

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066064

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 409/2022, de 26 de abril de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3022/2020

SUMARIO:

Delitos contra la Hacienda Pública. Delito fiscal. Tentativa. Tentativa inidónea. Fraude de IVA. Cuantía de la multa. Moderación. Delito fiscal en grado de tentativa consecuencia de la constitución de una sociedad sin patrimonio alguno, constituida para la compraventa de un inmueble, devengándose un IVA que no pagó por quien tenía que soportarlo, ni fue ingresado en la Hacienda Pública por quien lo devengaba, la vendedora. Sin embargo, la compradora solicitó la devolución del IVA pretendidamente soportado en dos declaraciones tributarias que constituyen la exteriorización y consumación del delito intentado, frustrado por la negativa de la Agencia Tributaria a practicar aquellas devoluciones. De manera que la venta no existió realmente. Se simuló con el sólo propósito de obtener la devolución del IVA que realmente no se soportó. Alega el recurrente que nos encontramos ante una tentativa inidónea absoluta ya que la solicitud de devolución era imposible que tuviera éxito al aludir en el desarrollo del motivo a que la empresa no cumplía con el requisito de previa inscripción en el Registro de Devolución Mensual (REDEME), lo que ciertamente no figura en los hechos probados, razón por la cual el motivo, desde esta perspectiva, no puede prosperar. Se estima el recurso en el particular relativo a la reducción en un grado de la pena como consecuencia de haberse cometido en tentativa criminal, aplicando las previsiones del art. 62 del Código Penal, tanto a la pena de privativa de libertad como a la multa. Condena a persona jurídica por delito fiscal y moderación de la cuantía de la multa por el delito fiscal, señalando el artículo 31 ter, apartado 1, segundo inciso, del Código Penal establece que cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a una persona física y a una persona jurídica la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. Del mismo modo, las penas relativas 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, deben ser igualmente reducidas. Al haberse decretado que ambos delitos lo han sido en grado de tentativa, la pena, tanto privativa de libertad, como pecuniaria, debió ser impuesta con una rebaja en uno o dos grados que, dado el grado de desarrollo descrito en la resultancia fáctica, al estar todo el *iter* completado, pero frustrado por la acción inspectora de la Hacienda Pública, debe ser reducido en un solo grado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16.1, 31 ter, 62, 305 y 305 bis.

PONENTE:*Don Julián Artemio Sánchez Melgar.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 409/2022

Fecha de sentencia: 26/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3022/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: BARCELONA

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3022/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 409/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Antonio del Moral García
D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de abril de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Carlos Miguel frente a la Sentencia 163/19, de 25 de junio de 2019 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 30/2018 dimanante de las D.P. núm. 2281/15 del Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de dicha Capital, seguido por presunto delito contra la Hacienda Pública contra DON Carlos Miguel y la entidad mercantil GEPRO XXI, SL representada en liquidación por DON Juan María. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan han constituido Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; y como recurrente el acusado DON Carlos Miguel, representado por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Troyano Tiburcio y defendido por el Letrado Don Rafael Ros Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 14 de Barcelona incoó D.P. núm. 2281/2015 por presunto delito contra la Hacienda Pública contra DON Carlos Miguel y la entidad mercantil GEPRO XXI, SL, representada en liquidación por DON Juan María, y una vez concluidas las remitió a la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 25 de junio de 2019 dictó Sentencia núm. 163/19, cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes:

"PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que el acusado, Sr. Carlos Miguel, y el que fuera querellado hoy fallecido, Sr. Antonio, a través de las sociedades GEPRO XXI, S.L. (en adelante, GEPRO, también acusada) y EXPLOMED PLUS, S.L. (querellada declarada rebelde); solicitaron a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el abono de más de un millón cien mil euros en concepto de devolución tributaria derivada del Impuesto sobre el Valor Añadido. Ambos querellados eran absolutamente conscientes de que carecían del derecho a obtener dicha devolución, pero movidos por el exclusivo ánimo de enriquecerse a costa del erario público, declararon ante la Hacienda Pública haber celebrado una operación de compraventa que no se produjo en la realidad.

La mecánica delictiva consistió en simular la transmisión de un inmueble entre las sociedades antes mencionadas, controladas por el acusado Sr. Vila y el querellado fallecido, Sr. Antonio. Este último, concertado con el acusado, constituyó la sociedad adquirente del inmueble (la localizada EXPLOMED PLUS, S L,) tres días antes de la compra. Es decir, se creó esta mercantil con el solo fin de servir a este fraude. La pretendida transmisión devengaría un IVA (a cuya exención renunciaron expresamente) de 1.167.466,05 euros. Este IVA ni fue pagado, ni fue ingresado en la Hacienda Pública por la vendedora (GEPRO, dirigida y controlada por el acusado Sr. Carlos Miguel), habiéndose declarado incobrable la deuda tributaria. Sin embargo, la compradora solicitó la devolución del IVA pretendidamente soportado en dos declaraciones tributarias que constituyen la exteriorización y consumación del delito intentado, frustrado por la negativa de la Agencia Tributaria a practicar aquellas devoluciones. Tales solicitudes se plasmaron en las declaraciones tributarias de IVA de EXPLOMED PLUS correspondientes al mes de enero de 2011 y al cuarto trimestre de 2012. En la primera, la devolución solicitada, ascendió a 1.166.084,27 euros y en la segunda, a 1.114.075,33 euros. La operación de compraventa ficticia, declarada ante la AEAT con el solo fin de obtener en dos ocasiones diferenciadas la devolución tributaria de constante referencia, se reflejó en escritura pública de 27 de diciembre de 2010. En dicha escritura se simuló la venta por parte de la acusada GEPRO, representada por el acusado Sr. Carlos Miguel; a EXPLOMED PLUS, representada por el fallecido Antonio, de un edificio compuesto por 71 entidades constituidas por aparcamientos y locales para diversos usos, hallándose situado en la calle Amposta IV 22 del Polígono de Sant Mamet, de Sant Cugat del Valles. El precio ascendería a de 6.485.922,60 euros más IVA de 1.167.466,05€. Tras la aparente inconexión de las dos mercantiles se encuentra el verdadero concierto del acusado Sr. Carlos Miguel y el fallecido Antonio consistente en utilizarlas como aparentes operadoras del mercado que afirman celebrar una compraventa absolutamente inexistente. El fin único es trasladar este artificio a las respectivas declaraciones tributarias.

En efecto, el concierto consiste también en que la sociedad vendedora que repercute supuestamente el IVA (GEPRO, a través de su administrador, el acusado Sr. Carlos Miguel) nunca lo ingresará (la deuda ha sido declarada incobrable). Por su parte, la sociedad compradora solicitará ipso facto la devolución del IVA pretendidamente soportado en la venta. La AEAT no sólo paraliza esta devolución, sino que inicia un procedimiento de comprobación en fecha 6 de octubre de 2011. A pesar de lo cual, en la declaración del cuarto trimestre de IVA de 2012 presentada el 30 de enero de 2013, EXPLOMED vuelve a solicitar aquella devolución. Ante la segunda negativa de la AEAT, el acusado Sr. Carlos Miguel transmite la sociedad GEPRO al actual liquidador, ello en abril de aquel año 2013.

La supuesta compraventa se celebró sin que hubiera transacción económica alguna pues EXPLOMED PLUS, no obstante su reciente constitución, su mínimo capital social y la insuficiencia de las rentas procedentes de los arrendamientos vigentes sobre los inmuebles transmitidos, habría de satisfacer el precio subrogándose en los préstamos garantizados con las hipotecas que gravaban los inmuebles. Sin embargo, nunca se informó, ni antes ni después de la pretendida venta, de dicha venta, ni menos aún, de las subrogaciones antedichas, a los acreedores hipotecarios (entidades bancarias). De hecho, estas entidades instaron la realización de aquellas garantías dirigiéndose los procedimientos ejecutivos contra la acusada GEPRO. Sin que ésta reclamara nada de la supuesta propietaria de los bienes: ni el pago del IVA, ni el de las cuotas hipotecarias que supuestamente había de haber asumido mediante subrogación, Ello, en definitiva, porque vendedora y compradora (Sr. Carlos Miguel y Antonio) se habían concertado en los términos descritos.

La venta, pues no existió realmente. Se simuló con el sólo propósito de obtener la devolución del IVA que realmente no se soportó, siendo por tanto deliberadamente inveraz su consignación como tal en las dos declaraciones de IVA de enero de 2011 y cuarto trimestre de 2012. Devoluciones que la AEAT denegó, frustrando con ello el propósito defraudatorio del acusado Sr Carlos Miguel y del querellado fallecido, Sr. Antonio.

La sociedad acusada Gepro XXI SL en Junta de. 27 de marzo de 2013, los socios acordaron la disolución de la sociedad y su liquidación, nombrado liquidador en el mismo acto a Juan María. Posteriormente por auto de 12 de Mayo de 2014 dictado por el Juzgado Mercantil de Barcelona nº 5 , en autos de concurso necesario nº 27/14 fue declarada en concurso de acreedores.

La sociedad Explomed Plus SL ha sido declarada en rebeldía por auto de 20 de abril de 2017."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"LA SALA DECIDE: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Carlos Miguel y GEPRO XXI S.L. representada legalmente en liquidación por D. Juan María como autores criminalmente responsables de dos delitos contra la Hacienda Pública, por la defraudación en el IVA de los ejercicios 2011 y 2012, con la agravación de la especial trascendencia o gravedad de la defraudación, en grado de tentativa a las penas que se detallan a continuación.

Al acusado Carlos Miguel,

- por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011, la pena de 1 año y 3 meses de prisión, multa: de 1.166.084,27 € con 90 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 18 meses.

- por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, la pena de 1 año y 3 meses de prisión, multa de 1.114.075,33 € con 80 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 18 meses.

Al acusado Gepro XXI SL,

- por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011 la pena de multa de 1.166.084,27 € e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de 18 meses.

- por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012 la pena de multa de 1.114.075,33 € e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de 18 meses.

Procede asimismo la condena en costas a ambos acusados a partes, iguales que deberán en todo caso contener las de la acusación particular representada por la Abogacía del Estado.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección 21 de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales para su constancia y cumplimiento, lo pronuncio, mando y firmo."

Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación legal del acusado DON Carlos Miguel, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Carlos Miguel, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero. Por infracción de ley, por la vía del art. 849 segundo LECrim., al padecer la sentencia error en la apreciación de la prueba, dado que el Tribunal ha obviado la solicitud de aplazamiento producida por GEPRO a la que se acompañaba informes de tasación de fincas libres de cargas de su propiedad ofrecidas en garantía de la deuda tributaria, así como las respectivas notas del Registro de la Propiedad. Documentación obrante en el CD remitido por la AEAT a la causa en fecha 5 de junio de 2015 (folio 155), unido a las actuaciones por providencia de 19 de junio de 2015 (folio 163).

Motivo segundo. Por infracción de ley, por la vía del art. 849 primero LECrim, por indebida aplicación de los arts. 305 y 305 bis y 16.1 CP, en relación con el supuesto delito contra la Hacienda Pública cometido con ocasión de la devolución solicitada por EXPLOMED en fecha 3 de febrero de 2011 (IVA 2011).

Quinto.

Es recurrido en la presente causa el Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que impugna el recurso por escrito de 1 de febrero de 2021.

Sexto.

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 18 de marzo de 2021; 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 28 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 20 de abril de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sentencia de fecha 25 de junio de 2019, dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó Carlos Miguel y a GREPO XXI, S.L. como autores criminalmente responsables de dos delitos contra la Hacienda Pública con la agravación de especial transcendencia o gravedad de la defraudación, en grado de tentativa, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación Carlos Miguel, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Segundo.

En el primer motivo, formalizado por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos literosuficientes, al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se basa el recurrente en que, mediante los informes que señala, habría ofrecido en pago de la deuda tributaria unas fincas libres de cargas de su propiedad ofrecidas en garantía, y las respectivas notas del Registro de la Propiedad; documentación obrante en el CD remitido por la AET (folio 155) y que, a su entender, demuestra la voluntad de pago de GEPRO, prueba de la inocencia del acusado.

Sostiene el recurrente que no se ha tomado en consideración tal ofrecimiento, y sostiene que el mismo es prueba de su inocencia, pues si Carlos Miguel hubiera pretendido defraudar a Hacienda, no habría ofrecido en pago dichas fincas.

Primeramente, pretende el recurrente una variación en un elemento subjetivo del delito, relativo a la intención del agente, lo que no puede ser tomado en consideración en casación; pero es que, en segundo lugar, la alegación que se contiene en el desarrollo de este recurso de casación, queda desvirtuada por lo razonado por la sentencia recurrida, en tanto que sostiene, en lo que respecta a la forma en la que pensaba hacer efectivo el pago del IVA por el ahora recurrente, mediante la realización de unas fincas de Cádiz aportadas en garantía, que no ha quedado probado en tanto que el Perito Sr. Teodulfo, que compareció en el acto del juicio al objeto de hacer las aclaraciones que las partes precisaron con respecto a los informes elaborados por el AEAT, negó este extremo, lo que fue corroborado por el administrador en liquidación, Juan María, que reconoce que la empresa GEPRO carecía de patrimonio y tan solo poseía un vehículo que estaba estropeado. El resto de los testigos aportados, ponen de manifiesto la publicación del anuncio de compraventa del inmueble en cuestión, las gestiones que se llevaron a cabo por la empresa contratada para la venta de dicho inmueble (valoración, precio de salida, intercambio de mails, etc.), BCN Real State, gestiones que no llegaron a fructificar, pese a que se llegó a tener un inversor de Galicia interesado en la operación, porque los vendedores les informaran de que ya se había procedido a realizar la compraventa. Y por último, razonan los jueces "a quo" que la compañía de inversiones inmobiliarias BCN CABOEL, mediante su Director General, recuerda que el Sr. Carlos Miguel le ofreció un edificio en Sant Cugat para la venta o inversión y que tras un estudio de la operación descartó la misma por motivos de falta de viabilidad. No se llegó presentar la contra-pericial anticipada que había sido admitida ni se ratificaron los documentos que también en su día fueron propuestos y admitidos como prueba pericial relativa a la tasación del inmueble elaborada por la empresa Eurotasaciones, al no haber podido localizarse a las personas que elaboraron dichos informes.

En resumen, ni de las declaraciones testimoniales, ni de la documental aportada por la defensa del Sr. Carlos Miguel, y ahora reproducidas en casación, se desvirtúan el cúmulo de pruebas de los que se desprende la comisión delictiva. Y en consecuencia, este apartado fáctico, no puede ser modificado en esta sede casacional.

Aparte de esta argumentación de la sentencia recurrida, se admite por el recurrente que en el expediente remitido por la AEAT, puede verse que GEPRO solicitó alta en el sistema de aplazamiento de pago del impuesto, lo que se concedió inicialmente con fecha 27 de enero de 2011, denegándosele tal solicitud el siguiente 1 de febrero de 2011 (unos días más tarde), y ello porque no se ofrecían garantías para el aplazamiento de pago que pudieran asegurar el crédito tributario.

Ello originó que se presentara de nuevo la tasación de las fincas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003, que firmaba la arquitecta Fidela, la que se intentó que compareciera en el juicio oral, pero finalmente no acudió porque no pudo ser hallada, según reconoce el recurrente.

De manera que, aunque tuviéramos por cierto que hubo un ofrecimiento de pago, no se ha podido ratificar la cuantía de lo ofrecido, y en cualquier caso el delito ya estaría cometido.

De todos modos, no puede dejarse de tomar en consideración que la defraudación no estuvo nunca constituida por este extremo, sino por la constitución de una sociedad sin patrimonio alguno, constituida para la compraventa de un inmueble, devengándose un IVA de 1.167.466,05 euros. Este IVA ni fue pagado por quien tenía que soportarlo, ni fue ingresado en la Hacienda Pública por quien lo devengaba, la vendedora (GEPRO, dirigida y controlada por el acusado Sr. Carlos Miguel), habiéndose declarado incobrable la deuda tributaria. Sin embargo, la compradora solicitó la devolución del IVA pretendidamente soportado en dos declaraciones tributarias que constituyen la exteriorización y consumación del delito intentado, frustrado por la negativa de la Agencia Tributaria a practicar aquellas devoluciones. Tales solicitudes se plasmaron en las declaraciones tributarias de IVA de EXPLOMED PLUS correspondientes al mes de enero de 2011 y al cuarto trimestre de 2012.

También se expone en los hechos probados que el concierto consistió en que la sociedad vendedora que repercute supuestamente el IVA (GEPRO, a través de su administrador, el acusado Sr. Carlos Miguel) nunca lo ingresaría (la deuda ha sido declarada incobrable). Por su parte, la sociedad compradora solicitó ipso facto la devolución del IVA pretendidamente soportado en la venta. La AEAT no sólo paraliza esta devolución, sino que inicia un procedimiento de comprobación en fecha 6 de octubre de 2011. A pesar de lo cual, en la declaración del cuarto trimestre de IVA de 2012 presentada el 30 de enero de 2013, EXPLOMED vuelve a solicitar aquella devolución. Ante la segunda negativa de la AEAT, el acusado Sr. Carlos Miguel transmite la sociedad GEPRO al actual liquidador, ello en abril de aquel año 2013.

La supuesta compraventa se celebró sin que hubiera transacción económica alguna, pues EXPLOMED PLUS, no obstante, su recientísima constitución, su mínimo capital social y la insuficiencia de las rentas procedentes de los arrendamientos vigentes sobre los inmuebles transmitidos, habría de satisfacer el precio subrogándose en los préstamos garantizados con las hipotecas que gravaban los inmuebles. Sin embargo, nunca se informó, ni antes ni después de la pretendida venta, de las subrogaciones antedichas, a los acreedores hipotecarios (entidades bancarias), y ello porque todo era un subterfugio para intentar una devolución mediante un artificio defraudatorio.

De manera que la venta no existió realmente. Se simuló con el sólo propósito de obtener la devolución del IVA que realmente no se soportó, siendo por tanto deliberadamente inveraz su consignación como tal en las dos declaraciones de IVA de enero de 2011 y cuarto trimestre de 2012. Devoluciones que la AEAT denegó, frustrando con ello el propósito defraudatorio del acusado Sr. Carlos Miguel y supuestamente del querellado fallecido, Sr. Antonio. Y en este fraude, se enmarca la operación de renuncia a la exención que se contiene en los hechos probados.

En consecuencia, todo el contenido del motivo relativo al ofrecimiento de pago, no puede neutralizar la maniobra defraudatoria, anteriormente expuesta, no combatida por cierto por el recurrente, de manera que esta queja casacional no puede prosperar.

Tercero.

En el segundo motivo, y por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación de los arts. 305 y 305 bis y 16.1 del Código Penal.

Como única queja casacional, en este apartado, alega el recurrente que nos encontramos ante una tentativa inidónea absoluta, lo que conduce a la absolución, ya que la solicitud de devolución de fecha 3/2/2011 era imposible que tuviera éxito, y ello en función de las características de la entidad mercantil EXPLOMED.

Lo primero que hay que señalar es que, en tanto que el motivo se refiere a la actuación de EXPLOMED, que solicitó primeramente la devolución del IVA con fecha 3 de febrero de 2011, significa tal alegación por parte de dicha sociedad que la actuación fue conjunta y coordinada para defraudar a Hacienda, pues son hechos de la otra sociedad mercantil, esto es, la compradora, y no a GEPRO, entidad vendedora, controlada por Carlos Miguel, el recurrente. Al fin de cuentas, no solamente es responsable tributario el que soporta el IVA, como parece querer ver el recurrente, que desde luego tampoco lo pagó bajo la defraudación indicada.

En función de ello, alude en el desarrollo del motivo a que EXPLOMED no cumplía con el requisito de previa inscripción en el Registro de Devolución Mensual (REDEME), lo que ciertamente no figura en los hechos probados, razón por la cual el motivo, desde esta perspectiva, no puede prosperar.

Ahora bien, desde el plano de la estricta legalidad de las sanciones penales impuestas, es lo cierto que el delito fiscal, que se describe en el art. 305 del Código Penal, dispone que tal acción u omisión será sancionada con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Al acusado, Carlos Miguel, se le ha impuesto por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011, la pena de 1 año y 3 meses de prisión, multa de 1.166.084,27 euros con 90 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos

fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 18 meses; y por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, la pena de 1 año y 3 meses de prisión, multa de 1.114.075,33 euros con 80 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de 18 meses.

De los hechos probados resulta que la pretendida transmisión devengaría un IVA de 1.167.466,05 euros.

Luego, al imponerse ambos delitos como intentados, aspecto no cuestionado por el recurrente ni en cuanto al número ni en lo tocante al grado de desarrollo delictivo, la pena privativa de libertad debe reducirse, y lo propio la pena pecuniaria, pues el art. 62 obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados, a la correspondiente al delito consumado, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, y esta previsión legal no ha sido cumplida por la Audiencia, que ha impuesto al recurrente, Sr. Carlos Miguel, la pena de privativa de libertad por encima de los parámetros legales (arco penológico de uno a cinco años de prisión), al situarla, en ambos casos, en un año y tres meses de prisión.

Al haberse decretado que ambos delitos lo han sido en grado de tentativa, la pena, tanto privativa de libertad, como pecuniaria, debió ser impuesta con una rebaja en uno o dos grados, que dado el grado de desarrollo descrito en la resultancia fáctica, al estar todo el iter completado, pero frustrado por la acción inspectora de la Hacienda Pública, debe ser reducido en un solo grado, y por ello, imponer la pena privativa de libertad en seis meses, y en cuanto a la multa, al haber sido condenada la persona física junto a la persona jurídica, se debe proceder a su moderación, conforme se dispone en el art. 31 ter del Código Penal.

En efecto, el art. 31 ter, apartado 1, segundo inciso, del Código Penal establece que cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a una persona física y a una persona jurídica la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

Desde este punto de vista, es claro que la pena de multa se ha de reducir en la proporción correspondiente a la tentativa criminal, y a la modulación legal antedicha, lo que cifraremos en una cuantía de 350.000 euros y 325.000 euros, en ambos supuestos, en la misma proporción tomada en consideración por la Sala sentenciadora de instancia, y la reducción al tiempo de dos años y medio la interdicción dispuesta en la sentencia recurrida, por ser pena que también tiene que ser descendida por el juego de la tentativa criminal, en tanto el Código Penal establece que, además de las penas previstas en el mismo, se impondrá al responsable 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 tres a seis años, que aquí individualizamos, como hemos dicho, en dos años y medio.

Desde este plano, el recurso será estimado. Con los efectos penológicos expansivos que se disciplinan en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.

Procediendo la estimación parcial del recuso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º. ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Carlos Miguel frente a la Sentencia 163/19, de 25 de junio de 2019 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

2º. DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

3º. CASAR Y ANULAR en la parte que le afecta, la referida Sentencia 163/19 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º. COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz
Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION NÚM.: 3022/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Antonio del Moral García
D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de abril de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Carlos Miguel (cuyos datos identificativos constan en la causa) frente a la Sentencia 163/19, de 25 de junio de 2019 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse el recurso presentado. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica presidencia y ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

ANTECEDENTES DE HECHO. Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo.

HECHOS PROBADOS. Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo razonado en la anterior Sentencia Casacional, hemos de condenar al acusado Carlos Miguel, por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011, a la pena de seis meses de prisión, multa de 350.000 euros con 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años y medio, y por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, a la pena de seis meses de prisión, multa de 325.000 euros con 25 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años y seis meses.

Y al acusado GEPRO XXI SL, por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011, a la pena de multa de 350.000 euros e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de dos años y seis meses. Y por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, a la pena de multa de 325.000 euros e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para

obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de dos años y seis meses.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos al acusado Carlos Miguel, como autor de dos delitos de defraudación de Hacienda, previstos y penados en el art. 305 del Código Penal, sin circunstancias modificativas, y en grado, ambos, de tentativa criminal, por la defraudación por el IVA correspondiente al ejercicio 2011, a la pena de seis meses de prisión, multa de 350.000 euros con 30 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años y medio, y por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, a la pena de seis meses de prisión, multa de 325.000 euros con 25 días de arresto sustitutorio en caso de impago, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años y seis meses.

Y al acusado Gepro XXI SL, como persona jurídica, como responsable de ambos delitos, por la defraudación por el IVA del ejercicio 2011, la pena de multa de 350.000 euros e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de dos años y seis meses. Y por la defraudación por el IVA del ejercicio 2012, se le impone la pena de multa de 325.000 euros e inhabilitación o pérdida de la posibilidad para obtener subvenciones y ayudas públicas y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de dos años y seis meses.

En lo restante, se tienen por reproducidos los demás extremos del fallo de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz
Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.