

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, Sentencia 373/2017 de 2 Jun. 2017, Rec. 280/2017

Ponente: Almeida Castro, María Luz.

LA LEY 91242/2017

ECLI: *ES:APM:2017:7890*

DELITOS Y FALTAS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 8 - 28035

Teléfono: 914934564,4443,4430

Fax: 914934563

RO 914934430

37051540

N.I.G.: 28.079.51.1-2015/7030258

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 17ª

ROLLO DE APELACION Nº RAA 280/2017

Procedimiento Abreviado 293/2015

Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid

MAGISTRADOS ILUSTRISIMOS SEÑORES:

Don José Luis Sánchez Trujillano

Don Manuel Eduardo Regalado Valdés

Doña. Luz Almeida Castro

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, en la causa al margen de referencia, ha dictado,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 373/2017

En la Villa de Madrid, a 2 de junio de 2017.

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, formada por los Ilustrísimos Señores Magistrados Don José Luis Sánchez Trujillano, Don Manuel Eduardo Regalado Valdés y Doña. Luz Almeida Castro ha visto el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ambrosio , D. Eladio y la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA (AEAT) contra la sentencia dictada con fecha 06/10/2016 en Procedimiento Abreviado 293/2015 por el

Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid ; intervino como parte apelada el MINISTERIO FISCAL -.

Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, no estimándose precisa la celebración de vista señalándose el día 2/6/17 para deliberación, votación y resolución del presente recurso de apelación.

La Ilustrísima Sra. Magistrada Doña. Luz Almeida Castro actúa como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 06/10/2016, se dictó sentencia en Procedimiento Abreviado 293/2015, del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid .

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados:

"Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente se declara probado que durante los años 2009 y 2010 la mercantil Acta Farma SL, se encontraba dada de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el Epígrafe 614.2, como "venta al por mayor de productos de perfumería y droguería".

La administración efectiva y real de la misma era desempeñada por los acusados Eladio y Ambrosio , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, los cuales ostentaban poderes generales de la mercantil y poseían el dominio de la totalidad de las acciones de Acta Farma SL, por sí mismos o a través de familiares, además de encontrarse autorizados en las cuentas corrientes de la entidad. Si bien, figuraba formalmente como Administradora única según los estatutos Carmen , suegra de Ambrosio , quien se trataba de una persona de edad avanzada que no desempeñó acto de gestión alguno habiendo delegado sus funciones en los anteriores.

Los acusados Eladio y Ambrosio , de común acuerdo presentaron declaraciones tributarias por el Impuesto sobre Sociedades y por el Impuesto sobre el Valor Añadido en relación con los ejercicios fiscales de 2009 y 2010, en las que dedujeron indebidamente gastos y cuotas de IVA soportado, valiéndose para ello de facturas inveraces que no se correspondían con una verdadera prestación o actividad mercantil, y que únicamente tenían por objeto eludir las obligaciones tributarias de la mercantil.

Por ello, los también acusados Rodolfo , mayor de edad y sin antecedentes penales y Juan María , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, los cuales eran Administradores de una pluralidad de sociedades sin verdadera actividad mercantil, actuando en connivencia con los acusados Eladio y Ambrosio , y con el propósito de que estos últimos llevaran a cabo la defraudación de impuestos preconcebida y pudieran desgravarse mayores gastos, confeccionaron las siguientes facturas inveraces sin que conste la fecha en que se realizaron tales facturas, pero que en todo caso tuvo lugar entre el ejercicio 2009 y su fecha de aportación al acta de inspección.

siguientes facturas inveraces: 1/04/2009, por importe de 409.480€ (353.000€ y 56.480€ de IVA), 1/07/2009, por importe de 232.000€ (200.000€ y 32.000€ de IVA), 1/07/2010 por importe de 18.762€ (15.900€ y 2.862€ de IVA), 1/09/2010 por importe de 11.800€ (10.000€ y 1.800€ de IVA), 10/09/2010 por importe de 11.800€ (10.000€ y 1.800€ de IVA), 29/09/2010 por importe de 23.600€ (20.000€ y 3.600€ de IVA), 15/12/2010 por importe de 55.460€ (47.000€ y 8.460€ de IVA), y 17/12/2010 por importe de 56.640€ (48.000€ y 8.640€ de IVA).

La mercantil Drum Beat Station SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Rodolfo , facilitó a la mercantil Acta Farma para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 30/12/2009 por importe de 272.600€ (235.000€ y 37.600€ de IVA) y el 12/04/2010 por importe de 24.260€ (21.000€ y 3600€ de IVA).

La mercantil Gares Edición Gráfica SLU, administrada de hecho y de derecho también por el acusado Rodolfo , facilitó a la mercantil Acta Farma para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 19/07/2009 por importe de 58.000€ (50.000€ y 8.000€ de IVA), y 31/10/2009 por importe de 58.000€ (50.000€ y 8.000€ de IVA).

La mercantil Crawlies Magics SL administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 20/11/2009 por importe de 111.940€ (96.500€ y 15.440€ de IVA), 30/11/2009 por importe de 97.138,10€ (83.7.10€ y 13.398,40€ de IVA), 5/12/2009 por importe de 108.460€ (93.500€ y 14.960€ de IVA), 30/12/2009 por importe de 105.710,80€ (91.130€ y 14.580,80€ de IVA), 30/12/2009 por importe de 82.360€ (71.000€ y 11.360€ de IVA), y 10/11/2010 por importe de 62.658€ (53.100€ y 9.558€ de IVA).

La mercantil Transaval Obras y Proyectos SL, administrada de hecho y de derecho por Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 30/11/2009 por importe de 101.268€ (87.300€ y 13.968€ de IVA), 5/12/2009 por importe de 67.860€ (58.500€ y 9.360€ de IVA), 15/12/2009 por importe de 125.860€ (108.500€ y 17.360€ de IVA), 15/12/2009 por importe de 84.680€ (73.000€ y 11.680€ de IVA), y 30/12/2010 por importe de 220.660€ (187.000€ y 33.660€ de IVA).

La mercantil Arroyotrans Obras SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 15/12/2009 por importe de 132.240€ (114.000 € y 18.240 € de IVA), y 15/12/2009 por importe de 151.380€ (130.500 € y 20.880 € de IVA).

La mercantil Avalatransa SA, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 20/11/2009 por importe de 34.800€ (30.000€ y 4.800€ de IVA), 2/12/2009 por importe de 94.458,80€ (81.430€ y 13.028,80€ de IVA), 15/12/2009 por importe de 66.120€ (57.000€ y 9.120€ de IVA), 15/09/2010 por importe de 84.287,40€ (71.430€ y 12.857,40€ de IVA), 30/09/2010 por importe de 119.457,30€ (101.235€ y 18.222,30€ de IVA), 25/10/2010 por importe de 116.631,20€ (98.840€ y 17.791,20€ de IVA), 25/11/2010 por importe de 143.370€ (121.500€ y 21.870€ de IVA), y 15/12/2010 por importe de 131.098€ (111.100€ y 19.998€ de IVA).

La mercantil Gota Siglo XXI SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 28/04/2010 por importe de 28.560,36€ (24.621€ y 3.939,36€ de IVA), 17/05/2010 por importe de 114.241,44€ (98.484€ y 15.757,44€ de IVA), 21/05/2010 por importe de 142.807,60€ (123.110€ y 19.697,60€ de IVA), 25/05/2010 por importe de 13.340€ (11.500€ y 1.840€ de IVA), 31/05/2010 por importe de 53.360€ (46.000€ y 7.360€ de IVA), 7/06/2010 por importe de 66.700€ (57.500€ y 9.200€ de IVA), y 5/09/2010 por importe de 82.600€ (70.000€ y 12.600€ de IVA).

La mercantil Gopitago SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 15/09/2010 por importe de 98.176€ (83.200€ y 14.976€ de IVA), y 15/11/2010 por importe de 93.220€ (79.000€ y 14.220€ de IVA).

La mercantil Biker Party SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 20/11/2009 por importe de 104.400€ (90.000€ y 14.400€ de IVA), 2/12/2009 por importe de 52.200€ (45.000€ y 7.200€ de IVA), 30/12/2009 por importe de 45.240€ (39.000€ y 6.240€ de IVA), 3/09/2010 por importe de 64.900€ (55.000€ y 9.900 € de IVA), 1/11/2010 por importe de 80.240€ (68.000€ y 12.240€ de IVA) y 25/11/2010 por importe de 112.100€ (95.000€ y 17.100€ de IVA).

IVA).

k) La mercantil Hermol Comunicaciones SL, administrada de hecho y de derecho por el acusado Juan María , facilitó a la mercantil Acta Farma SL para el cumplimiento de su propósito defraudatorio las siguientes facturas inveraces: 25/09/2010 por importe de 53.100€ (45.000€ y 8.100€ de IVA), 30/09/2010 por importe de 60.3608,80€ (51.160€ y 9.208,80€ de IVA), 1/10/2010 por importe de 85.550€ (72.500 € y 13.050€ de IVA), 22/10/2010 por importe de 73.160€ (62.000€ y 11.160€ de IVA), 22/10/2010 por importe de 84.960€ (72.000€ y 12.960€ de IVA), 2/11/2010 por importe de 63.271,60€ (53.620 € y 9.651,60€ de IVA), y 5/11/2010 por importe de 45.135 € (38.250€ y 6.885€ de IVA).

De esta forma, la mercantil Acta Farma SL incurrió en una cuota defraudada en concepto del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio 2009 por importe de 671.430€ y en el ejercicio 2010 por importe de 636.614,54E.

Asimismo, la Agencia Tributaria pudo determinar que la liquidación tributaria correcta sería la siguiente:

Impuesto sobre Sociedades 2009 2010

Base Imponible declarada	160.957,58	643.813,33
A Impuestos no deducibles	2.238.100,00	2.122.050,00
Base Imponible comprobada	2.399.05 ,58	2.765.863,33
Tipo de gravamen Reducida dimensión	30 %	
cuota íntegra	713.707,15	829.758,99
Deducción de cuota	71.183,95	
Cuota líquida positiva	713.707,15	758.575,04
Retenciones Ingresos y pagos a cuenta	168,26	11.611,31
Pagos fraccionados y cuotas impagadas	1.395,03	15.704,14
Cuota diferencial	712.143,86	731.259,59
Cuota pagada	40.713,86	94.644,60

Cuota defraudada 671.430,00 636.614,54

En relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 2009 la cuota defraudada sería por importe de 353.096€, y en el ejercicio 2010 la cuota defraudada sería por importe de 374.324,70€, resultando estas cantidades de la suma de los importes por el concepto de IVA de las facturas inveraces indebidamente deducidas en cada uno de los ejercicios.

Los acusados Eladio y Ambrosio en su cualidad de administradores de hecho, éste último en su propio nombre y de la entidad mercantil Acta Farma SL, en este procedimiento, junto con los acusados Rodolfo y Juan María , abonaron el 11 de junio de 2013 la cuota tributaria defraudada y han reconocido los hechos a presencia judicial, asimismo el 25 de junio de 2013 ingresaron en concepto de intereses la cantidad de 253.348,38€.

Los acusados han consignado en la cuenta de consignaciones del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid la cantidad de 2.040.465,24€ (dos millones cuarenta mil cuatrocientos sesenta y cinco euros con veinticuatro céntimos) (resultado del sumatorio: 358.096€ + 374.324,70 + 67430,00+ 636.614,54) y los intereses de demora correspondientes, 253.348,38€."

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

"Absuelvo a la mercantil **ACTA FARMA, S.L.** de un delito contra la Hacienda Pública relativo al IVA

del ejercicio del 2010, así como de un delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto de Sociedades del ejercicio 2010. Declarando de oficio las costas del juicio.

Condeno a los acusados **Ambrosio , Rodolfo , Juan María y Eladio** , ya circunstanciados, como autores penalmente responsables, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de **Falsedad en documento mercantil**, ya definido, a la pena para cada uno, de prisión de seis meses, con la accesoria genérica (art. 56 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses, a razón de una cuota diaria 6€, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas.

Condeno a los acusados **Ambrosio y Eladio** , como autores penalmente responsables, y a los acusados **Rodolfo y Juan María** , como cooperadores necesarios, ya circunstanciados, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de reparación del daño, respecto de los 4 delitos contra la Hacienda Pública, de un delito contra la Hacienda pública referido al IVA del ejercicio 2009; un delito contra la Hacienda Pública referido al IVA del ejercicio 2010; un delito contra la Hacienda pública referido al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2009 y un delito contra la Hacienda Pública referido a impuesto de Sociedades del ejercicio 2010, ya definidos, a la pena para cada uno y por el delito contra la **Hacienda Pública relativo al IVA del ejercicio 2009**, de prisión de cuatro meses, con la accesoria genérica (art. 56 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 89.524€, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 90 días y con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 1 año.

Por el delito contra la **Hacienda Pública relativo al IVA del ejercicio 2010**, para cada uno, la pena de prisión de cuatro meses, con la accesoria genérica (art. 56 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 93.581€, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 90 días y a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 1 año.

Por el delito contra la **Hacienda Pública relativo al Impuesto de Sociedades del ejercicio 2009**, para cada uno, la pena de prisión de cuatro meses, con la accesoria genérica (art. 56 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 167.857,5 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 90 días y a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 1 año.

Por el delito contra la **Hacienda Pública relativo al Impuesto de Sociedades del ejercicio 2010**, para cada uno, la pena de prisión de cuatro meses, con la accesoria genérica (art. 56 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 159.153,63€, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 90 días y a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios

incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 1 año.

Pago de las costas por cuartas partes, incluidas las de la Abogacía del Estado."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de D. Ambrosio , D. Eladio y AEAT AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

TERCERO.- Se dio traslado a las demás partes personadas, a fin de que pudieran formular sus alegaciones. Remitidas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

HECHOS PROBADOS

Se asumen y tienen por reproducidos los fijados como tales en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación la Abogacía del Estado por discrepar de la absolución de la persona jurídica ACTA FARMA SL por los delitos fiscales relativos al año 2010 IVA y Sociedades, cuando se ha procedido a condenar a sus administradores efectivos por los citados delitos. El delito por el IVA se entiende consumado el 30 de enero de 2011 y el Impuesto de Sociedades consumado el 25 de julio de 2011, fechas de finalización de los periodos voluntarios de pago para cada uno de los tributos, por lo que se dan los requisitos para que la persona jurídica hubiera sido condenada por el delito contra la hacienda pública conforme a la interpretación del artículo 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995) , tanto en su redacción originaria de la LO 5/2010 (LA LEY 13038/2010) como en la vigente de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015). En el caso, Acta Farma utilizó facturas mendaces para procurarse ahorro fiscal ilícito, sin que en ningún caso, la propia estructura organizativa de la persona jurídica evitará este hecho constatado, sino todo lo contrario, pues se dedujo facturas inveraces en su contenido con total consciencia. Solicita la revocación de la sentencia solo en el extremo relativo a la absolución de ACTA FARMA.

La representación procesal de Don Ambrosio y Don Eladio se allanan al escrito presentado por el Ministerio Fiscal, aceptando la condena de la persona jurídica de ACTA FARMA S.L. en los términos expuestos en el acto del juicio oral (conclusiones definitivas) por la abogacía del estado.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso, alegando que la persona jurídica solamente era acusada por el recurrente, interesando la confirmación íntegra de la resolución recurrida en base a sus propios fundamentos por considerarlas plenamente ajustados a derecho, al ser conformes con la postura del Ministerio Público en este procedimiento, al entender, como sostiene la sentencia recurrida, que del propio reconocimiento de hechos de los acusados en el juicio se desprende que eran ellos quienes tenían el dominio del hecho sin que quepa atribuir ninguna responsabilidad por culpa in vigilando a la persona jurídica en el presente caso.

CUARTO.- En el presente caso, visualizado el DVD del acto del juicio, se constata que en el mismo se produjo un reconocimiento de los hechos y se dictó sentencia in voce. La persona jurídica cuya condena se pretende estaba representada en el acto de juicio por Don Ambrosio y con su misma representación procesal. El Sr. Ambrosio al ser preguntado reconoció los hechos de los que le acusaba el Ministerio Fiscal, en su propio nombre. El Ministerio Fiscal, renunció al resto de la prueba así como las defensas. La Abogada del Estado renunció a la práctica de la prueba, excepto la documental. La Abogada del Estado no solicitó reconocimiento de hechos por la persona jurídica, únicamente formuló preguntas a los acusados el Ministerio Fiscal y repetimos que éste no formulaba acusación a la persona jurídica. No se ha producido, por tanto, ni reconocimiento de los hechos, ni se ha practicado ninguna prueba en el acto de juicio oral respecto de la culpabilidad de la persona jurídica. No ha habido debate sobre tal extremo, ni tampoco reconocimiento de hechos, puesto que no estaba acusada por el Ministerio Público. La Abogacía del Estado único acusador debería haber preguntado a quién representaba a la persona jurídica sobre su conformidad con los hechos de su escrito de acusación, único que contemplaba pena para la persona jurídica y de no haber prestado conformidad a los hechos de su acusación, haber solicitado la continuación del juicio para demostrar los hechos contenidos en su escrito de acusación. En términos generales es conocida la

jurisprudencia constitucional que imposibilita la condena en segunda instancia de sentencias absolutorias, cabría procederse a una condena cuando en los propios hechos probados de la sentencia se derivara un error de calificación meramente jurídica, aun en ese caso la abogacía del Estado no ha solicitado la celebración de vista, por lo que se pretende es que sea condenada ACTA FARMA S.L. sin siquiera haber sido oída. Los hechos probados de la sentencia no recogen la participación criminal de ACTA FARMA S.L., puesto que son los hechos probados recogidos en el escrito del Ministerio Fiscal y él mismo, como hemos repetido, no formulaba acusación contra la persona jurídica. Esta Sala no puede incluir hechos probados que sostengan la participación de ACTA FARMA S.L. y proceder a su condena en el recurso de apelación.

Nada de ello justifica la revocación de la sentencia, que debe ser confirmada en todos sus extremos.

QUINTO. - No procede la imposición de costas en esta alzada en atención a la previsión que se contiene en el artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) , debiendo declararse de oficio.

Por todo lo expuesto

FALLAMOS

que DESESTIMANDO íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 6 de octubre de 2016 en Juicio Oral 293/15 por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid , que absolvió a la mercantil ACTA FARMA S.L de un delito contra la Hacienda Pública relativo al IVA del ejercicio 2010, así como de un delito contra la Hacienda pública relativo al Impuesto de Sociedades del ejercicio 2010, declarando las costas de oficio; debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución; y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en la presente alzada.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el día, de lo que doy fe.