



Roj: **STS 1158/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1158**

Id Cendoj: **28079120012024100175**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2024**

Nº de Recurso: **1523/2022**

Nº de Resolución: **217/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 217/2024

Fecha de sentencia: 07/03/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1523/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2024

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1523/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 217/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de marzo de 2024.



Esta sala ha visto los recursos de casación núm. 1523/2022, interpuestos por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por la mercantil **Representaciones Lito S. L.**, representada por la procuradora D.^a Margarita Pereira Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Carlos Seoane Domínguez y por la **Agencia Estatal de la Administración Tributaria**, representada y asistida técnicamente por la Abogacía del Estado, contra la sentencia núm. 29/2021, dictada el 18 de junio, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra y aclarada por auto de fecha 29 de noviembre, en el Rollo de Sala núm. 61/2016, dimanante de las Diligencias Previas núm. 671/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Caldas de Reis, en la que se condenó a D. Cirilo y a Representaciones Lito S.L. como autores criminalmente responsables de cuatro delitos de defraudación tributaria del art. 305.1 del Código Penal, concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y se les absolvió de otros delitos de los que venían siendo acusados. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Caldas de Reis incoó Diligencias Previas con el núm. 671/2015, por delitos de defraudación tributaria contra D. Cirilo y contra Representaciones Lito S.L, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección Cuarta dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 61/2016, sentencia el 18 de junio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"La mercantil Representaciones Lito, S.L., se constituyó el día 27 de octubre de 2010 mediante escritura pública y fue inscrita en el Registro Mercantil el día 23 de noviembre de 2010.

Dicha sociedad tiene como órgano de administración un consejo de administración, del cual era presidente Cirilo, quien también era consejero delegado "solidario y mancomunado" junto con otras dos personas.

En el año 2011 la compañía Representaciones Lito, S.L., tuvo unos ingresos por comisiones, que cobraba a las orquestas y artistas que representaba, de 1 304 839,25 euros, lo que suponía que tenía una cuota devengada por el IVA de 234.871,065 euros. En ese año, la empresa soportó un IVA por 27.935,46 euros y pagó por el IVA 31.365,44 euros; en consecuencia, no ingresó, conscientemente, la suma de 175 570,165 euros.

En el año 2012 Representaciones Lito, S.L., tuvo unos ingresos, por el mismo concepto anterior, de 1.198.670,45 euros. Por lo tanto, la cuota de IVA devengado, al 18%, fue de 215.760,681 euros. Soportó aun IVA por 22.922,64 euros y pagó según la declaración del IVA de ese año, la suma de 42.033,95 euros; en consecuencia, no pagó, conscientemente, la suma de 150.804,091 euros."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que condenamos a Cirilo, como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y 3 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 180.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Cirilo, como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 160.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
3. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.



Que condenamos a Representaciones Lito, S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 180.000 euros.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Representaciones Lito S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA, del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 160.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Condenamos a Cirilo y la Representaciones Lito S.L., a indemnizar a la AEAT con las sumas de 175.570,165 euros por el IVA impagado del año 2011 y de 150.804,091 por el IVA del año 2012; estas cantidades se incrementarán con el interés previsto en el artículo 26 de la Ley General Tributaria.

Absolvemos a los acusados de los demás hechos imputados.

Declaramos de oficio dos tercios de las costas e imponemos el restante tercio a los acusados."

La Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración de fecha 29 de noviembre de 2021, con la siguiente parte **dispositiva**:

"Acordamos el complemento de la sentencia dictada en esta causa el día 18 de junio de 2021 mediante este auto. Se debe modificar la, sentencia, además de con lo indicado en este auto acerca de la fundamentación, del siguiente modo:

En la declaración de hechos probados se añade un párrafo, en su final, con el siguiente contenido:

En el año 2011 la sociedad Representaciones Lito, S.L., pagó en concepto de impuesto de sociedades la suma de 11.374,45 euros, cuando; en realidad, la suma que debería haber pagado por el impuesto era de 180. 588,488 euros; y en el año 2012 declaró por este impuesto la suma de 1.716,29 euros, cuando debería haber pagado 179.198,94 euros.

La decisión de la sentencia queda redactada del siguiente modo:

Que condenamos a Cirilo , como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y 3 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 180.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
3. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Cirilo , como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 160.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
3. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.



Que condenamos a Representaciones Lito, S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 180.000 euros.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Representaciones Lito S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (IVA del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 160.000 euros.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Condenamos a Cirilo y a Representaciones Lito, S.L., a indemnizar a la AEAT con las sumas de 175.570,165 euros por el IVA impagado del año 2011 y de 150.804,091 euros por el IVA del año 2012; estas cantidades se incrementarán con el interés previsto en el artículo 26 de la Ley General Tributaria.

Que condenamos a Cirilo, como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (impuesto de sociedades del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y 6 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 185.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
3. Pérdida de la posibilidad de obtener: subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Cirilo, como autor de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (impuesto de sociedades del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Prisión de 1 año y 6 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.
2. Multa proporcional de 185.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados.
3. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Representaciones Lito, S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (impuesto de sociedades del año 2011) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 185 000 euros.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Que condenamos a Representaciones Lito, S.L., como autora de un delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 (impuesto de sociedades del año 2012) en relación con el artículo 31, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6°, todos ellos del Código Penal, con las siguientes penas:

1. Multa proporcional de 185.000 euros.
2. Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Condenamos a Cirilo y a Representaciones Lito, S.L., a indemnizar a la AEAT con las sumas de 180.588,488 euros por el impuesto de sociedades del año 2011 y de 179.198,94 euros por el impuesto de sociedades del año 2012; estas cantidades se incrementarán con el interés previsto en el artículo 26 de la Ley General Tributaria.

Absolvemos a los acusados de los demás hechos imputados.



Declaramos de oficio un tercio de las costas e imponemos los dos tercios restantes a los acusados."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por la mercantil acusada, Representaciones Lito S.L, y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.-Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) La Agencia Estatal de Administración Tributaria:

Único.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

B) Representaciones Lito S.L.:

Primero.- Por vulneración de derecho fundamental. Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la invariabilidad e intangibilidad del fallo de las sentencias (art. 24 CE en relación con el art. 26 LOPJ).

Segundo.- Por vulneración de derecho fundamental. Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del principio acusatorio.

Tercero.- Por vulneración de derecho fundamental. Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la intangibilidad de lo juzgado y la prejudicialidad penal, al apartarse la Sentencia impugnada de los hechos declarados probados en sentencia firme y definitiva dictada previamente por la jurisdicción penal STC 24/1984, de 3 de febrero, todo ello en relación con el art. 11.1 LOPJ.

Cuarto.- Por vulneración de derecho fundamental. Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con la necesidad de motivación de la sentencia (art. 24 y 120.3 CE).

Quinto.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.2 LECrim: Error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Sexto.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 305 CP.

Séptimo.-Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 31 bis CP.

Octavo.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 21.6º CP y art. 66 bis CP.

Noveno.- Por infracción de ley. Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de los arts. 52 CP, art. 31.bis.2 CP, art. 66 bis CP y 31 bis 2 CP en relación a las penas impuestas a Representaciones Lito SL.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente de los recursos de casación interpuestos por los recurrentes; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo de la LECrim, por la representación procesal de Representaciones Lito S.L, y por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de marzo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cirilo ha sido condenado en sentencia núm. 29/2021, de fecha 18 de junio, completada mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Rollo de Sala 61/2016, dimanante de la causa Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 671/2015, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Caldas de Reis, como autor de los siguientes delitos:

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (IVA del año 2011) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP, a las penas de prisión de 1 año y 3 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo;



multa proporcional de 180.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (IVA del año 2012) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª, a las penas de prisión de 1 año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo; multa proporcional de 160.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (impuesto de sociedades del año 2011) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP a las penas de prisión de 1 año y 6 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por el mismo tiempo; multa proporcional de 185.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3.000 euros o fracción no pagados; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (impuesto de sociedades del año 2012) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP a las penas de prisión de 1 año y 6 meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo; multa proporcional de 185.000 euros, que en caso de impago se corresponderá con un día de responsabilidad personal por cada 3000 euros o fracción no pagados; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

En la misma sentencia ha sido condenada Representaciones Lito, SL, como autora de:

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (IVA del año 2011) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP, a las penas de multa proporcional de 180.000 euros, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (IVA del año 2012) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP, a las penas de multa proporcional de 160.000 euros, pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (impuesto de sociedades del año 2011) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP a las penas de multa proporcional de 185.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP (impuesto de sociedades del año 2012) en relación con el art. 31 CP, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP a las penas de multa proporcional de 185.000 euros y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Igualmente D. Cirilo y Representaciones Lito, SL han sido condenados a indemnizar a la AEAT con las sumas de 175.570,165 euros por el IVA impagado del año 2011 y de 150.804,091 euros por el IVA del año 2012; 180.588,488 euros por el impuesto de sociedades del año 2011 y de 179.198,94 euros por el impuesto de sociedades del año 2012, incrementándose las citadas cantidades con el interés previsto en el art. 26 de la Ley General Tributaria.

En la misma sentencia fueron absueltos de los demás delitos por los que habían sido acusados, declarando de oficio un tercio de las costas y condenando en los dos tercios restantes a los acusados.

La citada sentencia ha sido objeto de recurso por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por Representaciones Lito SL.

Recurso formulado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.



SEGUNDO.- El único motivo del recurso formulado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria se formula por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Enumera como elementos literosuficientes a partir de los cuales se evidencia la equivocación del Tribunal los registros de caja extracontable de la empresa; distintas hojas de cálculo Excel con las cuentas personales con los agentes de zona, de las orquestas representadas, con las cuentas de explotación de determinadas orquestas, y con información adicional, en particular, con resúmenes de cada temporada; la contabilidad analítica de cada orquesta; las bases de datos de las fiestas; las facturas emitidas por la obligada tributaria; y las diligencias obrantes en el expediente administrativo.

Todos estos documentos demuestran, a su juicio, que el Tribunal ha errado al valorar la prueba, al considerar que Representaciones Lito S.L. desarrollaba su actividad como comisionista en nombre y por cuenta ajena, cuando, a su juicio, actuaba como comisionista en nombre propio y por cuenta ajena.

Entiende que su actividad no era la mera intermediación en nombre y por cuenta ajena sino la prestación de servicios musicales, ya que no proveía estrictamente de los servicios artísticos de una serie de personas, los músicos, para organizar un espectáculo, sino que vendía el espectáculo en sí mismo.

Así, según estima la recurrente, proveía de una serie de medios materiales (vehículos, escenarios y equipos de iluminación y sonido) y humanos (director de orquesta, músicos, técnicos y auxiliares) coordinados y organizados para ejecutar la actuación y ofrecérsela a sus destinatarios.

Concluye señalando que la empresa no era una mera intermediaria o comisionista, sino que realizaba en nombre propio toda la actividad económica, debiendo, en consecuencia, serle imputados todos sus resultados, a los efectos de calcular la base imponible de los impuestos defraudados.

1. Conforme reiterada y consolidada doctrina de esta Sala (SSTS 976/2013, 767/2016 y 7/2018, entre otras muchas), "una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim en el sentido de mantener su capacidad de operar contra reo en materia penal. Particularmente significativa es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal Europeo existió violación del artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la muy reciente STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto Gómez Olmedo c. España).

En nuestra práctica judicial no se había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012. Se consagró entonces la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional (STEDH de 20 de septiembre de 2016 asunto Hernández Rayo c. España), solo cabe implantarlo en apelación; pero no en la casación. Con ese acuerdo la Sala Segunda indirectamente cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH no deja ninguna otra puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos. Y si es así para los genuinos documentos lo es todavía mucho más para las periciales que solo a través de una generosa interpretación de esta Sala han sido asimiladas a estos efectos a los documentos".

2. En todo caso, los documentos relacionados por la recurrente no contienen ninguna información contraria con los hechos que el Tribunal ha declarado probados. Lejos de ello, el Tribunal parte del contenido de la información que contienen los documentos relacionados en este motivo del recurso. Pero tal información, por sí sola, no permite realizar la inferencia que pretende la recurrente, esto es, que Representaciones Lito S.L. desarrollaba su actividad como comisionista en nombre propio y por cuenta ajena.

Junto a tales documentos el Tribunal ha valorado las testificales y pericial practicadas a su presencia.

Parte de los sujetos que intervenían en la relación, como son los organizadores de los espectáculos, los agentes de zona, la sociedad acusada y las orquestas o artistas contratados.

Echa en falta en primer lugar que ninguno de los miembros de las orquestas o artistas que participaban en las actuaciones contratadas ni de los organizadores de los espectáculos hayan prestado declaración.



Analiza las declaraciones prestadas por el representante de Representaciones Lito S.L., los testimonios de D. Gregorio , trabajador de esta empresa, y de los dos agentes de zona D. Herminio y D. Hilario , y la pericial de D. Imanol . De su contenido infiere que la empresa acusada actuaba como representante de los artistas y a cambio cobraba una comisión. Ello no solo fue puesto de manifiesto por los dos primeros, sino también por el perito Sr. Imanol , quien explicó que este sistema de contratación era el propio del sector: eran las comisiones de fiestas las que contrataban a los artistas.

A continuación examinó y valoró el Tribunal la prueba documental, entre la que se encuentran los documentos señalados por la recurrente.

Siguiendo las conclusiones de la AEAT, examina las facturas emitidas por la sociedad, constatando que, si bien en múltiples ocasiones las personas que aparecen como contratantes-pagadoras son empresas y un número importante de ayuntamientos, sin embargo, atiende a la explicación dada por los testigos antes indicados. De esta forma, el Sr. Gregorio explicó que la razón de ello era que así lo solicitaban las administraciones públicas o los clientes. Las primeras porque así lo demandaba la normativa contable de las entidades locales y, además, no podían contratar a las orquestas ya que eso suponía que deberían contratar a los músicos, lo que no era posible. Explicó que se expedía una factura, por todos los conceptos, a cargo de la entidad local pero que, en la realidad, se operaba como en las demás contrataciones, es decir, el agente de zona cobraba su comisión y también cobraba su comisión la sociedad. Era la normativa administrativa la que obligaba a operar de este modo. El Tribunal estima que tal explicación es coherente con la normativa existente, la que expone y analiza. Junto a ello destaca también la dificultad de la contratación de personas propia del sector público, que exige una serie de cautelas y requisitos que dificultan la contratación de personas para una actividad tan singular como la de los autos.

También ha examinado la prueba documental relativa a los llamados agentes de zona. En ella comprueba que la mecánica que se repite en todos los documentos era una ficha de contratación y un documento donde se plasma el contrato, que no está firmado por la empresa acusada, sino por la persona que realiza la función de intermediario, el agente de zona, siendo además el agente de zona, y no Representaciones Lito SL, quien responde del buen fin del evento.

Concluye con todo ello que la contratación de las orquestas se llevaba a cabo entre los organizadores, mayoritariamente comisiones de fiestas, y los representantes, siendo nula la intervención de Representaciones Lito, S.L.

Respecto a las hojas de instrucciones comprueba que se trata de meras directrices que por sí mismas no acreditan que exista una relación de subordinación. Y además en ellas aparece un dato que contradice la tesis acusatoria, ya que indica que las orquestas deben cobrar el día de la actuación, bien de la comisión (de fiestas, se entiende) o del representante. Por tanto, la regla contradice la hipótesis de que los músicos cobraban de Representaciones Lito, S.L.

Así pues, los documentos invocados carecen de literosuficiencia para acreditar los extremos que pretende la recurrente; que además, no conllevarían por sí solos, alteración alguna relevante en la narración de hechos probados. Lo que integra otra causa de desestimación.

Como decíamos en la sentencia núm. 1205/2011, de 15 de noviembre, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende la recurrente.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

Recurso formulado por Representaciones Lito SL.

TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula por vulneración de derecho fundamental, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la invariabilidad e intangibilidad del fallo de las sentencias (art. 24 CE en relación con el art. 26 LOPJ).

Expone que el Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado formularon acusación por delitos de defraudación tributaria de los ejercicios 2011 y 2012 relativos a los impuestos de IVA, Sociedades e IRPF (retenciones) partiendo del presupuesto de que la actividad (y su cifra de negocio) de Representaciones Lito SL era la de venta de un espectáculo llave en mano. Alternativamente, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, formuló acusación por delitos de defraudación tributaria exclusivamente relativo al IVA, admitiendo que la actividad y cifra de negocio de Representaciones Lito no era la venta de un espectáculo llave en mano, sino la de mero comisionista o representante.



La Sentencia impugnada asumió la tesis alternativa del Ministerio Fiscal y, coherentemente con sus conclusiones definitivas, condenó a Representaciones Lito SL por dos delitos de defraudación tributaria de los ejercicios 2011 y 2012 exclusivamente relativos al IVA.

Al ser solicitado el complemento de la misma por la AEAT y el Ministerio Fiscal, el auto de 29 de noviembre de 2021 completó la sentencia condenando a Representaciones Lito SL también por dos delitos de defraudación tributaria por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2011 y 2012. Estima que este complemento, al exigir añadir nuevos hechos probados con nueva valoración de la prueba y nueva calificación jurídica, vulnera la intangibilidad, inmutabilidad, invariabilidad e inmodificabilidad de las sentencias.

Para ofrecer respuesta a este motivo debemos poner de manifiesto en primer lugar que las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal no coinciden con la exposición realizada por la recurrente.

Es cierto que el Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado formularon acusación por delitos de defraudación tributaria de los ejercicios 2011 y 2012 relativos a los impuestos de IVA, Sociedades e IRPF (retenciones) partiendo del presupuesto de que la actividad (y su cifra de negocio) de Representaciones Lito SL era la de venta de un espectáculo. Lo que no deja claro la recurrente es cual fue la modificación de conclusiones que llevó a cabo el Ministerio Fiscal tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral.

En aquel momento el Ministerio Fiscal mantuvo su calificación provisional, salvo en un punto muy concreto: "únicamente respecto del impuesto del IVA en los ejercicios 2011 y 2012". Solo, en relación a este impuesto, y de forma alternativa, para el caso de que "se considere que Representaciones Lito SL solamente deba tributar por el IVA devengado por las comisiones recibidas" relacionó cuales eran a su juicio las cuotas tributarias defraudadas. Mantuvo de forma expresa y acorde con ello la calificación principal excepto la notoria importancia de las cantidades defraudadas.

En consonancia con ello, al no contener la sentencia pronunciamiento alguno en relación a los delitos contra la hacienda pública por el impuesto de sociedades, interesó el complemento de la sentencia.

El auto complemento de la sentencia, tras constatar que efectivamente se había producido la omisión denunciada, sobre la base de lo ya resuelto en la sentencia, se limitó a determinar que en el año 2011 Representaciones Lito, SL pagó en concepto de impuesto de sociedades la suma de 11.374,45 euros, cuando, en realidad, la suma que debería haber pagado por el impuesto era de 180.588,488 euros; y en el año 2012 declaró por este impuesto la suma de 1.716,29 euros, cuando debería haber pagado 179.198,94 euros.

Para ello se basó en los datos que ya estaban recogidos en la sentencia dictada. Efectivamente, las cifras de ingresos de la sociedad y del IVA devengado en los citados ejercicios coinciden con los que se hicieron constar en la sentencia. En relación a los gastos, se tomó en consideración el informe de la AEAT, no habiendo sido cuestionados aquellos por las defensas.

Con tales datos determinó las cuotas defraudadas en los dos ejercicios ofreciendo contestación a la pretensión de condena por el impuesto de sociedades que había sido deducida expresamente por las acusaciones, y estimó también el delito del art. 305 CP en lo que respecta al impuesto de sociedades para los períodos impositivos de los años 2011 y 2012, porque en ambos años no se ingresaron cantidades (180.588,488 euros en el año 2011 y 179.198,94 euros en el año 2012) que superan el mínimo establecido en el tipo penal.

Por tanto se constata que no se ha procedido a efectuar una nueva valoración de la prueba y el complemento de los hechos probados y de la calificación jurídica eran consecuencia de la omisión padecida en la sentencia.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 640/2011, de 21 de junio, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, de forma coincidente y uniforme han venido estableciendo un sólido cuerpo doctrinal en orden a delimitar los contornos del recurso de aclaración. Su límite infranqueable se encuentra en el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, consecuencia del principio de seguridad jurídica expresamente reconocido en el art. 9-3º de la C.E. que actúa como una de las garantías de la interdicción de toda arbitrariedad en la práctica judicial y asimismo como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro del respeto a ese límite, se permite de manera excepcional, que los órganos judiciales en caso de observar oscuridades u omisiones, de un lado, o errores materiales manifiestos o aritméticos por otro, puedan rectificarlos/aclararlos, a través de este remedio procesal que evita con evidente economía procesal y temporal la formalización de un recurso para obtener la corrección que se puede obtener a través de la aclaración.

Así pues el ámbito del recurso de aclaración es doble:

a) La aclaración de conceptos oscuros y la suplencia de omisiones, con limitación temporal --dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación de la resolución--.



b) La rectificación de errores manifiestos y aritméticos sin aquella limitación.

A estos casos, se ha añadido un tercer supuesto en la actual redacción del art. 267 de la LOPJ dada por la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre que no estaba en la redacción inicial, y que en sintonía con el art. 215 de la LECivil se permite que cuando *"...se hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días...previo traslado de dicha solicitud a las demás partes...dictará auto por el que resolverá completar la resolución..."*.

Esta ampliación no ha supuesto un cambio en la naturaleza del recurso de aclaración ni una flexibilización o atenuación del principio de inmodificabilidad de las sentencias. Se ha tratado de evitar las consecuencias de incurrir en el vicio de la incongruencia omisiva por omisión de pronunciamientos respecto de cuestiones oportunamente deducidas, debatidas, y cuestionadas, y la necesidad de acudir a la vía del recurso o en su caso al incidente de nulidad, con evidente economía procesal, de gastos y de demora temporal, sin mengua de garantías".

En nuestro caso, ya hemos visto como las acusaciones versaban sobre el impuesto de sociedades y sobre el impuesto de IVA. La imputación principal atribuía a Representaciones Lito, SL la realización de operaciones de comercialización del producto ejecutado por las orquestas que representaba, esto es, una actividad de prestación de espectáculos musicales. Alternativamente, el Ministerio Fiscal calculó el valor de la defraudación para el caso de que se considerase que su actuación era solo como comisionista.

Todas estas cuestiones fueron objeto de debate y debieron haber dado lugar a un pronunciamiento expreso en la sentencia de instancia. Tal omisión no suponía la absolución de la recurrente, sino que había dejado la petición concreta de las acusaciones sin respuesta. Si este olvido no hubiese sido subsanado por el Tribunal de instancia en la forma en que se hizo, lógicamente las acusaciones hubieran formulado recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3º LECrim. Y no pudiendo este Tribunal subsanar la omisión por vía de recurso, debería haberse declarado necesariamente haber lugar al mismo ordenando la devolución de la causa a la Audiencia para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustanciare y terminara con arreglo a derecho, conforme a lo previsto en el art. 901 bis a) LECrim. Ello hubiera supuesto desde luego una dilación innecesaria y no deseada de las actuaciones.

El motivo se desestima.

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso, que deduce por vulneración de derecho fundamental, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, considera vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el principio acusatorio.

Sobre la misma base fáctica del anterior motivo, considera que la sentencia vulnera el principio acusatorio, ya que, al acoger la tesis alternativa del Ministerio Fiscal (actividad como comisionista, cifra de negocio como suma de comisiones, acusación por delito fiscal relativo exclusivamente al IVA), no puede acoger al mismo tiempo la tesis de la Abogacía del Estado en el complemento de la sentencia (actividad como productor que vende un espectáculo llave en mano, cifra de negocio como suma de los importes abonados a las orquestas, acusación por delitos fiscales relativos a IVA, Sociedades e IRPF en materia de retenciones), pues ello supone modificar la petición acusatoria de la Abogacía del Estado sustituyéndola por una tesis acusatoria nunca formalizada por ninguna de las acusaciones (actividad como comisionista, cifra de negocio como suma de comisiones, acusación por delito fiscal relativo al Impuesto sobre Sociedades), alterándose de este modo los términos del debate y ocasionándose indefensión.

1. Conforme señalábamos en las sentencias núm. 207/2018, de 3 de mayo; 86/2018, de 19 febrero; 565/2019, de 19 de noviembre; y 8/2021, de 14 de enero, reiterada doctrina de esta Sala indica que "entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC núm. 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3, 183/2005 de 4.7). Además, este Tribunal ha afirmado que, con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que



resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 34/2009, de 9 de febrero, y 143/2009, de 15 de junio, precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4, 95/95 de 19.6, 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan. (...)

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7, 1278/2009, de 23-12; 313/2007, de 19-6; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97)".

2. En el caso de autos, teniendo en cuenta lo ya expuesto en el anterior fundamento de derecho, la recurrente ha sido condenada por idénticos hechos por los que había sido acusada por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado. Igualmente, el Tribunal ha respetado la calificación que de tales hechos han efectuado las acusaciones. No hay por tanto afectación del principio acusatorio.

Todas las circunstancias descritas en el relato fáctico de la sentencia fueron puestas de manifiesto por las acusaciones en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales, con la modificación que, con carácter alternativo, realizó el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral tras finalizar la práctica de las pruebas, en el sentido ya expuesto.

Los hechos y circunstancias apreciados por el Tribunal han sido objeto de consideración por las acusaciones y fueron debatidos en el acto del Juicio Oral, habiendo tenido por tanto la acusada ocasión de defenderse en un debate contradictorio

Tales hechos son los que han sido objeto de investigación, por los que la recurrente fue imputada y sobre los que ha prestado declaración. Todos ellos se recogen ya en las conclusiones provisionales de las acusaciones, con la modificación realizada por el Ministerio Fiscal en el juicio oral, y han sido objeto de debate en dicho acto. Ello ha permitido a la parte ejercitar oportunamente su defensa, interesando la práctica de cuantas pruebas ha estimado pertinentes y adecuando su actuación en el juicio a las calificaciones de las acusaciones.

El motivo por ello no puede prosperar.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso se formula por vulneración de derecho fundamental, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la intangibilidad de lo juzgado y la prejudicialidad penal, al apartarse la sentencia impugnada de los hechos declarados probados en sentencia firme y definitiva dictada previamente por la jurisdicción penal STC 24/1984, de 3 de febrero, todo ello en relación con el art. 11.1 LOPJ.

Expone que el auto de fecha 25 de febrero de 2013 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Pontevedra autorizó a la AEAT la entrada y registro en el domicilio fiscal de las empresas Espectáculos Lito SL, Producciones Artísticas Lito SL, Soner Sonido e Iluminación SL, Escenarent SLU, Esmuli Pro Rent SL, Centro Deportivo La Condesa SL y Representaciones Lito SL.

La autorización de la entrada y registro, continúa explicando, estaba limitada a unas sociedades mercantiles y a unos determinados Impuestos (Impuestos sobre Sociedades, períodos 2009 a 2012, e Impuesto sobre el Valor Añadido, 4T/2009 a 4T/2012), concediéndose un plazo de 5 días (los días 25 a 29 de noviembre de 2013, ambos incluidos) y con dos cautelas (i) evitar actuaciones ajenas a su objeto y (ii) de dar cuenta al Juzgado de la entrada y registros realizados y de cualquier incidencia ocurrida. En el citado auto no figuraba la persona física D. Cirilo y tampoco se refería al Impuesto de Retenciones.

Indica que los informes de delito y la liquidación de las cuotas por los impuestos de IVA, Sociedades y Retenciones, se basa en la documentación incautada. Que el registro y la prueba documental incautada fue declarado nulo por las sentencias absolutorias del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pontevedra, de fecha 21 de



febrero de 2018 y posterior -que la confirma- de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de febrero de 2019, en el que también se enjuiciaba a D. Cirilo . Y que la nulidad del registro y de la prueba documental derivada fue declarada por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 1027/2021, de 14 julio (y otras posteriores), quien reconoció la eficacia de la cosa juzgada.

Igualmente expone que la nulidad del registro y de la prueba documental derivada fue declarada por la propia Administración Tributaria en un expediente de revisión de oficio.

Denuncia que nada se diga en la sentencia impugnada sobre estas cuestiones como si las sentencias penales no hubieran existido.

Aduce que para el Juzgado y la AP de Pontevedra el registro practicado (declarado nulo) comportó, a todos los efectos, una manifiesta vulneración de los arts. 18.2 y 24.2 CE, la prueba practicada se estimó constitucionalmente ilícita y el material intervenido carente de validez probatoria alguna (art 11.1 LOPJ). Entiende que dicha sentencia penal es firme y definitiva y tiene efecto de cosa juzgada. Y no solo de cosa juzgada penal sino también de "cosa juzgada" en materia de derechos fundamentales, ya que tanto el Juzgado como la Audiencia, al anular el registro actuaron como juez de los derechos fundamentales, con independencia de su adscripción al orden penal.

Asimismo considera que el registro también es nulo por no cumplir el auto autorizante las condiciones y requisitos exigidos para su validez por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre registros sorpresivos de la AEAT. Es inmotivado, no justifica la necesidad y proporcionalidad del registro y no guarda conexión con el caso concreto. Describe que la AEAT solicitó la autorización judicial para efectuar el registro sorpresivo con la finalidad de elaborar un censo del sector de las orquestas, y por tanto solo con fines prospectivos y estadísticos y al margen de cualquier indicio vinculado a un proceso inspector previo, lo que es absolutamente inhábil para justificar tal medida limitativa de los derechos fundamentales. Para ello eligió las oficinas del representante de orquestas con mayor cuota de mercado.

Finaliza afirmando que la nulidad del registro conlleva la ilicitud de la prueba documental base del informe de delito de la AEAT en virtud de la conexión de antijuridicidad impuesta por el art. 11.2 LOPJ, con lo que no podría valorarse dicha prueba documental ni tampoco las demás pruebas derivadas o conectadas o que traigan causa de la misma. Al no haber otra prueba, los Informes de delito y la liquidación de las cuotas carecen de soporte.

La pretensión que la recurrente deduce en este motivo no puede ser estimada.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pontevedra, de fecha 21 de febrero de 2018, confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra mediante sentencia de fecha 5 de febrero de 2019, así como la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal se refieren a personas distintas de las que son enjuiciadas en la presente causa. Nada se decide en ellas con relación a la recurrente.

Según se refiere en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, el motivo de la nulidad fue que en el registro autorizado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Pontevedra los funcionarios incautaron la documentación contable de los entonces tres acusados (D. Cirilo , D. Raúl y D. Rogelio) que no estaba cubierta por el auto habilitante. No sucede lo mismo con la condenada y hoy recurrente, Representaciones Lito SL, que se halla contemplada expresamente en el auto autorizando la entrada. Es cierto que las sentencias del Juzgado de lo Penal se referían a D. Cirilo , pero no lo es menos que en aquel procedimiento éste había sido acusado como persona física, a diferencia de lo que acontece en la presente causa, en la que resultó condenado en su condición de administrador de Representaciones Lito SL.

Igualmente, a diferencia de lo que ocurriera en la causa seguida ante el citado Juzgado de lo Penal, en el presente procedimiento consta el expediente administrativo remitido por la AEAT, unido a las actuaciones como pieza de convicción 21/15. Y como indica la Audiencia, "En el expediente de la AEAT consta, documento 77, qué soportes documentales fueron objeto de la actuación e incluso que el señor Gregorio , por indicación del señor Cirilo , firmó la diligencia de registro de conformidad y que, sobre los soportes informáticos, la propia acta da cuenta de que se realizó una copia y se obtuvo una copia firmada digitalmente con algoritmo HSA y con una referencia hash que garantiza su integridad, lo que fue aceptado por el señor Gregorio , quien en ese momento actuaba en representación de la sociedad.

De lo anterior se deriva que no se aprecia ningún motivo para dudar de la correspondencia entre la documentación intervenida en el registro y la aportada a los autos".

Así pues, ningún efecto de cosa juzgada producen las citadas resoluciones en relación a los hechos que han sido enjuiciados en la presente causa.

Igualmente el auto dictado por el Juzgado Contencioso se encuentra debidamente motivado. Entre otros particulares, en el mismo se expresa que "se han iniciado actuaciones de comprobación e investigación



tributaria en relación a los impuestos de sociedades y sobre el valor añadido en los periodos 2009-2012, y 4T/2009 a 4T/2012, respectivamente (aunque para algunas de las entidades citadas el período de investigación es menor, bien por constituirse después del ejercicio 2009 o por falta de actividad en alguno de los períodos), a las entidades citadas, entre las que existen unos vínculos comunes, teniendo todas ellas como administrador único a D. Cirilo, con la excepción de Representaciones Lito SL, en la que hay dos administradores más; y siendo socio el referido al 100% de las citadas entidades, con la excepción de Representaciones Lito SL en la que posee el 51% de las participaciones sociales, y en Centro Deportivo La Condesa SL. en la que es poseedor del 50%, siendo el otro 50% de su cónyuge. Se indica que sobre el Sr. Cirilo, fundador de este grupo empresarial, existen otras actuaciones inspectoras, y, aunque su domicilio se encuentra en Poio, por la AEAT se ha señalado el correspondiente a la mayoría de sus empresas en Ctra. N-550, KM 101 Arcos da Condesa s/n 36655-Caldas de Reis- (Pontevedra). Se señala que los ingresos los percibe el referido de las actividades desarrolladas a través de estas empresas, y los ingresos procedentes de arrendamientos de inmuebles a las mismas.

Se señala como principal sector de operaciones el de espectáculos, siendo el mayor agente/operador musical de Galicia, representando a un número de formaciones musicales que oscila entre 65 y 85, en torno a un 40% de las orquestas profesionales de Galicia. Por ello, se considera relevante la investigación solicitada por cuanto la ausencia de registros que permitan identificar a los miembros de cada una de las numerosas orquestas existentes en Galicia hace que la información que pueda obtenerse a través de los representantes pueda ser la única que ofrezca cierta fiabilidad, en un sector que, por sus especiales circunstancias esté normalmente fuera del control tributario. Se indica el gran movimiento negocial que supone el sector en Galicia, así como la organización del mismo, señalándose que ha evolucionado, requiriendo importantes inversiones en los recursos técnicos necesarios para realizar las producciones musicales, estando dotadas las instalaciones de movilidad, al operar en distintos lugares cada día, y son objeto de innovación permanente, por lo que hay una intensa actividad de utilización de recursos e infraestructuras tecnológicas. Y todo ello ha llevado al sector a la necesidad de concentrarse empresarialmente y al desarrollo de actividades de alquiler de este tipo de recursos, la obtención de datos sobre este tipo de instalaciones se convierte en un elemento de control adicional. Asimismo, se hace hincapié, en que es característica del sector la existencia de importantes flujos de cobros y pagos en efectivo. La gran utilización de efectivo y la estructura del sector (representantes, sub-representantes, orquestas, músicos, etc.) hacen necesaria para la comprobación obtener importantes volúmenes de información, y acceder a los distintos registros contables y sistemas de información y control".

Tras exponer la legislación y doctrina aplicables, se concreta en el supuesto que es objeto de examen que "según se indica en la solicitud. el acto administrativo para cuya ejecución forzosa se solicita la autorización de entrada viene determinado por el inicio de actuaciones de comprobación inspectora, en las que, entre otras actuaciones, se considera necesario llevar a cabo la de inspección en los domicilios solicitados. De hecho, con la solicitud de autorización judicial se acompaña la comunicación de inicio de actuaciones de comprobación e investigación respecto cada una de las entidades interesadas, tal y como se requirió por el Juzgado, y la orden de carga en el Plan de inspección correspondiente.

Respecto al control que ha de hacer este Juzgado, de conformidad con la doctrina ya señalada en el fundamento primero de esta resolución, se comprueba así que la autorización se solicita en el seno de unas actuaciones administrativas de comprobación e investigación con apariencia de legalidad, y sin que conste recurso alguno pendiente en relación a la actuación administrativa en cuestión, siendo el órgano que la lleva a efecto competente para ello.

Según se señaló con anterioridad, la necesidad de la medida y su proporcionalidad teniendo en cuenta los fines perseguidos: solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas de acuerdo con la capacidad económica y dentro de un sistema tributario justo, que aparece proclamada en el art. 31 de la Constitución, lleve a que en el conflicto de intereses entre el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el interés general señalado resuelva a favor de éste, por lo que la medida de entrada en el domicilio se revela como necesaria para el cumplimiento del fin de que se trata, no pudiendo ser sustituida por ninguna otra, al revelarse las medidas, ya practicadas insuficientes, y siendo procedente la intervención judicial si no se cuenta con la autorización de la interesada para esa entrada.

En consecuencia, revisada la regularidad formal de la actuación administrativa en este caso, que es lo que compete a este Juzgado en estos procedimientos, adaptándose la misma a la ley y los principios constitucionales, se accede a la solicitud formulada".

Se comprueba de esta forma que el auto se encuentra motivado o ajustándose a la realidad las apreciaciones realizadas por la recurrente.



La citada resolución contiene elementos suficientes que permiten realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite. En él se argumenta la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. Igualmente precisa con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) del registro, así como las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

El motivo por ello se desestima.

SEXTO.- El cuarto motivo se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con la necesidad de motivación de la sentencia (art. 24 y 120.3 CE).

Considera que la sentencia de instancia vulnera el derecho a la presunción de inocencia y adolece de falta de motivación en la medida en que el contribuyente ha declarado una cifra mayor en sus autoliquidaciones tributarias que la que le está imputando la sentencia impugnada la cual, no obstante, considera que se ha cometido delito fiscal sin explicitar o justificar qué facturas no permite deducir en el IVA y que gastos no considera deducibles en el impuesto sobre sociedades.

Expone que Representaciones Lito SL declaró como importe neto de la cifra de negocio las cantidades de 2.160.422,76 euros (ejercicio 2011) y 1.997.967,39 (ejercicio 2012), mientras que la sentencia indica, sin razonarlo, que sus ingresos por comisiones fueron 1.304.839,755 en el año 2011 y 1.198.670,45 euros.

Critica que la sentencia se remita al informe emitido por la AEAT cuando éste ha tomado como base que la cifra de negocio está determinada por la actividad de producción mientras que la sentencia parte de que la cifra de negocio es la de comisionista o representante, de tal modo que ambos tipos de actividades son diferentes en orden a la deducibilidad de gastos o IVA repercutible. Aduce que la sentencia impugnada no explica qué partidas y por qué razones no las considera deducibles en el Impuesto sobre sociedades y que facturas o servicios no considera repercutibles en el IVA. La remisión a dos páginas del informe de delito tampoco aclara la cuestión, en la medida en que el informe de delito parte de dos presupuestos que la sentencia no asume, como son la existencia de un "Grupo Lito" (que supone la eliminación de facturas intragrupo o facturas emitidas entre sí por las diferentes sociedades) y que la actividad es la de producción musical o venta de un espectáculo llave en mano, lo que tiene una influencia decisiva sobre la deducibilidad de gastos e IVA repercutible. Tampoco analiza para descartarlo, las consideraciones que sobre gastos deducibles e IVA repercutido tiene el informe pericial del contribuyente.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5 de abril de 1990); que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquélla en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997).

2. En el supuesto examinado, la resolución recurrida, ofrece a la recurrente explicación suficiente sobre los motivos que han llevado al Tribunal a concluir que sus ingresos por comisiones fueron 1.304.839,755 en el año 2011 y 1.198.670,45 euros, cantidades de las que parte para determinar la cuota defraudada, más allá de la remisión al informe de la AEAT.

Respecto al IVA defraudado, señala que "Según el escrito de conclusiones elevado definitivo, se imputa a la entidad acusada que en el año 2011 tuvo unos ingresos de 26.090.785 euros y en el año 2012 de 23.973.409 euros. No podemos compartir tal aserto atendiendo a las conclusiones que se han expuesto anteriormente: no está acreditado que la compañía de los autos "vendiese" el producto finalizado, sino que lo que se deduce de la prueba es que actuaba como una representante por cuenta ajena cuyos ingresos procedían del porcentaje



de la comisión que, por las tareas de representación, les cobraba a las empresas. Procede determinar, si es posible, cuál fue la cuantía de estos ingresos, sobre todo teniendo en cuenta la calificación alternativa introducida por el Ministerio Fiscal, que solicita la condena por el IVA, referido, precisamente, a estos ingresos. En consecuencia, es necesario, examinar la prueba para precisar si está acreditada la afirmación del Ministerio Fiscal en su calificación alternativa: que los ingresos en el año 2011 fueron de 1.304.839,25 euros, lo que daría lugar, deducidos los gastos y la cuota ya declarada, a una cuota defraudada de 175.570,165 euros, y que en el año 2012 los ingresos fueron de 1.198.670,45 euros, por lo que, descontados los gastos que el Ministerio Fiscal considera acreditados, darían lugar a una cuota tributaria defraudada de 150.804,091 euros.

Para tal efecto es necesario determinar cuáles fueron los ingresos percibidos por las orquestas en los años indicados.

En el expediente de la AEAT constan dos hojas Excel (documentos 337 y 338) donde figura el listado general de las orquestas y el importe percibido por cada actuación, del cual se deriva un total de 26.097.995,1 euros en el año 2011 y 23.973.410 euros en el año 2012. Esta documentación está incluida en una carpeta denominada "Documentación extracontable" y recoge la totalidad de los ingresos percibidos por las actuaciones. En consecuencia, debemos considerar que esta es la cantidad total percibida por las orquestas representadas por Representaciones Lito, S.L. Además, en los documentos 339 a 343 constan unas relaciones de actuaciones donde se reflejan los porcentajes que, de las orquestas, percibían los representantes, siempre el 10%, y el que percibía la entidad acusada, que variaba entre el 5% y el 10%. Por tanto, como mínimo, tal y como afirma el Ministerio Fiscal, la comisión percibida por la compañía Representaciones Lito, S.L., era del 5% de los ingresos. Para el cálculo de los ingresos percibidos y por los que se debía tributar por el IVA debemos partir de este importe total, lo que supondría que los ingresos eran el 5% de las cantidades referidas y da lugar a 1.304.839,755 euros de ingresos por las comisiones percibidas en el año 2011 y 1.198.670,45 euros de ingresos en el año 2012. Aplicando el tipo de gravamen del 18% tenemos como resultado una cuota de 234.871,065 euros para el año 211 [sic, error por "2011"] y de 215 760,681 euros para el año 2012.

Conforme al criterio del Ministerio Fiscal debe aplicarse una reducción por las cantidades ya pagadas regularmente, de 31.365,44 euros y de 42.033,95 euros, y, además, por aplicación de lo que se indica en su escrito, debe deducirse el IVA soportado, que cuantifica en 27.935,46 euros y 22.922,64 euros. La determinación de este IVA soportado se deriva de que es el que tiene soporte documental en el expediente y a él nos remitimos; en concreto, al informe de la AEAT de los folios 51 y 52 de los autos.

En definitiva, lo anterior deriva en un IVA no declarado de 175.570,165 euros para el año 2011 y de 150.804,091 para el año 2012. En consecuencia, debemos concluir que está acreditado que no se declaró este IVA conforme a lo indicado y así se refleja en los hechos probados".

Así pues, los cálculos efectuados por el Tribunal están debidamente explicados y razonados. La cantidad total percibida por las orquestas representadas por Representaciones Lito, S.L era única. También lo son las cifras de IVA soportado y las cantidades regularmente abonadas por IVA por Representaciones Lito, SL. El hecho de que el Tribunal finalmente estimara acreditado que la recurrente actuaba como una representante por cuenta ajena cuyos ingresos procedían del porcentaje de la comisión y no que vendiese el producto finalizado, se traduce en los beneficios obtenidos por Representaciones Lito, SL, que el Tribunal ha determinado a la baja (5%).

Igualmente sucede en relación con el impuesto de sociedades.

En el auto que complementó la sentencia, explica el Tribunal que "La justificación de este hecho probado deriva, principalmente, de datos que ya están recogidos en la sentencia dictada.

Procede determinar, en segundo lugar, cuáles fueron los ingresos de la referida entidad. A tal efecto, es necesario partir de lo que señalamos en la sentencia de que trae causa este auto, que determinó que durante el año 2011 la entidad tuvo unos ingresos de 1.304.839,755 euros y de 1.198. 670,45 euros en el año 2012.

De estas cantidades debemos aminorar el IVA, que también se concretó en la sentencia en 234.871,065 euros en el año 2011 y en 215.760,681 euros para el año 2012, lo que deriva en 1.069.968,69 euros y 982.909,769 euros respectivamente.

Es evidente que la sociedad Representaciones Lito, S.L debía haber tributado por el impuesto de sociedades, conforme al Real Decreto Legislativo 4/2004, que era la norma vigente en el momento de los hechos, por las rentas obtenidas (artículos 4 y 7 de esa norma) con un tipo de gravamen del 30%, de acuerdo con la disposición adicional octava de dicha norma.



Además, tal y como se colige del artículo 10 de la ley reguladora del impuesto, la base imponible se calcula atendiendo al resultado contable del ejercicio con las correcciones que la propia ley establece en los artículos siguientes. A tal efecto, procede determinar los gastos de explotación.

El informe de la AEAT establece, folios 45 y 46, que los gastos de explotación fueron en el año 2011 de 430.092,23 euros y en el año 2012 de 379.859 euros, gastos que no fueron cuestionados por las defensas. De ello se infiere que el resultado de los ejercicios es de 639.876,46 euros en el año 2011 y de 603.050,769 euros en el año 2012, de lo que se deduce, aplicando el tipo de gravamen del 30%, que en el año 2011 el resultado habría sido de 191.962,938 euros y en el año 2012 de 180.915,2307 euros.

La entidad Representaciones Lito, S.L., pagó en concepto de cuota del impuesto de sociedades en el año 2011 la suma de 11.374,45 euros y en el año 2012 la suma de 1.716,29 euros (así se deduce de los documentos 16 y 22 del expediente de la AEAT); por aquel entonces, la cuota defraudada fue de 180.588,488 euros en el año 2011 y de 179.198,94 euros en el año 2012. Así queda justificada la anterior declaración de hechos probados".

De esta forma, parte igualmente de los ingresos calculados por el porcentaje de las comisiones percibidas por Representaciones Lito SL, que el Tribunal ha determinado a la baja (5%). De ellos se detrae el IVA, que también se concretó en la sentencia en 234.871,065 euros en el año 2011 y en 215.760,681 euros en el año 2012, así como los gastos de explotación no cuestionados por la parte. Y, finalmente, para determinar la cuota defraudada, detrajo también las cantidades que habían sido abonadas regularmente en concepto de cuota del impuesto de sociedades.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

SÉPTIMO.- El quinto motivo del recurso se articula al amparo del art. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios).

Indica que la sentencia impugnada toma en consideración ingresos inferiores a los declarados y gastos inferiores a los declarados sin explicitar la fuente de los mismos.

Como documentos literosuficientes designa los CD/DVD acompañados a la querrela conteniendo el expediente de delito fiscal de inspección, referidos a los ejercicios fiscales cuestionados.

1. En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).



2. Los documentos citados por la recurrente carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Tribunal haya valorado erróneamente la prueba, y en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

El cauce del artículo 849.2 de la LECrim, elegido por la recurrente, es erróneo dado que este motivo exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se han declarado probados. El Tribunal para llegar a la conclusión condenatoria ha valorado, junto a las pruebas documental y periciales practicadas a instancia de acusaciones y defensa, las declaraciones del acusado Sr. Cirilo, consejero delegado y presidente del Consejo de Administración de Representaciones Lito SL, así como la testifical de la persona que en el procedimiento actuaba como representante de la recurrente, su empleado y agentes de zona, exponiendo razonadamente sus conclusiones, y calculando en base a ellas el importe de las cuotas defraudadas por cada ejercicio e impuesto en los términos expresados en el anterior fundamento de derecho.

Los documentos que la recurrente relaciona, por sí mismos, no acreditan el error del Tribunal, sino que suponen una valoración diferente.

Como recordábamos en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, que es lo que pretende el (la) recurrente.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

OCTAVO.- El sexto motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 305 CP.

Sostiene que no existe dolo defraudatorio en la medida en que el contribuyente ha efectuado una declaración tributaria por importes superiores a los que se le imputan por la sentencia impugnada.

Expone que Representaciones Lito SL declaró como importe neto de la cifra de negocios las cantidades de 2.160.422,76 euros (ejercicio 2011) y 1.997.967,39 (ejercicio 2012); mientras que la sentencia impugnada le imputa un importe neto de la cifra de negocios muy inferior (1.304.839,755 euros de ingresos por las comisiones percibidas en el año 2011 y 1.198.670,45 euros de ingresos en el año 2012").

Vuelve a exponer que la AEAT y el informe de delito justificaban el dolo defraudatorio en la medida en que la actividad real de Representaciones Lito SL era la de venta de un espectáculo y no la de un comisionista. Indica que la sentencia estima que la recurrente actuaba como representante por cuenta ajena cuyos ingresos procedían del porcentaje de la comisión. Y entiende que sobre esta base no es posible concluir que existe dolo defraudatorio cuando: 1) el contribuyente declara sus ingresos de acuerdo con una determinada actividad (de representación en este caso) que la sentencia de instancia considera correcta; 2) el contribuyente declara como importe neto de la cifra de negocios una cantidad sensiblemente superior a la que le imputa la sentencia de instancia y unos gastos deducibles y un IVA repercutible sin ningún tipo de ocultación; 3) el contribuyente ingresa las cuotas correspondientes en el tesoro público.

La naturaleza del motivo exige el respeto pleno a los hechos probados, en los que con meridiana claridad se expresa que el acusado dejó de ingresar "conscientemente" las distintas cantidades que se expresan por los impuestos de sociedades e IVA de los ejercicios 2011 y 2012.

El dolo se encuentra presente en toda la actuación de los acusados. Como señala el Tribunal, la empresa necesariamente tenía que conocer sus ingresos y gastos y la obligación de pagar el IVA devengado y la cuota correspondiente al impuesto de sociedades, lo que no hizo por el volumen total de sus ingresos. Si sus ingresos respondían al cobro de comisiones derivadas de su actividad de representación, consistentes en un porcentaje sobre las cantidades percibidas por las orquestas representadas, era fácil determinar los importes que debían ingresar en el tesoro público en concepto de impuestos de IVA y sociedades, siendo las cantidades ingresadas por estos conceptos sensiblemente inferiores a las que efectivamente correspondían. Sin olvidar, como pone de manifiesto el Tribunal, el dato relevante de que la sociedad tenía una contabilidad oculta que escondía su verdadera situación patrimonial, lo cual evidencia la clara voluntad de ocultar los ingresos y gastos y, por tanto, amparar el fraude tributario.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- El séptimo motivo del recurso se deduce por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 31 bis CP.



Señala que la sentencia de instancia no razona cual es el defecto de organización de la persona jurídica en una conducta en que la misma atiende a sus obligaciones tributarias. Insiste una vez más en que Representaciones Lito SL ha declarado sus ingresos de acuerdo con una determinada actividad de representación que la sentencia de instancia considera correcta y ha declarado como importe neto de la cifra de negocios una cantidad sensiblemente superior a la que le imputa la sentencia de instancia y unos gastos deducibles y un IVA repercutible sin ningún tipo de ocultación, procediendo a ingresar las cuotas correspondientes en el tesoro público. Entiende que de dicha conducta no se deriva ningún defecto de organización.

Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, decíamos en la sentencia núm. 154/2016, de 29 de febrero, que "el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización".

En la misma sentencia se señalaba que "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP , tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

En análogo sentido se expone en la sentencia núm. 668/2017, de 11 de octubre, que "La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que "... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad". (...)

Hemos negado la existencia de un extravagante litis consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio)."

En los mismos términos se pronuncia la sentencia núm. 123/2019, de 8 de marzo, al afirmar que "Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta."

Y en la sentencia núm. 234/2019, 8 de mayo, se explicaba que "Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica".

En nuestro caso, la recurrente parte de un hecho que no se ajusta a la realidad como ya hemos tenido oportunidad de razonar en los precedentes fundamentos de derecho de la presente resolución, como es que Representaciones Lito SL ha atendido a sus obligaciones tributarias.

Nos encontramos ante unos delitos cometidos por la persona física en el ejercicio de las actividades sociales de Representaciones Lito SL y en beneficio directo de ésta.



Se trata de cuatro delitos contra la Hacienda Pública en los que Representaciones Lito SL era la obligada tributaria, y por tanto la beneficiaria directa de la defraudación consumada.

Y, como señala el Ministerio Fiscal, se trataba de obligaciones tributarias esenciales, como lo son el pago de tributos de carácter ordinario (IVA y Sociedades). La constatación de pago y el cumplimiento de las obligaciones fiscales en la cuantía correspondiente a sus ingresos era fácilmente comprobable y controlable, por lo que resulta evidente que hubo ausencia de los debidos controles por parte de la persona jurídica respecto del cumplimiento, en legal forma, de las correspondientes obligaciones tributarias ordinarias, por lo que obviamente debe responder como autora de los delitos fiscales cometidos.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DÉCIMO.- El octavo motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 21.6 y 66 bis CP.

Solicita que la atenuante de dilaciones indebidas que ha sido aplicada como simple, sea apreciada como muy cualificada.

Expone que las diligencias se incoaron el 1 de julio de 2015. Las diligencias de investigación se redujeron a la práctica de declaraciones de los investigados y de testigos, ya que no se practicó pericial judicial alguna. Todas las declaraciones testificales se produjeron el día 14/09/15. El día 9/11/15 sólo declararon cuatro de los administradores mancomunados de la entidad no pudiéndose tomar declaración a D. Cirilo ni al representante legal de la entidad. El primero por encontrarse ingresado, el segundo por designarse como tal al Sr. Cirilo apreciándose conflicto de intereses con la sociedad. Finalmente declararon el día 11/04/16.

El auto de transformación del procedimiento se dictó el 6/07/16. En agosto ya se presentaron los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado, y se dictó el auto de apertura de juicio oral el día 30/08/16. Finalmente el día 19/09/16 se presentó el escrito de defensa.

Por Diligencia de ordenación de 14/10/16 se ordenó la remisión de la causa a la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento de los hechos.

La primera fecha de juicio se fijó para el día 9/03/17. En aquel acto se produjo la renuncia del anterior Letrado de D. Cirilo, lo que dio lugar a la suspensión de la vista ordenándose su continuación para el día 20/04/17. La sentencia condenatoria tardó en dictarse casi un año, el 2/03/18. La misma fue recurrida en casación, recurso que no fue resuelto hasta el 8/03/19 mediante sentencia del Tribunal Supremo. Esta sentencia anuló la sentencia impugnada, retro trayendo las actuaciones al momento del señalamiento del plenario, en definitiva, ordenando repetir el juicio. El 27/03/19 se dictó diligencia de ordenación por la que se recibieron las actuaciones del Tribunal Supremo, y, a la vista de la sentencia que casaba y anulaba la anterior, se ordenaba la designación de nuevo Tribunal para el enjuiciamiento de la causa.

La situación del Sr. Cirilo y su capacidad para ser enjuiciado por su situación psíquica y neurológica estaba siendo analizada en el seno de otra causa seguida ante la Audiencia Provincial, de manera que en la práctica no se reactivó la presente causa hasta diligencia de ordenación de 27/04/20, más de un año después, por la que se unió a los autos informe médico forense que afirmaba la capacidad del Sr. Cirilo para ser juzgado, siendo fijada por diligencia de ordenación de 29/05/2020 la fecha para la celebración del nuevo juicio, esto es en septiembre de 2020, cuatro años para la práctica de la celebración de juicio oral válido.

La sentencia se dicta el 18/06/2021, diez meses después de celebrarse el juicio.

Solicitado complemento de la sentencia por la AEAT, se complementa la misma el 29/11/2021, cinco meses después.

Considera que se han producido dos circunstancias que determinan la cualificación de la atenuante. La primera, la dilación ha superior a la extraordinaria que justifica que la atenuante sea apreciada como muy cualificada, no es atribuible al propio inculpado y no guarda proporción con la complejidad de la causa. La instrucción apenas duró algo más de un año. Pasaron casi cuatro años para la válida celebración de juicio oral.

Indica que además que se ha ocasionado un plus de perjuicio para el acusado, (no ya sólo para la persona física, trágicamente fallecida) en la medida en que la actividad de la empresa ha resultado absolutamente paralizada y bloqueada; todo el patrimonio de la misma ha resultado embargado desde el año 2015 y ha perdido su actividad y ha sufrido una exposición mediática feroz durante todos estos años, incluso con manifestaciones públicas de miembros de la AEAT acerca de su culpabilidad y de su condición de gran defraudadora de la AEAT vulnerando el derecho a la presunción de inocencia extraprocesal.

1. Para resolver esta cuestión, debemos determinar previamente cuales son los términos del periodo a valorar para calificar de dilaciones indebidas a un determinado lapso temporal.



Sobre el *dies a quo*, es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 784/2022, de 22 de septiembre; 277/2018, de 8 de junio; 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre) la que considera la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado.

Mas vacilante ha sido sin embargo la doctrina de esta Sala en orden a determinar cual ha de ser el *dies ad quem* es cierto que la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado vacilante.

Como expresábamos en la sentencia núm. 784/2022, de 22 de septiembre, en la que se analizaba un supuesto muy parecido al que ahora es objeto de examen, "En muchas sentencias, aunque sin faltar comentarios reticentes a esa amplitud, se ha valorado el tiempo invertido en dictar la sentencia de instancia. Incluso en ocasiones se han llegado a computar los retrasos sufridos por el proceso en el Tribunal *a quo* tras anunciarse la casación. Es más, en algún precedente se podría encontrar cierta base para ponderar también los retrasos en la resolución del recurso de casación.

Pero no podemos ignorar que la jurisprudencia más reciente está revisando esa laxitud o generosidad. No resultan del todo compatibles con premisas y principios procesales elementales esa tesis. Se resalta que la valoración de los retrasos padecidos tras el juicio oral ha de ser más bien restringida y limitada a casos excepcionales, entre los que, en principio, no cabe incluir los derivados del juego ordinario y normal de la tramitación de los recursos legalmente previstos: en este caso, anulación de la primera sentencia y necesidad de dictar otra que es a su vez objeto de casación".

En esta sentencia recordábamos a la vez la núm. 445/2022, de 5 de mayo, en la que se hace un exhaustivo estudio de esta cuestión, y concluíamos estimando que "la regla general es la valoración del tiempo transcurrido hasta el enjuiciamiento. Los retrasos en el dictado de la sentencia pueden ser tenidos en cuenta, pero siempre con mayores prevenciones. Los tiempos invertidos en la tramitación y resolución de los recursos solo excepcionalmente han de manejarse a estos efectos, sin perjuicio de que puedan ser tomados en consideración a otros fines (vid art. 4.4 CP)".

2. En nuestro caso, aun cuando el procedimiento se inició el 1 de julio de 2015, no se recibió declaración a los investigados hasta el día 11 de abril de 2016. La primera sentencia condenatoria se dictó el día 2 de marzo de 2018. Así pues transcurrieron unos dos años. Desde luego lo deseable hubiera sido que la causa hubiera empleado menos tiempo hasta su enjuiciamiento y fallo, pero el tiempo transcurrido en su tramitación no desborda los márgenes de lo ordinario.

Fue a partir de esta fecha cuando por diversos motivos (comprobación de si el encausado persona física estaba en condiciones de someterse a enjuiciamiento, nulidad de esta primera sentencia por defecto en la defensa de la persona jurídica, nombramiento de un nuevo Tribunal, etc.) la causa sufrió especial dilación hasta el dictado de la segunda sentencia el día 18 de junio de 2021 y del auto que la complementó de fecha 29 de noviembre de 2021. A ello se suma el tiempo empleado en la nueva tramitación del recurso de casación y su señalamiento y decisión en la fecha en la que nos encontramos. Pero como expresábamos en las sentencias que hemos dejado expuestas, nos encontramos en "una fase sustancialmente distinta, en la que ya la ponderación de los tiempos derivados de la tramitación de los recursos que la ley habilita a estos efectos ha de ser lo excepcional".

No se observan pues singulares circunstancias que permitan apartarnos de la regla general: "valoración del tiempo transcurrido hasta el enjuiciamiento", y menos aún que deban llevar a apreciar la atenuante como muy cualificada.

El motivo por ello se desestima.

UNDÉCIMO.- El noveno motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 52 CP, art. 31.bis.2 CP, art. 66 bis CP y 31 bis 2 CP en relación a las penas impuestas a Representaciones Lito SL.

Señala que en que la sentencia impugnada, al imponer las penas de multa, no hace referencia a la situación económica del culpable, ni modula las penas al imponerlas también al administrador, ni motiva la imposición de la pena de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

Expresa que la persona física es propietaria del 51% del capital social de la persona jurídica. La suma de las multas impuestas a la persona física y a la jurídica, que a la postre habrán de gravar doblemente el patrimonio de la persona física, no es proporcional a la gravedad de los hechos, teniendo en cuenta además que el propio Tribunal quiere imponer las penas en sus límites inferiores.



En relación a las penas de 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 a la persona jurídica, señala que la sentencia no tiene en cuenta en absoluto los criterios establecidos en el art. 66 bis CP. Además, indica que se han puesto en extensión de tres años, respecto de los delitos de IVA y sociedades, sin que se den las condiciones señaladas en el art. 66 bis 2ª CP, en la redacción de la LO 5/2010, ya que ni Representaciones Lito SL es reincidente, ni ha sido utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Por ello estima que su duración no puede ser superior a dos años.

Por último, aduce que si se imponen las penas en los mínimos legales salvo en el caso del IVA, ese mínimo legal es muy inferior a tres años. Añade que no cabe justificar estas penas señalando que el art. 305 CP prevé una pena de tres a seis años, porque esa es la que se impone a personas físicas, ya que para las personas jurídicas rige el artículo 310 bis CP.

El motivo no puede ser estimado.

1. Frente a las manifestaciones que efectúa la recurrente, lo primero que debe destacarse es que la legislación que ha sido aplicada ha sido la implantada por la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por ser más beneficiosa para ella. Efectivamente la pena señalada por el art. 310 bis a) CP tras la citada reforma es la de multa del tanto al doble de la cantidad defraudada, a diferencia de la legislación anterior en la que la pena de multa era del doble al cuádruple. Junto a ella el citado precepto obliga a imponer a la persona jurídica 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. Y con carácter potestativo el Tribunal podía además imponer la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas, así como las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33, atendiendo a las reglas establecidas en el artículo 66 bis.

Conforme al citado precepto, le han sido impuestas a Representaciones Lito las siguientes penas:

- por el delito de defraudación tributaria en cuantía de 175.570,165 euros, relativo al IVA del año 2011, multa de 180.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- por el delito de defraudación tributaria en cuantía de 150.804,091 euros, relativo al IVA del año 2012, multa de 160.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- por el delito de defraudación tributaria en cuantía de 180.588,488 euros, en relación al impuesto de sociedades del año 2011 multa 185.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

- por el delito de defraudación tributaria en cuantía de 179.198,94 euros, por el impuesto de sociedades del año 2012, multa de 185.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a disfrutar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres años.

Por ello tanto las penas de multa como las consistentes en la pérdida de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social han sido impuestas en el mínimo legal establecido.

2.1. En relación a la modulación del importe de las sanciones pecuniarias, el art. 31 ter 1 CP fue introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En el mismo se establece que "La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas 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".

Sobre este particular, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones.

La sentencia núm. 36/2022, de 20 de enero recuerda los distintos pronunciamientos de esta Sala: "En la sentencia de Pleno núm. 154/2016, de 29 de febrero, al revocar la pena de disolución de una de las personas jurídicas condenadas y dejar subsistente tan sólo la pena de multa, aludía a las previsiones del art. 31 ter. 1, último inciso, CP como vía para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, y añadía que esta modulación no permitiría una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal.



En la sentencia núm. 583/2017, de 19 de julio, en un supuesto en el que dos sociedades de responsabilidad limitada habían sido condenadas por un delito de blanqueo de capitales junto a sus respectivos administradores, la Sala aplicó la modulación y redujo el importe de la multa. Al hacerlo, describía los supuestos en los que se debería aplicar dicha modulación: cuando se imponen multas a personas jurídicas que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son, a su vez, responsables penales y por tanto merecedores de una multa.

En la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, había sido condenada una sociedad limitada y su administrador por un delito contra la Hacienda Pública. Ambos, en el recurso de casación formulado, plantearon, entre otros extremos, que el órgano de instancia no había sopesado la posibilidad de moderar las cuantías de las penas pecuniarias cuando, como era el caso, se imponían tanto a la persona física responsable como a la persona jurídica por cuya cuenta actúa.

Se trataba de un administrador que, además, ostentaba el 50% de las participaciones sociales.

En ella, excluíamos la aplicación del precepto a las sociedades unipersonales en las que la persona física condenada fuera el único titular de la sociedad, ya que estas sociedades generan una problemática distinta pudiendo afectar a principios como el non bis in idem. Y considerábamos que tal supuesto no es equiparable a aquellos supuestos en los que el socio condenado es también administrador, y más aún cuando es socio mayoritario o tiene una posición relevante o significativa. Para estos supuestos es para los que se prevé la modulación de la pena de multa, para evitar, declara la sentencia, un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.

En la citada sentencia también se explica cómo proceder a la modulación. Habrá que individualizar las penas correspondientes a la persona física y a la jurídica y, a continuación, tener en cuenta el "techo infranqueable" y el "suelo".

De esta forma, en relación al techo señalábamos que "la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena".

En cuanto al suelo, indicábamos que "si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in idem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad."

Finalmente, en la sentencia núm. 118/2020, de 12 de marzo, aparecían condenadas por tres delitos contra la Hacienda pública una sociedad en virtud del art. 31 bis CP y la administradora de tal entidad (art. 31 CP) y a la vez socia en un porcentaje importante (51%), en la que, acogiéndose a la cláusula de modulación de la pena de multa que prevé el art. 31 ter, 1 inciso final CP, el Juzgado de lo Penal había excluido a la persona física condenada de las penas de multa. Por su parte, la Audiencia Provincial había revocado la sentencia en ese particular imponiendo a la acusada además de las penas privativas de libertad, sendas multas.

En esta sentencia se reitera, recordando la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, que uno de los supuestos en los que debe entrar en juego la cláusula moderadora del art. 31 ter, inciso primero, CP es aquel en el que la persona física condenada, que es, a su vez, administradora, es cotitular "de forma relevante" del ente también condenado penalmente. Insiste en que el mandato de "modulación" no autoriza ni para cancelar respecto de uno de los sujetos la multa, ni para rebasar por debajo los mínimos establecidos. Por último, añade, con cita expresa de la jurisprudencia europea antes señalada, que el precepto no plantea un problema de bis in idem cuando se condena tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo este el único socio".

2.2. En nuestro caso, recordemos, el Sr. Cirilo , hoy fallecido, era presidente del consejo de administración de la sociedad recurrente, siendo también consejero delegado solidario y mancomunado, junto con otras dos personas.

Las penas de multa impuestas no superan el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena. Para la persona física, el máximo de la pena de multa previsto es el séxtuplo de la cuota defraudada (art. 305.1 CP), y el doble de lo defraudado para la persona jurídica (art. 310 bis CP).

El suelo vendría constituido por el tanto de la cantidad defraudada.



La Audiencia Provincial impuso tanto a la persona física como a la persona jurídica las penas de multa prácticamente en su mínima extensión. La suma de ambas cantidades apenas excede del tope máximo. Por ello puede concluirse estimando que la exacerbación es mínima y plenamente tolerable.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- La desestimación de los recursos formulados por la Abogacía del Estado y por Representaciones Lito SL conlleva la imposición a los mismos de las costas de sus recursos.

FALLO

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

1) **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Representaciones Lito S.L y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contra sentencia núm. 29/2021, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado núm. 61/2016 en la causa seguida por delitos de defraudación tributaria.

2) **Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.