

EDJ 1998/65120

AP Barcelona, sec. 2ª, S 12-5-1998, nº 403/1998, rec. 52/1998

Pte: Vilajosana Rubio, Josep María

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.123, art.305, art.349 de 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.349 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.118.2 de de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se considera probado que Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales era propietario de las fincas registrales nº NUM001 y nº NUM002, situadas respectivamente en los números NUM003 - NUM004 de la CALLE000 y nº NUM005 de la misma calle, las cuales tenían una superficie de 1.731,73 m2 y 1.683,14 m2, respectivamente, que había adquirido en dos sucesivas escrituras de compraventa, la primera de ellas de fecha 29-12-1978, en la que adquirió la mitad indivisa de dichos inmuebles de la sociedad COGRAMON, S.A., pagándose la totalidad de 37.700.000 de pesetas pasando posteriormente a adquirir en fecha 29-7-1982, la otra mitad indivisa, pagando a José Ignacio, la cantidad de 30.000.000 de pesetas, adquiriendo de este modo el pleno dominio de dichas fincas

Con posterioridad, el acusado en fecha 29-12-1988 procedió a vender a la denominada Sociedad internacional de Electrónica S.A. (SITELSA), el 68,49% de la primera finca por 38.370.000 ptas. y el 58,05% de la segunda finca por la cantidad de 31.630.000 ptas., siendo el precio total de ambas ventas de 70.000.000 de ptas., procediéndose a segregar las fincas anteriores, dando lugar ala extinción de la comunidad por cuotas. Por último, en fecha 10-4-1989, el acusado procedió a vender las fincas que le fueron adjudicadas como consecuencia de fa extinción de la comunidad por cuotas de las fincas reseñadas a Master Piel Confort S.A. por un precio conjunto de 75.000.000 de ptas.

Asimismo, durante el ejercicio fiscal correspondiente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas del año 1988, el acusado procedió a suscribir un total de 106.100 participaciones de los llamados Fondos de Inversión Multivalor que la entidad gankpyme sacaba al mercado, por un valor de suscripción de 118.500.000 ptas., suscripción que ingresó en la cuenta nº 93/2987 abierta en la citada entidad, que finalmente canjeó en 1.061 títulos al portador en fecha 28-1-89. Estas cantidades no aparecen en las declaraciones ordinarias de IRPF e IEPPF relativas a los ejercicios de 1988 y 1989. Sin embargo, en fecha 29 de diciembre de 1993, el acusado realizó autoliquidaciones complementarias de las anteriores declaraciones, ingresando su importe el 3 de enero de 1994. Dichas autoliquidaciones complementarias suponen básicamente las siguientes rectificaciones:

IRPF de 1988:

-Declaración de un incremento no justificado de patrimonio por valor de 42.500.000 ptas.

- Corrección de la minusvalía declarada por enajenación parcial de un inmueble, que se fija en 152.129.581 ptas., como resultado de la rectificación del valor de adquisición a considerar. Se toma ahora como valor del inmueble el valor de mercado, el cual se cifra en 222.129.581 ptas.

IEPPF de 1988:

- Participaciones en FIM Bankpyme, citadas valor de 43.500.000 ptas.

IRPF de 1989:

- Declaración de un incremento no justificado de patrimonio de 78.500.000 ptas., que es la parte que quedaba de la minusvalía total, una vez declarada la otra parte en el ejercicio anterior.

- Corrección de la plusvalía de 14.085.192 ptas. declarada por enajenación parcial del mismo inmueble como consecuencia de la rectificación del valor de adquisición ya indicada, lo que convierte ala citada plusvalía en una disminución patrimonial de 57.385.204 ptas.,

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública del art. 349 del C.P. de 1973 EDL 1973/1704 y consideró autor del mismo al procesado Sr. Emilio, solicitando la imposición de la pena de 2 años de prisión menor y multa de 133.283.352 ptas. e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como el pago de las costas. El representante de la Administración Pública calificó los hechos de igual manera, consideró también autor de los mismos al Sr. Emilio y solicitó la pena de dos años de prisión menor y multa de 66.641.676 ptas. accesorias y costas, así como la pérdida del derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas o beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período de 6 años. Asimismo solicitó en concepto de responsabilidad civil que el acusado indemnice a la Hacienda Pública la cantidad de 22.213.892 ptas., incrementadas con el interés legal.

TERCERO.- Por su parte, la defensa del procesado negó la existencia del delito que se le imputa, solicitando su libre absolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son los grandes temas objeto de discusión en el presente asunto. Primero, si nos hallamos ante una defraudación al fisco susceptible de subsumirse en el tipo delictivo del art. 349 C.P. EDL 1995/16398 (o de su análogo posterior). Segundo, si se dan las circunstancias que permiten aplicar la exención penal prevista en el art. 305.4 del vigente C.P. EDL 1995/16398

De lo dicho en los antecedentes de hecho se desprende que la existencia de una deuda tributaria superior a 15 millones de pesetas, y con ello la presencia de un delito contra la Hacienda Pública, a cargo del acusado por el IRPF de los ejercicios de 1988 o 1989 depende fundamentalmente del valor que se asigne a 31 de diciembre de 1978 de las mencionadas fincas, la mitad adquirida por el Sr. Emilio con anterioridad a esta fecha y que fueron transmitidas en los ejercicios de 1988 y 1989.

Al respecto, cabe decir que en las autoliquidaciones complementarias realizadas por el acusado y en el informe que consta en autos de las Inspectoras de Hacienda de fecha 19 de mayo de 1995 existe acuerdo tanto en el valor de adquisición de la mitad de las fincas adquiridas en 1982, como en las fechas, valores de enajenación y coeficientes aplicables. La discrepancia fundamental reside en el diferente valor de mercado de la parte proindivisa de las fincas adquirida antes de 1978, lo que hace que mientras para el acusado la minusvalía patrimonial asciende a 152.129.581 ptas. en 1988 y 57.385.204 ptas. en 1989, en cambio para la Inspección sólo se compute una minusvalía de 74.746.525 ptas. Este distinto valor procede de sendos informes parcialmente no coincidentes, emitidos por los peritos que depusieron en el acto del juicio oral, Sr. Arturo, para las primeras cantidades, y Sr. Ernesto, para las segundas. Es de suma importancia, pues, comparar ambos peritajes- Si se toma el valor peritado por el Sr. Ernesto, la disminución patrimonial resultante es inferior y puede dar lugar al incumplimiento de una obligación tributaria superior a los 15 millones de pesetas (y por tanto, de carácter delictivo- En cambio, si lo que se toma es el valor de adquisición propuesto por el Sr. Arturo, la disminución patrimonial sería lo suficientemente alta (Incluso si nos quedáramos sólo con las cantidades imputadas al ejercicio de 1988) como para compensar el incremento patrimonial no declarado relativo a los Fondos de Inversión y, por tanto; habría que concluir que no existió delito-

Examinados ambos informes y teniendo en cuenta lo manifestado por ambos peritos en el acto del juicio oral así como el razonado informe del perito Sra. Encarna, se aprecia que las divergencias principales entre las dos valoraciones se encuentran en dos puntos. En primer lugar, la relevancia o no del uso al que se destine el citado inmueble. Según el informe del Sr. Arturo el hecho de que el inmueble se halle sito en una calle comercial y que su uso sea precisamente el de local comercial hace que el precio de mercado aumente considerablemente. El Sr. Ernesto, en cambio, no estimó que fuera relevante esta diferencia. En segundo lugar, la relevancia o no de que el inmueble sea de propiedad compartida. Según el informe del Sr. Ernesto, este punto sí merece atención por cuanto entiende que hay que aplicar un coeficiente de depreciación del 20% al considerar que el hecho de que existan dos copropietarios en un inmueble hace más difícil la venta del mismo a una tercera persona- En cambio el Sr. Arturo considera que jamás se ha aplicado un coeficiente de depreciación por esta causa y que tampoco se encuentra justificada su aplicación en el presente caso. Hay que decir, empero, que posteriormente el Sr. Ernesto mantuvo, en una posterior relación pericial que obra en el folio 434 y vuelto de las actuaciones, que "puede despreciarse el dato" de la copropiedad, para acabar manifestando en el acto del juicio oral que en este tipo de valoraciones había un componente altamente subjetivo.

Frente a tales discrepancias entre los informes periciales, cabe decir que este Tribunal no puede pronunciarse rotundamente por ninguno de ellos, si bien considera que el realizado por el Sr. Arturo no puede ser tildado de desmesurado en sus apreciaciones, como pretende el Ministerio Fiscal y el abogado del Estado. Si nos atenemos a los dos puntos principales de discrepancia, por un lado, no parece en absoluto descabellado tener en cuenta el uso que haya que dar al inmueble objeto de tasación y, por otro, parece poco plausible considerar que el valor de adquisición de un inmueble disminuye por el hecho de tenerlo en propiedad compartida. Sólo a modo de ejemplo, piénsese que esta última posición nos llevaría al absurdo de considerar que una gran mayoría de inmuebles cuya titularidad comparten marido y mujer, por esta única razón, quedarán en un 20% depreciados en su valor respecto a los inmuebles de los que sólo una persona sea el titular.

Así, pues, dado que el único aumento posible de la deuda tributaria respecto de la que consta en las autoliquidaciones complementarias realizadas sería el relativo a la existencia de un valor de mercado del inmueble generador de las minusvalías declaradas inferior al que consta en las citadas autodeclaraciones y puesto que dicho valor no ha quedado indubitadamente acreditado, según se acaba de ver, y sin perjuicio de lo que en su caso pueda apreciarse en vía administrativa, no existe prueba suficiente que desvirtúe en este punto la presunción de inocencia del acusado, con lo que no procede condenar por el art. 349.1 del C.P. de 1973 EDL 1973/1704 (ni por el art. 305 del vigente CP. EDL 1995/16398).

Hay que añadir, además, que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, iniciada en la S 29 Jun 1985 y continuada en SS 2 Mar 1988, 26 Nov y 27 Dic. 1990, 28 Jun., 20 Nov., 3 Dic 1991, 31 Oct. 1992 y 9 Mar. 1993, entre otras, que el delito contra la Hacienda Pública imputado exige un elemento subjetivo específico (ánimo de defraudar) para evitar que la intervención penal conduzca a la prisión por deudas. Pero esta intención defraudatoria, evidente en quien declara mal o torticeramente, y que también puede darse en quien no declara, porque siendo consciente de ese deber omite una actuación esperada por la Administración tributaria susceptible de ser tomada como expresión -inveraz de no existir hecho imponible, difícilmente puede apreciarse en quien declara sin ocultar datos. La S 3 Dic. 1991 citada acudía a la significación semántica del verbo del tipo "eludir", equivalente a huir o escapar de una obligación o compromiso con habilidad o artificio, lo cual podía hacerse, con simple transposición del concepto, mediante la ocultación o desfiguración de alguno de los datos necesarios para la ajustada cuantificación de la deuda tributaria, o mediante la omisión de la declaración que los oculta todos con tendencia defraudatoria, pero no puede llevarse a cabo si no se ocultan datos, como en el caso que nos ocupa, pues así lo

imponen de consuno exigencias lógicas y razones de eficacia del precepto penal. Sobre este punto, no obstante, volveremos al delinear el concepto de regularización.,

SEGUNDO.- Por lo que hace a la exención de responsabilidad penal recogida en el art. 305-4 del vigente C-P. (349.3, del C. P. de 1973) hay que decir lo siguiente. Este precepto, por lo que ahora imparta, exime de responsabilidad penal a quien "regularice" su situación tributaria antes de que "el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias". Por lo tanto, es preciso saber si el acusado regularizó su situación tributaria antes o no de tener conocimiento formal" de la iniciación de diligencias.

En este punto, hay dos cuestiones que merecen tratamiento separado cuando se da la regularización de la situación tributaria y cuándo hay que entender que aquélla ha sido realizada con anterioridad al conocimiento formal de las diligencias. Ambas circunstancias, regularización y carácter previo, son condiciones necesarias para apreciar esta excusa absoluta

En cuanto a la primera cuestión, hay que decir que no ha quedado acreditado que el acusado al efectuar las autoliquidaciones complementarias, ocultara ningún dato relevante Ya vimos en el primer fundamento jurídico que la discrepancia con la inspección de la Administración Tributaria nacía de una distinta valoración de diversas operaciones, pero no del hecho de que el acusado escondiera información relativa al delito que se le imputa Al margen pues de lo que en su día pueda determinarse por vía administrativa lo cierto es que por lo que interesa en esta sede no se ha probado en ningún momento que el Sr Emilio ocultara datos al fisco en sus declaraciones complementarias. El hecho de presentar tales declaraciones y sin ocultar datos es suficiente a efectos penales para considerar que se ha producido una regularización de la situación tributaria del hoy acusado

Por lo que hace a la segunda cuestión, es preciso empezar recordando las posibles fechas relevantes El Sr Emilio firmó las autoliquidaciones complementarias en fecha 29 de diciembre de 1993. ingresando su importe el 3 de enero de 1994. todo ello debidamente acreditado en autos y sin que ninguna parte haya manifestado discrepancias al respecto El mismo día 3 de enero de 1994 el Sr Alvaro, apoderado del Sr Emilio recibió la notificación del Auto de inculpación de este último en ausencia del mismo y asumiendo el compromiso de ponerlo en su conocimiento. Posteriormente, el ahora acusado compareció el día 18 de enero de 1994 ante la Guardia Civil para ser notificado personalmente

Por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado se arguye al respecto en esencia, que no se cumple el presupuesto legal que daría lugar a la excusa absoluta en los casos (y se supone que éste sería uno de ellos) en los que se han practicado actuaciones procesales que "permitían al imputado el conocimiento formal de las diligencias penales añadiéndose que otra interpretación permitiría conductas fraudulentas por parte de quienes, conocedores de la existencia del procedimiento penal evitasen su notificación personal ampliando así el plazo para la regularización estableciéndose una desigualdad en relación con quienes se practicase dicha diligencia de forma personal Esta errónea conclusión seguramente se debe a una interpretación aislada del término permitan que aparece en el citado precepto Sin embargo como ya ha sido afirmado por esta Sala en otras ocasiones véase por todas. Auto de recurso de queja 274/96). lo importante aquí es hacer una interpretación conjunta de permitir y la expresión conocimiento formal Al respecto debe tenerse en cuenta la naturaleza del Auto de inculpación y su trascendencia en orden a fijar la situación procesal del inculpado pues se trata de un acto que permite a las partes la ocasión de hacerse oír y de exponer cuanto convenga a la defensa de sus intereses legítimos lo que exige a su vez un previo conocimiento de forma completa y detallada, de los hechos presuntamente delictivos y cuya comisión se le atribuye A la trascendencia de dicho Auto se une en el presente caso el que determina el momento a partir del cual resulta imposible la aplicación de la excusa absoluta que estamos analizando. Por tanto, de forma analógica a lo previsto en el art. 182.2 y can apoyo asimismo del art. 118, segundo párrafo de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , se entiende que el Auto inculpatario precisa de un conocimiento personal de la persona o personas a las que se refiere, de la misma manera que dicha Ley exige tal notificación personal cuando se trata de otros actos que afectan de forma grave a los intereses de las partes como son, a título de ejemplo, los previstos en los arts. 384, 501, 508, 517, 589 y 597 de la misma Ley.

Siguiendo este mismo criterio, supondría el fin de plazo para la regularización fiscal y, por tanto, de la posibilidad de aplicación de la citada excusa absoluta la notificación personal del Auto por el que se admite a trámite la denuncia o querrela en la que se describen suficientemente los hechos presuntamente delictivos y las personas afectadas como la primera comparecencia ante el Juez Instructor en que se ponga en conocimiento del futuro declarante la naturaleza de la imputación. En consecuencia, se entiende que la expresión "conocimiento formal" exige la garantía de que los hechos sean conocidos personalmente por las personas a las que afecta y no a través de cualquiera de los demás medios procesalmente permitidos salvo que, utilizando cualquiera de ellos, se constatare suficientemente que, de hecho, había llegado a su conocimiento como es el caso previsto en el art. 180, segundo párrafo de la misma Ley.

Aplicando la anterior argumentación a las circunstancias que nos ocupan, es evidente que la notificación personal al inculpado se produce en fecha posterior (18 de enero) a la de la regularización formal (3 de enero. Es más, aun si tomásemos como fecha de conocimiento formal la de la notificación al apoderado (3 de enero), que no es el caso, nos encontraríamos con una simultaneidad entre la regularización y la notificación, pero no con una regularización posterior.

Por todo ello, resulta aplicable al presente caso la excusa absoluta del art. 305.4 del vigente C.P. EDL 1995/16398 , ya que se ha dado una regularización y ésta ha tenido lugar con anterioridad al conocimiento formal del Auto de imputación por parte del Sr. Emilio.

TERCERO.- Sea porque no se probó la existencia de delito (primer fundamento), sea porque se dan las condiciones para apreciar la citada excusa absoluta (segundo fundamento), queda claro que se impone absolver al acusado Sr- Emilio del delito del cual venía siendo acusado.

CUARTO.- "A contrario sensu" de lo establecido en el art. 123 del C.P EDL 1995/16398 en caso de absolución las costas deben declararse de oficio.

VISTOS los artículos de pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al procesado D. Emilio del delito contra la Hacienda Pública por el que venía siendo acusado, dejándose sin efecto todas las medidas cautelares que contra el mismo por esta causa le derivaren y declarándose de oficio las costas procesales devengadas

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Siguen las firmas, rubricados.- Publicación. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública; certifico.

Concuerda bien y fielmente con su original, al que me remito. Y para que - conste, libro y firmo la presente en Barcelona, a de de mil novecientos noventa y

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370021998100520