueba practicada, el Tribunal, con acierto, infiere la concurrencia de dolo en la conducta del Sr. Onesimo, la cual deduce de una pluralidad de indicios que hemos referido, e insiste en que la documental evidencia que el mismo asistió personalmente en cuanto administrador único de la mercantil a la otorgación de las escrituras de compraventa de las 105 operaciones. Por tanto, era plenamente consciente de haber recibido el pago del IVA en las 105 operaciones, y era plenamente conocedor que debía incluirlos, en tanto repercutidos, en sus declaraciones de IVA, y pese a ello, no lo hizo, sin que afecte a ello la descapitalización posterior de la empresa porque no se trata de no pagar la cuota por estar descapitalizado sino de no declarar pese a estar obligado a ello.

3.2. Por otro lado, se alega en el recurso que el acusado carece de formación fiscal y de estudios básicos. La alegación carece, como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal, por completo de apoyatura probatoria, es una mera y simple afirmación exculpatoria, además sea cual sea la formación del acusado, esta le ha permitido administrar una sociedad y desarrollar una actividad económica de cierta importancia. Ya se ha dicho antes que la capacidad que se le supone para dirigir y administrar la sociedad, desarrollar una actividad de promoción inmobiliaria, relacionarse con terceros y suscribir contratos de muy distinta naturaleza, se le supone, igualmente, para cumplir con las básicas obligaciones fiscales que de esas actividades de derivan.

La misma ausencia probatoria existe sobre la alusión relativa que había sido mal aconsejado por su gestoría, se trata de una afirmación con una intención claramente exculpatoria carente de base probatoria.

Por último, apuntar, que es claro que la mayor o menor dificultad que tengan los órganos de inspección de la Agencia Tributaria para el descubrimiento del fraude no es criterio determinante de la existencia de delito fiscal, pero, es más, en este caso los peritos expusieron en el juicio todo el trabajo llevado a cabo, el cual se deduce del informe que obra en autos -examen de las escrituras, de las cuentas corrientes de la sociedad, de las declaraciones fiscales de operaciones con terceros, de la contabilidad, libros registro de la sociedad- y también hay que tener en cuenta toda la actividad llevada a cabo para constatar la irrealidad de las facturas que indebidamente se dedujeron y de la falta de actividad real de las sociedades que las emitían.

Los motivos se desestiman.

SEGUNDO. - 1. El tercer motivo se basa el art. 849.2º de la LECrim, que autoriza la interposición del recurso de casación cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos.

Se afirma con carácter general que la documental obrante en la causa refleja, sin prueba en contra, una realidad totalmente diferente a la plasmada en el relato fáctico, de la que se infiere al menos la inexistencia del delito fiscal del ejercicio 2011 y en su caso la degradación al tipo básico del delito fiscal del ejercicio 2010. El soporte de las supuestas operaciones comerciales mantenidas con las mercantiles, titularidad del Sr. Sergio, que no se correspondían con adquisiciones reales de bienes o servicios, se refiere a facturas falsas sobre las que ninguna prueba se ha practicado en el acto del juicio oral, al no ser objeto de acusación por parte de la apertura del juicio oral. Por tanto, el montante de las operaciones económicas de 3.806.175,20 euros en el 2010 y 354.000 euros en el 2011 son a todas luces operaciones reales y efectivas, cuyo IVA soportado, 400.735,20 euros y 54.000 debiera haber sido sumado a los IVA soportados determinados por la Hacienda Pública, se citan como documentos del 23 a 25, 27 y 28 de la causa.



En definitiva, se afirma que la cuota defraudada en el ejercicio 2010 ascendería a 282.323,23 euros y no a la cuantía agravada de 627.178,66 euros, y en cuanto al ejercicio 2011 la cuota defraudada sería en este caso de 110.462,8 euros, en lugar de los 164.462,80 euros, por lo que no se superaría el límite de los 120.000 euros.

2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 442/2021, de 25 de mayo, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo (SSTS. 936/2006 de 10 de octubre y 778/2007 de 9 de octubre, entre otras muchas) viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales.

En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. El recurrente cita como documento literosuficiente, el informe pericial del Equipo de Delito Fiscal, firmado por el Sr. D. Juan Ramón de fecha de 24 de julio de 2014 y que obra a los folios 23 a 25, 27 y 28 de las actuaciones, el cual, conforme a la jurisprudencia citada no puede subsumirse en el concepto de documento literosuficiente, ni revela un "error" en los hechos probados de la sentencia, como tampoco es elemento probatorio único tenido en cuenta en la valoración de la prueba para la fijación de los hechos probados.

No obstante lo anterior, aunque sostiene el recurrente que la Sentencia de instancia incurre en un error en la valoración de la prueba porque el fundamento de la condena parte de la mendacidad de las facturas, a pesar de que este delito no ha sido objeto de enjuiciamiento ni punición, ello no es óbice para considerar probado que los hechos imponderables de prestación de servicios sean inexistentes.

En definitiva, la alegación del recurrente es ciertamente incongruente, pues en los pasajes del informe que cita se argumenta en favor del carácter ficticio de las facturas, que el obligado tributario se dedujo indebidamente como IVA soportado, que fueron emitidas por sociedades del otro acusado y condenado, Sergio , y que constituyen uno de los dos mecanismos defraudatorios que articuló el recurrente, y que es, precisamente, lo que recogen los hechos probados, por lo que no hay error alguno en la valoración probatoria del documento citado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1 .Los motivos cuarto y quinto se formulan por infracción de ley, al amparo del Art. 849.2º de la LECrim, por indebida aplicación de los artículos 305 y 122 del Código Penal.

En primer término, se alega que no se ha producido ninguna acción u omisión dolosa que defraude a la Hacienda Pública estatal, eludiendo el pago de tributos, ni en el ejercicio 2010 ni en el ejercicio 2011, siendo además que de los motivos expuestos en el presente recurso en el ejercicio 2011 ni tan siquiera se supera el umbral de los 120.000 euros.



También denuncia que se condena a la Sra. Eugenia como partícipe a título lucrativo manteniéndole una responsabilidad civil de forma solidaria con el resto de acusados con un límite de 625.541,08 euros, lo cual, afirma, que se encuentra en contradicción con el Hecho Probado 5º, del que se desprende que sólo constan probadas transferencias que en su caso habría realizado el Sr. Onesimo, nunca la Sra. Eugenia, de las que además nunca se benefició ni lucró, sino que fueron destinadas al pago de trabajadores, y de las que además sólo la de 216.647,05 euros fue realizada a una cuenta titularidad exclusiva de la misma, no cotitular por lo que en su caso la responsabilidad civil que cabría exigirle sería únicamente de la de 216.647,05 euros, nunca de 625.541,08 euros. A mayor abundamiento, tampoco el Tribunal plasma en la sentencia ningún proceso deductivo lógico racional en el que se pueda entender porque consta como acreditada dicha cantidad como la que realmente se ha lucrado.

2. Por el recurrente, aunque enuncia los motivos planteados con base al art. 842.2 de la LECrim, en realidad se está refiriendo al apartado 1º del citado artículo, pues se invoca infracción de ley, en concreto de los art. 305 y 122 CP, y no se designa particular documental alguno (arts. 855 LECrim).

Hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate por el que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Al margen de la citada irregularidad procesal en la formalización, en cuanto al primer aspecto denunciado -que no hay infracción dolosa y que al menos en el ejercicio del 2011, no se llega a los 120.000€ exigidos por el precepto penal por el que viene condenado-, el motivo carece de contenido autónomo y se vincula a una resolución eventualmente favorable de los motivos primero a tercero que, como se ha expuesto, no pueden prosperar.

4. Con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, dado el cauce casacional utilizado, debemos partir del relato de hechos probados en el que consta que " según el análisis realizado de las cuentas titularidad de Galileo 2001, S.L. se constata la entrada en las mismas de los importes satisfechos en concepto de IVA y, de esas mismas cuentas, se produce en fecha 23 de mayo de 2011 una transferencia por importe de 216.647,05 euros a una cuenta titularidad de la acusada Eugenia, existiendo a su vez, a lo largo del ejercicio 2010, transferencias por importe total de 1.936.178,18 euros a una cuenta de titularidad conjunta de Onesimo y Eugenia "; pero el recurrente omite el siguiente párrafo donde dice que " A su vez, de la mencionada cuenta conjunta, se hicieron traspagos a una cuenta titularidad exclusiva de la Sra. Eugenia por importe de 408.894,03 euros ...".

4.1. A tenor del artículo 122 CP " El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación". Se establece así una responsabilidad civil solidaria y conjunta a la del responsable penal por el importe de su beneficio a cargo de quien, sin haber participado en el delito, hubiera obtenido ganancia del mismo. Se trata de una responsabilidad civil derivada del delito cometido por otro, a cargo de quien, sin haber tenido intervención ni conocimiento del ilícito penal, sin embargo, se beneficia a título gratuito, esto es, sin contraprestación alguna, de las ganancias derivadas del mismo. El fundamento de tal responsabilidad es la interdicción de enriquecimiento gratuito e injusto, basada en el principio de que nadie puede enriquecerse en virtud de negocios que derivan de causa ilícita (artículo 1305 CC), ajena al principio de culpabilidad sobre el que entronca la participación penal. (STS 1.006/2021, de 17 de diciembre).

4.2. De lo descrito en el relato fáctico no solo surge la responsabilidad de la recurrente como partícipe a título lucrativo, sino también la cuantía final fijada en la sentencia, 625.541,08 euros. En efecto, la misma es el resultado de sumar 216.647,05 y 408.894,08 €.

Esto mismo se explica en el Fundamento de Derecho Tercero, Apartado 3, en relación a la participación en los hechos de Eugenia a la que considera el Tribunal partícipe a título lucrativo, afirmando que de la documental queda acreditado que la misma acompañó a su esposo a la apertura de distintas cuentas de Galileo 2001 SL,



donde se transfirieron las citadas cuantías, cuentas en las que estaban autorizados ambos y en consecuencia procedieron a disponer del dinero de las mismas.

En cuanto a las transferencias se realizan en favor de Eugenia, sin que conste relación comercial alguna que las justifique, en cuanto a la alegación acerca del lucro o beneficio propio sobre esas cantidades o el destino que se dio a las mismas, carecen de todo sustento fáctico o probatorio y no encajan en la modalidad de motivo que se ha utilizado.

En consecuencia, la recurrente, aunque no participó en los delitos cometidos por su marido, la misma gozó de la disposición real y potencial de los fondos ingresados en las cuentas en la que era titular o estaba autorizada.

Los motivos deben ser desestimados.

CUARTO.- En virtud de todo lo argumentado, ha de desestimarse el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Onesimo, y Eugenia, con imposición a los recurrente de las costas devengadas a su instancia, (art. 901 de la LECr.).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Onesimo, y Eugenia, contra Sentencia núm. 680/2019, de fecha 23 de octubre de 2019, aclarada por auto de 29 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo Procedimiento Abreviado 89/2017.

2º) Imponer a los recurrentes las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

Así se acuerda y firma.