



Roj: **SAP M 13584/2016 - ECLI:ES:APM:2016:13584**

Id Cendoj: **28079370302016100667**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **13/10/2016**

Nº de Recurso: **837/2016**

Nº de Resolución: **710/2016**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **IGNACIO JOSE FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

251658240

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN TRIGÉSIMA

Procedimiento abreviado 837/16

Diligencias Previas nº 1837/15

Juzgado de Instrucción nº 14 de Madrid

SENTENCIA nº 710/2016

Sres. Magistrados

D^a PILAR OLIVÁN LACASTA

D. CARLOS MARTÍN MEIZOSO

D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO

En Madrid, a 13 de octubre de 2016

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección 30^a de esta Audiencia Provincial la presente causa nº 837/2016, diligencias previas nº 1837/15, procedente del Juzgado de Instrucción nº 14 de Madrid seguidas por el delito CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA contra los acusados D. Maximino , D. Romeo , D. Víctor y UBER DESARROLLO URBANO, S.L., todos ellos representados por la Procuradora D^a BEATRIZ VERDASCO CEDIEL y respectivamente asistidos por los Letrados D. ANTONIO CRISTÓBAL SÁNCHEZ, D^a M^a JOSÉ MURIAS PARDO, D. J. A. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y D. JOSE LUIS MARTÍN VICENTE. Interviene como acusación particular el ABOGADO DEL ESTADO, representado por D. JORGE GONZÁLEZ CORTADO. Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D^a LORENA ÁLVAREZ TABOADA, y ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO, el cual expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente procedimiento abreviado fue incoado en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal contra D. Maximino y Uber Desarrollo Urbano, S.L., por hechos constitutivos de un posible delito contra la Hacienda Pública del art. 305 bis del Código Penal , investigados judicialmente en diligencias previas número 1837/2.015 por el Juzgado de Instrucción número 14 de esta ciudad. Remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial y admitidas las pruebas que se estimaron oportunas, tuvo lugar el acto de juicio oral el día 14 de octubre de 2016, con el resultado que es de ver en acta.

SEGUNDO-. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de un delito contra Hacienda Pública, previsto y penado en el art. 305 bis CP , concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño del art. 21.5 del Código



Penal, solicitando las penas de seis meses de prisión, multa de la mitad de la cuota y pérdida de derechos e incentivos fiscales por tiempo de un año y un día respecto de Maximino y la misma pena de multa y privación de incentivos fiscales respecto de la persona jurídica. Al mismo tiempo, retiró la acusación respecto de los acusados Romeo y Víctor. El Abogado del Estado se adhirió a la calificación del Ministerio Fiscal si bien con rebaja en un solo grado de las penas solicitadas: un año de prisión, multa del tanto, y privación del derecho a incentivos fiscales.

TERCERO. Las defensas, en sus conclusiones definitivas, se adhirieron a la calificación del Ministerio Fiscal, quedando el juicio visto para sentencia tras los informes de las partes y la audiencia del acusado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La sociedad URBER DESARROLLO URBANO S.L., con NIF B84859651, se constituyó el 19 de octubre de 2006 con el objeto de promoción inmobiliaria y domicilio fiscal en la C/ Santa Engracia, 151, 6º 2 de Madrid.

Los partícipes de la sociedad son, entre otros, los acusados Maximino, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1956 en León con DNI nº NUM001, con antecedentes penales cancelables, con una participación del 59,72% y su esposa María Rosario con una participación del 39,81%.

El administrador único de la sociedad es el acusado Maximino.

Con ánimo de eludir la cuota correspondiente al IVA, el citado administrador presentó declaración correspondiente al IVA del ejercicio 2012 sin declarar el IVA correspondiente a las siguientes operaciones:

a) El 1 de febrero de 2012 URBER DESARROLLO URBANO SL vendió dos fincas urbanas a BUILDINGCENTER SAU por importe de 6.200.000 € más 1.116.000 € de cuota de IVA, cuyo importe recibió en la forma siguiente:

FORMA

RETENCIÓN COMPRADORA PARA

HIPOTECA

CHEQUE BANCARIO

2100 0555 35 0201328900

IMPORTE

6.200.000 €

1.116.000 €

Para representar a la sociedad en esta compraventa fue específicamente apoderado el acusado Romeo, hermano de Maximino, mayor de edad, nacido en León el NUM002 de 1960, con DNI nº NUM003. No consta que dicho acusado tuviera ninguna otra participación en la sociedad o en la gestión del pago del IVA derivado de la compraventa.

b) El 29 de mayo de 2012 URBER DESARROLL.O URBANO SL vendió una finca urbana a LIBERBANK SA (acreedor hipotecario) por importe de 21.008.671,06 € más 3.781.560,79 € de cuota de IVA, cuyo importe recibió en la forma siguiente:

FORMA

RETENCIÓN COMPRADORA

PARA HIPOTECA

IMPORTE

21.008.671,06 €

La cantidad correspondiente al IVA. se ingresó en la c/c de URBER DESARROLLO URBANO en NOVAGALICIA BANCO 2080 0985 01 30400114112.

Para representar a la sociedad en esta compraventa fue específicamente apoderado el acusado Víctor, mayor de edad, nacido el NUM004 de 1959 en León con DNI nº NUM005. No consta que dicho acusado tuviera ninguna otra participación en la sociedad o en la gestión del pago del IVA derivado de la compraventa.

El acusado Maximino presentó, en nombre de UBER DESARROLLO URBANO S.L., los modelos 303 mensual y 390 anual del IVA sin incluir las anteriores operaciones, con ánimo de eludir la cuota correspondiente al



IVA y destinar el mismo a satisfacer obligaciones dinerarias de UBER DESARROLLO URBANO, S.L. con otras entidades mercantiles.

Por ello, la cuota dejada de ingresar por el Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 2012 ascendió a 4.879.387,92 euros, como resultado de la siguiente liquidación:

IVA 2012

TIPO GENERAL

TIPO REDUCIDO

TIPO SUPERREDUCIDO

TOTAL BASE IVA

TIPO GENERAL

TIPO REDUCIDO

TIPO SUPERREDUCIDO

TOTAL CUOTAS

DEVENGADAS

OPER. INTERIORES

CORRIENTES

SUMA DEDUCCIONES

SUMA RESULTADOS

A COMPENSAR INICIO

RESUL.LIQUD.

A INGRESAR

COMPROBADO

A DEVOLVER

COMPROBADO

AUTOLIQUIDADO

DECLARADO

A COMPENSAR FIN

PERIODO

CUOTA A INGRESAR

FEBRERO

6.425.473,90

0,00

467,00

6.425.940,90

1.156.583,50

0,00

18,68

1.156.603,98

5211,45

5211,45

1.151.392,53



13.166,36
1.138.226,17
1.138.226,17
0,00
22.226,17
0,00
1.116.000,00
MAYO
21.009.624,96
0,00
467,00
21.010.091,96
3.781.732,49
0,00
18,68
3.781.751,17
8505,80
8505,80
3.773.245,37
9857,45
3.763.387,92
3.763.387,92
0,00
0,00
0,00
3.763.387,92

En fecha 11 de octubre de 2016, la sociedad UBER DESARROLLO URBANO, S.L. y el acusado Maximino ingresaron en la cuenta de consignaciones de la Audiencia Provincial, la suma de 4.879.387,92, al objeto de hacer inmediato pago de la misma a la Hacienda Pública para resarcir el perjuicio ocasionado, sin perjuicio de abonar la liquidación de intereses y recargos que procedan por parte de la administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Valoración de la prueba

Los hechos declarados probados lo han sido en virtud de la prueba practicada en el acto del juicio oral, consistente en la declaración de los acusados y prueba documental y pericial obrante en autos.

El acusado Maximino ha reconocido ser el administrador de la Mercantil Uber Desarrollo Urbano S.L., serlo en la fecha de los hechos (2012- 13), y que la entidad percibió el IVA de las dos operaciones referidas en los hechos probados y que no lo declaró a la Hacienda Pública, incorporándose al patrimonio de la empresa.

Tanto dicho acusado como los también acusados Romeo y Víctor explican que los dos últimos suscribieron las respectivas operaciones de compraventa en virtud de un poder especial otorgado para tal acto ante la imposibilidad de que acudiera al mismo el administrador Maximino, sin que dichas personas fueran partícipes de la sociedad, ni tuvieran responsabilidad alguna en la empresa como gestores o administradores, ni hubieran percibido personalmente el importe del IVA percibido en tales negocios jurídicos.



Documentalmente consta el importe de la compraventa y del IVA percibido por la sociedad, que no fue declarado por esta a la Hacienda Pública.

SEGUNDO.- Calificación jurídica

Los hechos descritos son constitutivos de un delito CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA del art. 305 bis del Código Penal, precepto que sanciona al que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal eludiendo el pago de tributos, cuando la cuantía defraudada exceda de seiscientos mil euros.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado el criterio de que el mero hecho del impago no satisface las exigencias del tipo, señalando la necesidad de algo más en la conducta del autor que permita valorar su acción u omisión como defraudatoria en cuanto consiste en una conducta de ocultación del hecho imponible ejecutada con la finalidad de eludir el pago del impuesto o de pagar menos de lo realmente debido (véase, entre otras, STS de 28 de noviembre de 2.003 (RJ 2004, 91)).

En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de octubre de 2.003 (RJ 2003, 7026), en la que después de decir que "debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado", recuerda que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

En ambos casos, cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina.

En el caso de autos resulta evidente la actuación dolosa del administrador de la sociedad, pues no solo no pagó sino que presentó las declaraciones del IVA correspondientes al año 2012 sin declarar el IVA de las operaciones que han sido objeto de este proceso, ocultando así a la Hacienda Pública la existencia de la deuda tributaria, comportamiento que excede lo que es un mero impago y se comprende en la noción de fraude a que se refiere el tipo penal.

TERCERO.- Participación de los acusados.

Del delito indicado en el fundamento anterior son responsables criminalmente el administrador Maximino, en cuanto que persona física que dirigió efectivamente la voluntad de la sociedad concernida en orden a la comisión del ilícito imputado y, por consiguiente, autor como consecuencia de lo dispuesto en el art. 31 del Código Penal.

Asimismo es responsable penal la mercantil UBER DESARROLLO URBANO, S.L., por darse los presupuestos propios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es: 1º) previsión legal de responsabilidad penal de la persona jurídica para el tipo penal correspondiente, lo que autoriza en este caso el art. 310 bis del Código Penal; 2º) actuación en nombre de la misma y en su provecho, por el representante legal de la sociedad, el acusado Maximino.

No son responsables criminales de estos hechos los acusados Romeo y Víctor. La retirada de la acusación por parte del Ministerio Fiscal y Abogado del Estado impiden el dictado de una sentencia condenatoria; en cualquier caso, no ha quedado probado cosa distinta de una mera representación puntual de la sociedad para el otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa y, por tanto, no existe indicio alguno de que los referidos acusados participaran en el ulterior delito contra la Hacienda Pública derivado de la falta de declaración del IVA percibido, al no ser partícipes de la entidad, ni autorizados generales, ni haber realizado ningún acto material conducente a la defraudación tributaria, por lo que procede su libre absolución.

CUARTO.- Circunstancias modificativas y penalidad.

I. Concorre en el presente caso la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño del art. 21.5 del Código Penal.

En efecto, los acusados han depositado para su inmediato pago a la Hacienda Pública la suma reclamada como importe de la defraudación, a la que habrá de añadirse la que resulte de la oportuna liquidación de intereses.

La importante cantidad que se integra en la Hacienda Pública para reparar el daño justifica sobradamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada, como así han interesado ambas acusaciones.



II. En aplicación del art. 66 .1 2ª del Código Penal , estima la Sala oportuna la rebaja penológica en dos grados, haciendo uso de la discrecionalidad dispuesta en dicho precepto.

La norma impone la rebaja en un grado, dejando abierta la posibilidad de rebajar la pena en dos grados atendiendo al número y entidad de las circunstancias aplicadas. En este caso es cierto que concurre una sola circunstancia cualificada, lo que abonaría la rebaja en un solo grado, mas hemos decidido aplicarla en dos grados teniendo en cuenta que: 1º) No solo la cuantía y totalidad de la reparación (del principal) justifican la apreciación como cualificada, sino que el llamativo importe consignado (casi cinco millones de euros) permite considerar una especial cualificación en el caso concreto; 2º) Dicha reparación ha venido acompañada por parte del administrador de la entidad de un reconocimiento llano de los hechos imputados, inclusive aquella operación sobre la que se planteaban posibles dudas jurídicas sobre el devengo del IVA, asumiendo así todas las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho punible; 3º) El Ministerio Fiscal, que ejerce la acusación pública con imparcialidad y desde el principio de legalidad, ha solicitado esa misma rebaja penológica.

En consecuencia, procede imponer las siguientes penas:

1º. Respecto del acusado Maximino , las de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria legal de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, MULTA DE 2.439.693,96 EUROS, con UN MES de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y 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 periodo de UN AÑO Y UN DÍA.

2º. Respecto de UBER DESARROLLO URBANO, S.L., las de MULTA DE 2.439.693,96 EUROS y 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 periodo de NUEVE MESES Y UN DÍA. Ello teniendo en cuenta que la rebaja de la pena para la persona jurídica ha de partir del art. 310 bis del Código Penal .

QUINTO.- Responsabilidad civil y costas procesales.

I. En concepto de responsabilidad procede imponer a los acusados la suma de 4.879.387,92 euros, así como los intereses correspondientes con arreglo al art. 576 de la LECiv y del art. 58 de la Ley General Tributaria , sin perjuicio de hacer inmediato pago de la suma de principal que ya ha sido consignada para ello.

II. El artículo 123 del Código Penal señala que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, por lo que resultando condenados dos acusados, procede imponer a cada uno de ellos el pago de ? parte de las costas procesales, declarando de oficio las 2/4 partes restantes correspondientes a los acusados absueltos.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY

FALLAMOS

I. CONDENAMOS a Maximino , en concepto de autor de un delito CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria legal de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, MULTA DE 2.439.693,96 EUROS, con UN MES de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y 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 periodo de UN AÑO Y UN DÍA.

II. CONDENAMOS a UBER DESARROLLO URBANO, S.L., en concepto de autora de un delito CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño, a las penas de MULTA DE 2.439.693,96 EUROS y 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 periodo de NUEVE MESES Y UN DÍA.

III. CONDENAMOS a Maximino y a UBER DESARROLLO URBANO, S.L., a indemnizar a la Hacienda Pública, conjunta y solidariamente, con la suma de 4.879.387,92 EUROS, más los intereses legales correspondientes, así como al pago cada uno de los acusados de ? parte de las costas procesales



IV. ABSOLVEMOS a Romeo y a Víctor del delito contra la HACIENDA PÚBLICA por el que se había formulado en su día acusación, declarando de oficio las 2/4 partes de las costas procesales correspondientes a dichos acusados.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación a las partes.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ