

EDJ 1998/25392

AP Madrid, sec. 2ª, S 25-9-1998, nº 366/1998

Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen

Resumen

La Audiencia estima parcialmente el recurso interpuesto por el acusado y no da lugar al del Abogado del Estado frente a sentencia que, absolviendo a uno de los procesados, condenó al ahora recurrente por delito contra la hacienda pública, rebajándole la pena al concurrir la atenuante del art. 21,5 CP 1995. Considera el Tribunal, respecto del recurso del procesado y entre otros pronunciamientos, que si bien no es admisible la exoneración de la pena por regularización de las prescritas deudas tributarias, por haberse producido después de actuaciones que le permitieron tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias, como quiera que procedió a reparar el daño ocasionado, debe ser valorado como atenuante. Por otro lado, se rechaza el recurso del Abogado del Estado, pues sólo puede ser sujeto del delito el contribuyente o sus sustituto, y no un tercero.

NORMATIVA ESTUDIADA

10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.21.5 , art.349

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA
DEFRAUDACIÓN A LA HACIENDA
Elusión del pago de tributos
PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD
Partícipes: autor

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Procedimiento abreviado

Legislación

Aplica art.21.5, art.349 de 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.240, art.792.5 de de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juicio Oral seguido en el Juzgado de Penal núm. 5 de Madrid, con el número 0455/97, con fecha 11.3.98, y bajo el número 90/98, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"FALLO. Que debo condenar y condeno a Luis, ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de un delito contra la hacienda publica, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de 43.613.265 pts. con noventa días de arresto sustitutorio en caso de impago y a que abone la mitad de las costas causadas; y que debo absolver y absuelvo de dicho delito a Pedro, declarándose de oficio la mitad restante de las costas procesales."

Y como Hechos Probados expresamente se recogen:

"Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio oral, expresa y terminantemente se declara probado que Luis, mayor de edad, con antecedentes penales por haber sido condenado por sentencia de 4.12.91, firme el 21.12.91 por delito de falsedad en documento mercantil, en libertad de la que no ha estado privado por esta causa, con la finalidad de ocultar a la Administración Tributaria el incremento patrimonial que le iban a reportar la venta de unos locales destinados a oficinas y unas plazas de garaje de su propiedad, sitas en la calle..., de Madrid, concertó con Pedro, mayor de edad, sin antecedentes penales, en libertad de la que estuvo privado entre el 18.1. y el 25.11 de 1.992 por las diligencias previas 79/92 del Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, de las que fue desglosada la presente causa, que obrando éste en su condición de Administrador único de "C.", mercantil carente de actividad real, simular la venta

de tales inmuebles a la citada entidad que, a su vez los venderla inmediatamente a precio muy inferior al realmente percibido por Luis, y recibiendo Pedro por su intervención una suma de alrededor de un millón de pesetas.

En ejecución de dicho plan, el día 29.1.1988 ambos otorgaron ante el Notario de Madrid José Luis, escritura pública de compraventa de los inmuebles por importe de 95.000.000 pts., operación que tuvo el número de protocolo 284 del mismo. A continuación, y con la misma fecha y número de protocolo 285 del mismo Notario, "C.", representada por Pedro vendió las mismas fincas a "C., S.A." y a "COMPAÑIA INMOBILIARIA E., S.A" por precio total de 178.000.000 pts., recibiendo el precio Luis.

En 1.989, al realizar su declaración del I.R.P.F. correspondiente al ejercicio de 1.988 incluyó, al computar los Incrementos patrimoniales sometidos a gravamen, como precio recibido por los inmuebles el de 95.000.000 pta., en lugar del real de 178.000.000 pts., de lo que resultó que la cuota que ingresó a la Hacienda Pública fue inferior en 43.613.265 pts. a la que hubiera correspondido de consignaras el precio real percibido.

El día 13.3.92 Luis, asistido por Letrado, prestó declaración como imputado en las citadas diligencias previas 79/92, habiendo sido previamente instruido de sus derechos como imputado y de los hechos objeto de imputación, contestando numerosas preguntas sobre las compraventas antes reseñadas y su incidencia en su declaración de IRPF de 1.988.

El día 16.3.92 Luis presentó declaración complementaria del IRPF correspondiente al ejercicio de 1.988, en la que declaraba como precio de los inmuebles la suma de 143.039.000 pts, ingresando como cuota diferencial 29.282.100 pts; y el 13.5.92 presentó una segunda declaración complementaria consignando el precio real de la venta, reducido a 168.404.000 pts., por deducción de los gastos generados por la transmisión, e ingresando en concepto de cuota diferencial la suma de 14.331.165 ptas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia por la representación procesal de Luis, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso al Ministerio Fiscal, se presentó escrito de impugnación en base a la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Juzgado de lo Penal más arriba referido se remitieron a este Tribunal los Autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 2.9.98.

En el presente juicio se han observado todas las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia, dado el exceso de trabajo que pesaba sobre esta ponente.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son los recursos interpuestos contra la sentencia, el del abogado del Estado y el de la representación de Luis, por distintos motivos.

En primer lugar el abogado del Estado recurre por infracción de lo dispuesto en el art. 349 y 17/3 del Código Penal EDL 1995/16398 de 1.973, ciñéndose únicamente en la impugnación jurídica de la sentencia, a la libre absolución del acusado Pedro. Señala en su recurso, que de la lectura de los hechos, no deja lugar a dudas la cooperación necesaria de Pedro en la comisión del delito fiscal. La sentencia recurrida fundamenta la absolución en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1.990 que entiende que en los delitos de primera mano sólo puede ser sujeto activo de los mismos el que sea directamente tributario o acreedor del imputado; pero nunca un tercero.

Señala que esta jurisprudencia ha sido modificada por sentencia de 1.994 e incluso la de 20 de Mayo de 1.996, en las que no se exige tal condición.

El motivo no puede prosperar y se comparte por este Tribunal los fundamentos contenidos en la sentencia y que siguen estando en vigor ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 25.2.1998 declara "que sólo puede ser sujeto del delito, el contribuyente o su sustituto, por lo que el delito fiscal sólo puede ser considerado como especial o de propia mano".

De ahí que tan solo quepa junto con la desestimación del recurso, la confirmación de la resolución.

SEGUNDO.- En cuanto al recurso planteado por la representación de Luis Usara por la condena efectuada en la sentencia como responsable de un delito contra la Hacienda Pública; se invocan como motivos; inidoneidad de los peritos: su recusación. Indeterminación de la cuota presuntamente defraudada. Inaplicación de la exoneración de pena por regularización de las presuntas deudas tributarias. Diseño y alcance de la expresión legal "conocimiento formal", que conllevarla en el presente supuesto a la ausencia y por consiguiente infracción del art. 349-3º del Código Penal EDL 1995/16398 de 1.973. Alternativamente se formula la petición de aplicación de la atenuante muy cualificada con arreglo al nuevo Código Penal EDL 1995/16398 art. 21-5º rebajando la pena dos grados.

En relación con la recusación de los peritos, el letrado defensor del acusado Luis, hoy apelante, llegado el momento en el juicio en que terminada la prueba testifical y comienza la pericial, señaló que se proponía recusar a los peritos porque son parte interesada; y tras diversas intervenciones como consta en el acta del juicio, por SSª se acuerda la participación de ambos peritos por estimarse que el interés institucional que se alega no es causa de recusación. Este tribunal tiene que poner de relieve que no era el momento procesal oportuno para la recusación de peritos, ya que las partes conocían las pruebas propuestas por las partes y el art. 792-5º de la Ley de Enjuiciamiento criminal EDL 1882/1 remite a los art. 723 a 725 de la misma Ley en los que se hace referencia a las causas de recusación

y a la forma y a que la sustanciación de los incidentes tendrá lugar en el tiempo que media desde la admisión de las pruebas propuestas hasta la apertura de las sesiones.

Debiendo detenerse presente que conforme con el art. 793.2º de la mencionada Ley. El juicio oral comenzará con la lectura por el secretario de los escritos de acusación y defensa, seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que las partes que puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto".

La defensa no propuso una contraprueba pericial y por consiguiente la actuación judicial fue correcta. Pero es que además, si se observa el contenido de la prueba podríamos señalar que el perito Tomas, no hizo ningún informe en estas diligencias tal y como refirió. En cuanto a Vicente, pone de manifiesto que realizó el informe que obra a los folios 199 a 202, ratificándose en el mismo; y del contenido de tal informe y como refiere a preguntas del hoy apelante, el juez instructor le pidió saber si las declaraciones complementarias del acusado Luis eran correctas o no; y el dicente se limita a informar según las cifras que se han manejado en las declaraciones. Tuvo en cuenta las complementarias de marzo y mayo de 1.992. Una era porque tenía que hacer un suplemento a la realizada en 1.989 porque había salido una cifra con disminución patrimonial y que no resultaba correcta. Y en la de mayo no recordaba si se hizo requerimiento para que aportara la declaración, pero lo haría para poder llevar a cabo el informe judicial.

Los documentos los tomó de las declaraciones es decir que en realidad no vino a realizar un informe pericial, sino que se limitó a poner de manifiesto la situación fiscal de Luis en el momento en que se le solicitó. De ahí que el motivo no pueda ser estimado.

Sobre la indeterminación de la cuota presuntamente defraudada; tampoco puede estimarse, ya que ha sido a través de las escrituras públicas realizadas y la declaración de la renta efectuada, como ha podido contrastarse la diferencia y el propio acusado ha realizado dos declaraciones complementarias, reconociendo así la deuda con la Hacienda Pública.

En cuanto a la exoneración de pena por regularización de las presuntas deudas tributarias y el alcance de la expresión legal "conocimiento formal". La propia sentencia señala en el fundamento primero que no es posible su admisión dados los términos del actual art. 305-4º del vigente Código Penal EDL 1995/16398 de 1.995, ya que en este precepto se señala que "la exención de responsabilidad solo nace cuando la regularización se produce antes de, entre otros supuestos, que".... el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias". El acusado Luis el día 13 de marzo de 1.992 tuvo formal conocimiento de la existencia de diligencias judiciales; tal día fué al Juzgado de Instrucción a declarar en concepto de imputado, y como consta en dicha declaración se le instruyeron de sus derechos; por SSª se le solicitó documentación. Con anterioridad existen un escrito de personación con Procurador y Abogado que tuvo su entrada en el Decanato con fecha 28 de Febrero de 1.992, siendo dicho letrado el que estuvo con el declarante. Si bien se proveyó después. Consta el escrito presentado en Decanato con fecha 30 de marzo de 1.992 y proveído el 1 de abril de 1.992; en dicho escrito la defensa del apelante hace un relato de hechos, haciendo mención a que se cumple el requerimiento del juzgado, prueba todo ello de que Luis tuvo conocimiento formal de las diligencias con anterioridad de la realización de la primera declaración complementaria de Hacienda; por ello la exoneración no puede operar. Ahora bien; este Tribunal no puede ser ajeno a que el comportamiento de Luis, que procedió a reparar el daño ocasionado, en este caso con la Hacienda Pública, debe de ser valorado como una atenuante del art. 21 núm. 5 del Código Penal vigente EDL 1995/16398 que contempla esta circunstancia cuando se realice en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral; teniendo por consiguiente una amplitud mayor que la circunstancia existente con anterioridad en el Código Penal EDL 1995/16398 en el que hacía falta un requisito temporal, y este Tribunal estima debe aplicarse como cualificada ya que con su conducta se produce una efectiva realización de la justicia, porque ha facilitado con la reparación efectuada una finalización de la causa más rápidamente y tal actitud debe de ser recompensada; por ello de conformidad con el art. 66-4º del mismo texto legal se rebajara la pena en dos grados, por los motivos ya señalados.

De ahí que sea mas favorable la aplicación del nuevo Código Penal EDL 1995/16398 al resultar más favorable que el vigente al tiempo de cometerse los hechos, los cuales se incardinaron dentro del art. 305-1º del Código Penal EDL 1995/16398 de 1.995.

La pena a imponer será, teniendo en cuenta las reglas 70 y 71-2º que remite al art. 88 del mismo texto legal, la pena será de multa, de cuota de 5.000 ptas. día por 180 días y la pena de multa de diez millones novecientas mil pts.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada a tenor de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

En atención a lo expuesto.

FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, debemos CONFIRMAR la sentencia en cuanto a la absolución de Pedro y que ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Luis, debemos CONDENARLE como responsable de un delito contra la Hacienda Pública, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 21-5 como cualificada a la pena de multa de novecientas mil pesetas, al ser la multa de 5.000 pts. día por 180 días y a la pena de diez millones novecientas mil ptas., pago de la mitad de costas de primera instancia; con declaración de oficio las costas de esta segunda instancia.

Al notificar esta sentencia dese cumplimiento a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carmen Compaired Plo.- A. María Riera Ocariz.- Gregoria Díaz Bordallo.