



Roj: **STS 1515/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1515**

Id Cendoj: **28079120012019100303**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **1666/2017**

Nº de Resolución: **756/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1273/2017,**
STS 1515/2019,
AATS 5290/2019

RECURSO CASACION núm.: 1666/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 756/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1666/2017, interpuesto por el Ministerio Fiscal; D. Abelardo , representado por la Procuradora Dª Natalia Martín de Vidales Llorente, bajo la dirección letrada de D. Manuel María Martín Jiménez; D. Pedro Miguel , representado por la Procuradora Dª Carmen Ortiz Cornago bajo la dirección letrada de D. Pablo Rodríguez-Mourullo Otero; D. Sebastián , representado por la Procuradora Dª María José Corral Losada bajo la dirección letrada de D. José Luis Zambade Jiménez; Luis , Dª Candida , Euroinversiones Aguas de Sousas S.L.U. y Arnoya Financiera SL, representados por la Procuradora Dª Virginia Aragón Segura bajo la dirección letrada de D. Manuel Ollé Sesé; Autos González, SL, representado por la Procuradora Dª Lucía Vázquez-Pimentel Sánchez bajo la dirección letrada de D. José Julio Heredero Villalba; Gómez de Castro SA, representado por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco bajo la dirección letrada de Dª María Rocío Fernández Domínguez y Industrias de la Uva SA (Induvasa), representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén bajo la dirección letrada de D. Rafael Ignacio Balbuena Tébar contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, de fecha 31 de marzo de 2017 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, Asefa SA Seguros y Reaseguros representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira bajo la dirección letrada de D. Rafael Quecedo Aracil, Vieira Distribuciones S.A. representada por la Procuradora Dª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel



Gutiérrez Robredo y Sindicatura de la Quiebra de Vinisur-Vázquez Pérez representada por el Procurador D. Javier Pérez Castaño Rivas bajo la dirección letrada de D. Juan Martínez Blázquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5 instruyó Diligencias Previas PA 340/02, por delito continuado de fraude de subvenciones, estafa, delito de insolvencia punible y delito fiscal contra Sebastián , Luis , Pedro Miguel , Abelardo y Candida , y lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal cuya Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala sentencia en fecha 31 de marzo de 2017 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- General.- Estructura empresarial y personas jurídicas intervinientes en los hechos.

VINISUR, SA. La mercantil Vinícola del Suroeste SA (en adelante también VINISUR) se constituyó el 17 de septiembre de 1979. Su objeto social era la actividad de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general; la fabricación de alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados; etc.. Desde el 15 de noviembre de 1985 se fijó su domicilio social en Almendralejo (Badajoz). El 19 de enero de 1984 se confirieron poderes al acusado Pedro Miguel . El 11 de julio de 1985 el Consejo de Administración delegó todas sus facultades en Luis María , imputado desde el inicio de este procedimiento y fallecido el día 10 de agosto de 2009. El 25 de mayo de 1992 se le nombra administrador único de VINISUR. El 13 de abril de 1993 se otorgan nuevamente poderes a favor de Pedro Miguel . En la Junta de Accionistas de 30 de Septiembre de 1.994 se acuerda el cese del anterior administrador y se nombra administrador único a Luis .

GRUPO ARNOYA. Este grupo o holding empresarial familiar, del que forma parte VINISUR fue fundado y presidido por el fallecido Luis María desde el año 1960. Estaba integrado por las siguientes empresas: Arnoya Financiera SL, Aguas de Sousa SA, Arnoya Congelados SA; la Patena SA - ex Cava Fin de Siglo SA y hoy Viña Doval SA, Uvanosa SL que cambió posteriormente a Zumos y Vinos SL (conocida como ZUVINSA), Arnoya Posada SA, Rectoral Amandi SA, Cosecheros del Vino de Ribeiro SL, Promotora Marin SA, Residencial Campo de Santiago SA, Residencial Ribadavia SA, Valdamor SA, Viajes Compostela SA, Autos González SL, Autocares González SL, Fondos Galicia Dos SA, Gallega Lusa de Bebidas, Industria de la Uva SA, Leche Celta SA, Montealegre Club de Golf SA, Bodegas Arnoya (nombre comercial de Luis María en cuanto comerciante individual), Arposa SA, Grupo Arnoya SL, Arpon SA y Arnoya Agrícola SA., todas ellas dirigidas y controladas, incluso en los aspectos contables, desde las oficinas centrales conocidas como "La Torre".

El control se ejercía directa y principalmente, por el fundador Luis María y, desde su incorporación al grupo empresarial familiar, también por su hijo Luis , adquiriendo una intervención creciente a lo largo de la cronología en la que se extienden los hechos. También Candida , cónyuge del fundador, la cual sin tener intervención activa en la gestión de las empresas del grupo, participó de forma pasiva en los actos desarrollados por aquel, en la forma en cómo se dirá después.

SPAIN TRADE AB, (en lo sucesivo, también SPAIN TRADE) era una empresa Sueca dedicada a la importación y exportación entre otros productos de mosto de vino, cuyo gerente, representantes y también accionista en cantidad indeterminada era el encausado de nacionalidad sueca Sebastián . Se desconoce la situación actual de dicha sociedad.

Segundo.- Asociación criminal entre Luis María y Sebastián para obtener subvenciones comunitarias indebidas.

Luis María , como administrador de VINISUR, y Sebastián , como administrador de la mercantil sueca SPAIN TRADE AB, venían manteniendo desde mediados de los 90 relaciones comerciales referidas al mosto concentrado de uva, que producía el primero a través de sus empresas, principalmente VINISUR, y que comercializaba internacionalmente el segundo, a través de su empresa.

A partir de fecha indeterminada de 1991 y al menos hasta 1993, se concertaron y planificaron lo necesario dentro de esta relación comercial que mantenían, para lucrarse ilícitamente mediante la obtención indebida de ayudas a la exportación de productos vitivinícolas otorgadas por la CEE y gestionadas por el entonces Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA), desde 1996, Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), simulando la exportación de partidas de mosto de UVA concentrado producidas por la primera a Suecia, aunque su destino eran otros mercados, creando una estructura de negocio de exportación de importantes cantidades de dicha mercancía desde España, destinado al mercado norteamericano, basada en las ventajas que le reportaba un precio competitivo al verse primado por las subvenciones comunitarias obtenidas de forma fraudulenta.

A) Exportación de mostos a Suecia para su reexportación a terceros países.- En ejecución de este plan concertado entre ambos, VINISUR presentó durante los años 1991, 1992, 1993 y 1994 ante el SENPA diversas



solicitudes de ayuda comunitaria a los Intercambios por Restituciones a la Exportación de mosto de uva con destino a Suecia en su modalidad de pago anticipado, mediante la presentación de aval ante el SENPA, previstas en el Reglamento (CEE) n°3665/87.

Sobre la base de las solicitudes y documentación presentada al SENPA, este organismo público procedió a abonar las restituciones solicitadas, subvenciones otorgadas con cargo a los fondos de la Comunidad Europea, elaborando los correspondientes expedientes.

De este modo se obtuvieron, por restituciones a la exportación, 2.037.023.953 ptas. (12.242.760,52 euros), durante los años 1991 a 1994:

En 1991, 116.407.246 ptas.

En 1992, 664.294.468 ptas.

En el período 1993-94, 1.256.322.239 ptas.

Sin embargo, el mosto exportado no se despachó a consumo a su llegada en Suecia, ni se integró de una manera efectiva en su circuito económico, sino que directamente, según lo tenían ambos previsto, se reexportó por SPAIN TRADE a Dinamarca, Canadá y, sobre todo, EEUU, a las siguientes empresas de dicho país: PITTRA INCORPORATED, WALDO'S MULTI-SERVICE, HEUBLEIN INC, JOSEPH W. CIATTI&CO INC, SJ BATES, SPANISH IMPORTS CTD INC, contraviniéndose con ello el Reglamento (CEE) 3.655/87, en relación con la obligación de despacho a consumo en Suecia, como requisito para obtener las subvenciones, lo que no se produjo, aunque se simuló ante el organismo público gestor haberse producido.

Así, para que se produjera la devolución de los avales exigidos para cobrar la subvención anticipada, se requería acreditar la observancia de los requisitos en el Reglamento (CEE) 3.655/87, en relación con el cumplimiento de las formalidades aduaneras de exportación, salida del producto del territorio aduanero de la Comunidad, llegada a destino y despacho a consumo en Suecia, debiéndose integrar de una manera efectiva en su circuito económico.

Las informaciones recibidas sobre el incremento de exportaciones de mosto a Suecia y la posible existencia de fraudes determinó que, por parte de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) se establecieran las correspondientes medidas de investigación de la situación.

Así, el 28 de febrero de 1994, la Inspección Tributaria del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, en sus facultades de inspección, se personó en el domicilio social de VINISUR, SA, con el objeto de llevar a cabo actuaciones para la "Comprobación de toda la documentación referida a las exportaciones de mosto concentrado de uva a SUECIA que han dado lugar al pago de RESTITUCIONES, referidos a los ejercicios de 1.991, 1.992 y 1.993".

Igualmente, del 14 al 18 de marzo de 1994, Funcionarios adscritos al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), realizaron una comisión a Suecia al objeto de contrastar las exportaciones de productos vitivinícolas sujetos a ayudas por restitución a dicho país. Dentro de dicha comisión fue visitada, entre otras, la mercantil SPAIN TRADE AB, representada por Sebastián , comprobándose que aglutinaba la casi totalidad de importaciones desde España, siendo su proveedor más importante era VINISUR.

Con fecha 26 de septiembre de 1994, el SENPA notificó a VINISUR, S.A. el acuerdo, de fecha 16 de septiembre de 1994, de incoación del expediente núm. 2-537/94, para el reintegro de las restituciones a la exportación de mosto de uva con destino a Suecia antes relacionadas.

En resolución de 7 de febrero de 1996, el Director General del FEGA, acordó: 1) la paralización de diversos expedientes de solicitud de restituciones a la exportación de VINISUR, S.A.; 2) la reclamación a VINISUR, S.A. de 2.218.692.579 pesetas de restituciones que le habían sido abonadas en los expedientes que se relacionan en la resolución - el importe reclamado incluye el 15% más en las restituciones de pago anticipado-; 3) y la retención de los avales presentados por VINISUR, S.A. para garantizar los anticipos abonados al amparo de diversos expedientes que se relacionan.

Por Orden de 15 abril de 1996, del Ministro de Agricultura Pesca y Alimentación, se confirmó la anterior resolución.

Contra la misma se interpuso recurso contencioso administrativo por VINISUR, SA, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Novena, en sentencia número 1.311, de 16 de diciembre de 1999 (f.12.567 y ss).



Por último, se interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 2004 (f. 12543 y ss).

B) Contratación de seguros de fianza para obtener la restituciones a la exportación.

Para que VINISUR, S. A. pudiera recibir del SENPA las subvenciones o ayudas a la exportación de productos vitivinícolas referidas, resultaba imprescindible obtener de una entidad aseguradora los avales necesarios en favor de la administración, que debía presentar y entregar al SENPA en garantía del cumplimiento de los compromisos que se fueran contrayendo.

Para ello, Luis María , en ejecución del plan previsto con Sebastián , negoció con ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, un contrato de afianzamiento, pero ocultando que se pretendían utilizar los avales para la obtención indebida de subvenciones a la exportación de mosto, aparentado falsamente en la negociación, por otra, la solidez, solvencia y seriedad de las empresas que garantizaban a su vez el contrato y que se agrupaban o así fue presentado, como GRUPO ARNOYA.

Así, el 11 de julio de 1991, Luis María , en representación de ARNOYA POSADA SA (ARPOSA), sociedad domiciliada en Orense dedicada a la "importación y exportación de toda clase de mercancías y bienes" especializada en comercio exterior y marketing internacional de los productos del grupo de empresas que se integran en el llamado GRUPO ARNOYA, suscribió con ASEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, un contrato de seguro de fianza a favor de la Administración, siendo su objeto garantizar a cualquier entidad pública o privada que exigiera el tomador (ARPOSA) y/o cualquier persona física o jurídica que el tomador indicara.

En virtud de dicha cláusula ARPOSA (tomador) indicó a ASEFA (aseguradora) las provisiones de fianza que ésta debía hacer ante las entidades de la Administración para garantizar las operaciones que con tales Entidades realizasen las personas físicas o jurídicas designadas por el tomador.

Previamente, y en la misma fecha, ASEFA procedió tanto con la tomadora del seguro como con las compañías y personas físicas designadas por ésta a la suscripción de un contrato (convenio) General de Indemnización, por el que tanto ARPOSA, como las demás compañías se comprometían a indemnizar a ASEFA con un aval de carácter solidario. El convenio indemnizatorio fue suscrito como fiadores solidarios por sí y con el deudor. Intervino Luis María en representación de VINISUR, COSECHEROS DEL VINO DE RIBEIRO, AGUAS DE SOUSA, BODEGAS ARNOYA, INDUSTRIA DE LA UVA, ARNOYA CONGELADOS y LA PATENA; Valeriano en representación de Gómez De Castro y de AUTOS GONZALEZ, así como Luis María en nombre propio y en el de su mujer, la acusada Candida .

En cumplimiento de este contrato de Seguro de Fianza a favor de la Administración, se fueron prestando por ASEFA, S.A., aquellos avales necesarios para la obtención de los anticipos de las subvenciones por las operaciones que VINISUR, S.A. realizaba.

Se constituyeron los siguientes avales:

AVAL NÚMERO FECHA IMPORTE

NUM000 17-08-93 2.199.254

NUM001 17-08-93 21.922.542

NUM002 17-08-93 28.849.719.

NUM003 25-08-93 50.205.866

NUM004 30-08-93 28.522.082

NUM005 10-09-93 39.197.896

NUM006 30-08-93 20.915.487.

NUM007 10-11-93 34.269.040.

NUM008 27-10-93 29.699.834

NUM009 07-10-93 44.522.045.

NUM010 07-10-93 43.567.795

NUM011 18-10-93 36.925.455-

TOTAL 385.660.609 pts

C) Ejecución de los avales por el FEGA. Al tener conocimiento el SENPA de la obtención indebida de las subvenciones, se inició el expediente administrativo número NUM012 , por restituciones a la exportación



de mosto de uva con destino a Suecia, en el que se acordó, entre otros puntos, la reclamación a VINISUR, S.A. de 2.218.692.579 pesetas, y la retención de los avales prestados por ASEFA, S.A., no devueltos hasta ese momento, por un importe de 385.660.609 pesetas (2.317.866,94 euros).

Los avales a favor de VINISUR, SA, fueron ejecutados por el FEGA e ingresados en su totalidad por AESEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, a quién le fueron devueltos los avales originales con fecha 16.02.2007.

Tercero.- Restituciones a la exportación de vinos de mesa a Rusia.

Igualmente, VINISUR recibió, el 16 de diciembre de 1993, 86.385.750 ptas. como Ayuda Comunitaria a los Intercambios. La solicitud de estas restituciones se realizó mediante el expediente NUM013 del SENPA, de pago anticipado de Restituciones a la Exportación de vinos de mesa, acogido al régimen de prefinanciación del 120%. El concepto por el que se solicitaba la restitución era la exportación de 25.000 Hectólitros de vino blanco de mesa, código de producto de restitución 2204.29.25.190, con destino a la empresa OLVIN SA de Moscú, Rusia, sociedad de la VINISUR ostentaba una participación del 50%. Dado que VINISUR se acogió al sistema de restitución anticipada, la solicitud de ayuda la presentó una vez que obtuvo de la aduana la admisión de la declaración de exportación NUM014 .

Sin embargo, debido a que la mercancía no se exportó ni fue puesta a consumo en Rusia, se incoó el expediente nº NUM015 por el FEGA para la devolución de subvenciones, en el que se dictó Resolución del Director General el 10 de enero de 1997 acordando la devolución de 103.662.900 ptas. (120% de la subvención recibida), resolución confirmada por Orden Ministerial de 19 de marzo de 1997.

Al no reintegrarse el importe reclamado el 1 de julio de 1997, se ejecutaron los avales solicitados por VINISUR emitidos por ASEFA, SA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS y se ingresó en la cuenta corriente NUM016 en el Banco de España, titularidad del FEGA- FEOGA- GARANTIA- ORGANISMO PAGADOR la cantidad de 103.662.900 ptas.

Cuarto.- Exportación de mostos a Rusia bajo código arancelario diferente al que correspondía obteniendo restituciones indebidas.- La empresa ARNOYA POSADA SA (en adelante, ARPOSA), con domicilio social en Orense, y siendo Presidente del Consejo de Administración Luis María , solicitó restituciones durante los años 1996 y 1997 por la exportación de "vino blanco de mesa materia" a Rusia (código de mercancía 22.04.29.65 correspondiente a "vino blanco excepto sicilia y veneto").

Por estas exportaciones solicitó y percibió indebidamente en dicho concepto un total de 207.423.326 ptas.

Las autoridades aduaneras rusas informaron que el producto que fue importado a su país era el recogido en la posición arancelaria NC 22.04.30.990 en 1.996 y NC 22.04.30.980 en 1.997, correspondiente a "mosto de uva de masa volumétrica superior a 1,33g/cm³ a 20°C y de grado alcohólico adquirido igual o inferior a 1% sin ser concentrado", pagando en base a este concepto los aranceles de importación. Este producto, distinto del que se hace constar en las peticiones de restitución no estaba acogido a restituciones cuando se trataba de exportaciones a países distintos a los indicados en el Reglamento CEE 2805/95. Entre los países del régimen diferenciado no estaba incluida Rusia.

El régimen diferenciado es el siguiente:

a) Durante los años 1996 y 1997, ARPOSA solicitó restituciones por valor de 119.432.696 ptas. por la exportación de vino blanco de mesa desde el mes de junio de 1996 hasta enero de 1997, código de la mercancía NC 22.04.29.65. Las muestras para obtener los certificados de análisis para la exportación fueron presentadas por el acusado Pedro Miguel , además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de VINISUR. Sin embargo, en los documentos aduaneros de importación rusos aparecía que el producto importado era el de código 22.04.30.990 y 22.04.30.980, ambos correspondientes a un producto distinto del declarado al exportar.

b) Por otro lado, durante los meses de marzo a abril de 1997, el propio Luis María facilitó a ARPOSA producto exportado con el código 22.04.29.65. En estos casos los análisis eran presentados por Pedro Miguel , además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de Luis María . Por estas exportaciones ARPOSA solicitó la cantidad de 16.513.519 ptas. Una vez más, el producto despachado en la aduana rusa fue el NC 22.04.30.980.

c) Durante los meses de abril y mayo. de 1997, Pedro Miguel , apoderado de VINISUR, en representación de la mercantil ZUMOS Y VINOS SL presentó muestras para obtener certificados de análisis a la exportación, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, que fueron utilizados por ARPOSA. También en esta ocasión el producto declarado era el NC 22.04.29.65, solicitando restituciones por valor de 10.125.332 ptas. El producto declarado a la entrada en la Federación Rusa era el NC 22.04.30.980.



d) Abelardo y Pedro Miguel, en representación de LUSA EXTREMEÑA SL presentaron producto para su análisis y posterior exportación por ARPOSA, durante mayo, julio y agosto de 1997. La exportación volvió a llevarse a cabo bajo la posición NC 22.04.29.65, y la importación en Rusia con el NC 20.04.30.980, por estas exportaciones se solicitaron indebidamente 32.757.829 ptas.

e) Abelardo, en representación de ARPOSA y con documentos de acompañamiento D-500 de LUSA EXTREMEÑA SL solicitó certificados de análisis que fueron presentados para la exportación de mismo producto código NC 22.04.29.65. Nuevamente el producto declarado a la entrada en Rusia vuelve a ser el NC 22.04.30.980. Por estas expediciones se solicitaron en septiembre, noviembre y diciembre de 1997 un total de 28.593.950 ptas.

ARPOSA, durante los años 1996 y 1997 no figuraba inscrita en los Registros Territoriales de Impuestos Especiales.

Quinto.- Adquisición de partidas de vino de terceros sin voluntad de pago. Luis María, actuando como administrador de hecho de VINISUR, S.A., acordó la compra de vino blanco de mesa a DIRECCION000 C.B., en las siguientes fechas: el 21 de enero de 1997, 254.380 litros de vino blanco de mesa, campaña 96/97, por 11.490.344 pesetas; y el 17 de marzo de 1997, 26.232 "hectógrados" de vino blanco de mesa campaña 96/97, por 10.087.157,- pesetas, en total 21.577.501 pesetas (129.683, 39 euros). En la negociación intervino también Pedro Miguel, gerente y apoderado de la sociedad, que junto con Luis María, y para obtener el vino, hicieron creer a los vendedores que VINISUR, S.A. tenía una economía saneada, respaldada además por un importante patrimonio con el que atender obligaciones como la del pago que contraía con esa compra.

De esta manera, consiguieron que aquellos aceptaran en pago de la mercancía los pagarés, firmados por Pedro Miguel, que a continuación se indican, contra la cuenta número NUM017 de VINISUR SA, en la sucursal del Banco Bilbao Vizcaya SA, en Mérida.

Pagarés número NUM018, por importe de 5.500.000 pesetas con vencimiento el 15 de marzo de 1997, único que fue satisfecho al vencer y presentarse al cobro antes de que tuviera lugar la segunda entrega de vino que se efectuó el día 17 de ese mismo mes; pagarés número NUM019 por importe de 5.990.344 pesetas y vencimiento el 20.3.97, que fue renovado por el número NUM020 con vencimiento el 30.6.97, y después por el número NUM021 con vencimiento el 10.7.97. Para la segunda compra se entregaron los pagarés: número NUM022, por importe de 5.087.157 pesetas y vencimiento el 20.5.97, renovado por el número NUM023 con vencimiento el 30.6.97, que fue renovado por el número NUM024 con vencimiento el 30.6.97; número NUM025 por importe de 5.000.000 pesetas y vencimiento el 25.5.97, renovado por el NUM026 con vencimiento el 30.6.97, renovado a su vez por el número NUM027 con vencimiento el 10.7.97.

Los pagarés, con la excepción dicha, no fueron pagados, culminando así su propósito inicial de no realizar el pago de la mercancía recibida.

En autos de juicio ejecutivo núm. 253/97 seguidos contra VINISUR, S.A., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almendralejo, se dictó el 6 de octubre de 1997, auto despachando ejecución contra los bienes de VINISUR SA sin resultado alguno.

Sexto.- Operaciones y actos de disposición para despatrimonializar VINISUR, SA y evitar las consecuencias económicas de los actos ilícitos anteriores.- El 27 de septiembre de 1993 OCOVICE- oficina consultora de vinos de comercio exterior- remitió a sus asociados la circular núm.106/93 en la que se señalaba el especial control que iba a llevar a cabo el SENPA respecto de las solicitudes de restituciones de los mostos de uva concentrados exportados a Suecia desde enero de 1992. Por su parte, AEMZU- Asociación de exportadores de mostos de uva y zumos de uva-emite la Circular 15/94 en la que se hacía referencia a las pruebas de despacho a consumo en el país donde se exportara vino o derivados.

En esta carta, en concreto, se especificaba que el FEOGA estaba solicitando pruebas complementarias de puesta en mercado y que estaba suspendiendo las restituciones que no fueran acompañadas de dichas pruebas.

El 28 de febrero de 1994, la Inspección Tributaria del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales se personó en el domicilio social de VINISUR, SA, con el objeto de llevar a cabo actuaciones para la "Comprobación de toda la documentación referida a las exportaciones de mosto concentrado de uva a SUECIA que han dado lugar al pago de restituciones, referidos a los ejercicios de 1.991, 1.992 y 1.993".

Igualmente, del 14 al 18 de marzo de 1994, Funcionarios adscritos al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) se desplazaron a Suecia al objeto de contrastar las exportaciones de productos vitivinícolas sujetos a ayudas por restitución a dicho país, visitando,



entre otras, a SPAIN TRADE AB, recabando la documentación que acreditaba la continua comunicación entre VINISUR y SPAIN TRADE AB.

De forma oficial, por el SENPA se comunica a VINISUR el 16 de septiembre de 1994 la apertura de expediente por el desvío a terceros países del mosto de uva exportado a Suecia. El 26 de septiembre de 1994 un representante de VINISUR retiró personalmente la comunicación de apertura del expediente NUM012 . El 25 de noviembre de 1994 VINISUR, a través de su abogado, presentó las primeras alegaciones en dicho expediente ante la Sección de Asuntos Jurídicos del SENPA.

Luis María , en su condición de comerciante individual y como administrador primero único y después como administrador de hecho tras el nombramiento de su hijo- Luis - como administrador de VINISUR, este último plenamente conocedor de estos hechos, de sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil propia y de su sociedad, así como de la previsible iniciación de un procedimiento administrativo que pudiera dar lugar a la devolución de las subvenciones hasta el momento obtenidas, con ánimo de eludir el pago y defraudar el legítimo derecho de sus acreedores, comenzó a realizar una serie de actos de disposición, con la colaboración del resto de los acusados, con el fin último de despatrimonializar VINISUR y ocultar sus bienes.

Con fecha 7 de septiembre de 1994 Luis María , en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su cónyuge Candida firma escritura de préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial por importe de 300 millones de pesetas, destinado al reembolso o pago de los siguientes créditos y préstamos: póliza de crédito NUM028 del Banco de Santander por 75 millones de pesetas; póliza de crédito NUM029 de Caixa Vigo por 147 millones de pesetas; póliza de préstamo n° NUM030 de la misma entidad por 38 millones de pesetas; y póliza n° NUM031 del Banco Central Hispano por 40 millones de pesetas.

En garantía del cumplimiento del préstamo, VINISUR, que no era prestataria y en cuya representación intervino Luis María constituye hipoteca-como hipotecante no deudora- a favor del ICO sobre las siguientes fincas de su propiedad: finca NUM032 , libro NUM033 , tomo NUM034 , del Registro de la Propiedad de Almedralejo; finca NUM035 , libro NUM036 , tomo NUM037 , del Registro de la Propiedad de Almedralejo; finca NUM038 , libro NUM036 , tomo NUM037 del Registro de la Propiedad de Almedralejo.

El crédito resultó impagado, de modo que, tras el correspondiente procedimiento judicial sumario, las fincas fueron adjudicadas al ICO.

Luis María y su esposa, la acusada Candida , con la misma finalidad, gravaron con garantía hipotecaria los bienes inmuebles de los que eran titulares, en garantía de préstamos concedidos por entidades financieras:

1. El 28 de febrero de 1996, vivienda letra NUM039 de la planta NUM040 de un edificio en la AVENIDA000 (finca n° NUM041 del Registro de la propiedad n°1 de Orense). Se constituye hipoteca de máximos a favor de Caja de Ahorros Provincial de Orense, hasta 75 millones de pesetas de principal y 15 millones de costas y gastos. La vivienda estaba inscrita a favor de Luis María para su sociedad conyugal con Candida . La vivienda estaba ya hipotecada en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas como fiadores solidarios de un préstamo sindicado concedido por diversas entidades financieras a favor de LA PATENA SA.

2. El 28 de febrero de 1996, vivienda letra NUM042 de la planta NUM040 de edificio sito en la AVENIDA000 (finca NUM043 del Registro de la propiedad n°1 de Orense). Se constituye hipoteca de máximos a favor de Caja de Ahorros Provincial de Orense hasta 56 millones de principal y 11,2 millones de costas y gastos. La vivienda estaba inscrita a favor de Luis María para su sociedad conyugal con Candida . La vivienda estaba ya hipotecada en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas como fiadores solidarios de un préstamo sindicado concedido por diversas entidades financieras a favor de LA PATENA SA.

3. El 22 de agosto de 1997 se amplía y modifica la hipoteca constituida, el 27 de agosto de 1993 para responder hasta el límite máximo de 100 millones de pesetas de principal, 34,5 millones de intereses y 20 millones para gastos y costas en garantía de la línea de descuento NUM044 a favor de Caja de Ahorros Municipal de Vigo, que pasa a ser de 150 millones de pesetas de principal, 51,75 millones de intereses y 30 millones de pesetas de gastos y costas, sobre el chalet " DIRECCION001 " , sito en DIRECCION002 , municipio de Nigrán (finca n° NUM045 del Registro de la propiedad n°2 de Vigo). La vivienda estaba inscrita a nombre de Candida para su sociedad conyugal con Luis María .

El 28 de junio de 1994, con un capital social de 500.000 ptas y el mismo objeto social que VINISUR, se constituye por Luis María , Luis y Maite la sociedad UVANOSA SL, de la que los dos primeros son nombrados administradores.

El 19 de diciembre de 1996 se cambia su denominación social por la de ZUMOS Y VINOS SL (ZUVINSA).

El 14 de octubre de 1994, con un capital social de 500.000 ptas, se constituye por Luis María y su cónyuge Candida la sociedad GRUPO ARNOYA SL, de la que ambos se nombran administradores solidarios. La



denominación social en la escritura de constitución fue la de ARNOYA FINANCIERA SL, rectificadora y sustituida por GRUPO ARNOYA SL en escritura pública de 12 de diciembre de 1994. Su objeto social era el de adquirir por cualquier título, administrar, gestionar, disfrutar y enajenar acciones y participaciones representativas del capital social de cualquier tipo de sociedades, etc. La escritura de constitución se presenta en el Registro Mercantil para su inscripción el 17 de febrero de 1995 (cuatro meses después de su constitución).

El 18 de octubre de 1994 Luis María suscribió la totalidad de la ampliación de capital social realizada por GRUPO ARNOYA SL- identificada en la escritura como ARNOYA FINANCIERA SL-, consistente en la creación de 200.000 nuevas participaciones de 1.000 ptas. En pago de dicha suscripción cuyo importe ascendía a 200 millones de ptas, Luis María aportó 74.000 acciones de VINISUR. Esta escritura de aumento y suscripción de capital se presenta en el Registro Mercantil para su inscripción el 10 de mayo de 1996.

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, representada por Luis , suscribió la cantidad de 500 millones de pesetas representadas por 500.00 participaciones de la sociedad UVANOSA aportando en pago de la referida suscripción los siguientes activos y pasivos:

- Terrenos, construcciones e instalaciones técnicas por un total de 204 millones de pesetas.
- Maquinaria industrial valorada en 176 millones de pesetas.
- El crédito que tenía VINISUR contra Luis María por 222.120.000 ptas.
- Como aportaciones de pasivo aporta la deuda contraída por un importe total de 102.120.000 ptas por el concepto de dividendo activo a pagar por VINISUR a los accionistas, según acuerdo adoptado por Junta General de 19 de octubre de 1994.

La escritura de aumento de capital (escritura nº de protocolo 3584 del Notario D. Antonio Pol González) no se presentó en el Registro Mercantil hasta el 11 de abril de 1996, inscribiéndose el 18 de abril siguiente.

Las fincas aportadas (principal activo de VINISUR) habían sido previamente hipotecadas a favor del ICO, no constando este hecho en el Registro.

Los administradores de UVANOSA en la fecha de formalización de la escritura de ampliación de capital por aportación no dineraria eran Luis María y Luis .

Como consecuencia de la operación, VINISUR pasa a poseer la mayoría de las acciones de UVANOSA, perdiendo prácticamente su capacidad operativa en cuanto a la actividad que venía realizando y que constituía su objeto social.

Con fecha 7 de noviembre de 1994 y escritura pública protocolo nº3.615 del Notario D. Antonio Pol González, VINISUR representada por Luis (administrador único de VINISUR desde el 7 de diciembre de 1996) transmite las 500.000 acciones que poseía de UVANOSA a GRUPO ARNOYA SL, conocida también como ARNOYA FINANCIERA SL, representada por Luis María , por 500 millones de pesetas, con la obligación de que el pago se hiciera efectivo en un plazo máximo de 30 días.

El precio pactado no se pagó en el plazo pactado, sino que el mismo día 7 de noviembre de 1994, VINISUR contabilizó la operación como una venta a crédito a largo plazo. En asiento contable contiguo procedió a reducir el anterior crédito al contabilizar como gasto por arrendamientos 380 millones de ptas, más 57 millones de IVA, en total, 437 millones, cuya contrapartida era el abono en la cuenta de crédito a largo plazo de GRUPO ARNOYA SL. En la memoria anual de VINISUR correspondiente al año 94-95 se hace referencia a ese contrato de arrendamiento por la utilización de las instalaciones. No existe constancia documental de ese contrato de arrendamiento, que resulta inexistente, ya que las naves, instalaciones y maquinarias no eran propiedad de ARNOYA FINANCIERA, sino de UVANOSA. El 31 de agosto de 1995, sin razón económica aparente, se reduce en 340 millones el saldo de la cuenta de arrendamientos y cánones con cargo a la cuenta de gastos anticipados (el concepto del apunte es "GTOS ARRENDA UVANOSA").

Con fecha 24 de julio de 1996 UVANOSA hipoteca a favor de la Hacienda Pública las fincas que previamente habían sido aportadas y que en su día pertenecieron a VINISUR, para garantizar las deudas que VINISUR tenía con aquella, por importe de 56 millones y del que había solicitado un aplazamiento de pago.

Una vez traspasados los activos y actividad productiva de VINISUR a ZUMOS Y VINOS SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con LUSA EXTREMEÑA SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de otra mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del GRUPO ARNOYA, pero en realidad no siéndolo así, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por parte de la familia Luis María Luis Maite Candida .



El contrato de arrendamiento tiene las siguientes características:

En representación de ZUMOS Y VINOS SL actuó Pedro Miguel , y en representación de LUSA EXTREMEÑA SL Abelardo .

El contrato contenía, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Se arrienda la industria con todos los elementos y enseres que la componían. No se realiza un inventario.
- b) El plazo de duración del contrato sería de cinco años, quedando la duración del mismo al arbitrio de una de las partes sin contraprestación e indemnización alguna para la otra.
- c) La renta se fija en cinco millones de pesetas anuales: "el precio fijado como renta será aplicado en primer lugar a amortizar la deuda que la entidad arrendadora mantiene con la entidad arrendataria con anterioridad a este acto y que está suficientemente documentada entre las partes".
- d) "Será responsable el arrendatario de las deudas u obligaciones contraídas por la entidad arrendadora, cualesquiera que sean sus fechas".

La mercantil LUSA EXTREMEÑA había iniciado su actividad el 16 de agosto de 1994, radicando su domicilio social en Santa Marta de los Barros (Badajoz), comenzando sus relaciones comerciales con VINISUR el día 31 de mayo de 1995.

En estas relaciones comerciales y de producción LUSA EXTREMEÑA aportaba mercancías a VINISUR constantemente, sin recibir un pago por cada servicio, sino que se iban librando letras de cambio por valor nominal de cuatro millones de ptas aproximadamente al ritmo de entrada de productos. A la vez VINISUR vendía productos a LUSA EXTREMEÑA realizándose pagos de forma similar.

Con esta operativa se emiten las cinco últimas letras de este período por valor de cuatro millones de ptas cada una, siendo la fecha del libramiento los días 1,2, 3, 4 y 5 de febrero de 1997 y el vencimiento los días 1, 2, 3, 4, y 5 de mayo. El librado era VINISUR y el librador LUSA EXTREMEÑA, figurando como avalista Luis María (no ZUVINSA).

El día 6 de febrero de 1997 LUSA EXTREMEÑA descuenta las cinco letras, en cuentas corrientes de su titularidad. El día 9 de abril de 1997 VINISUR ingresa un cheque del BBV por valor de 3.451.509 ptas a nombre de LUSA EXTREMEÑA en su cuenta del Banco Central Hispano.

El 30 de abril de 1997 se compensan las deudas de proveedor y cliente entre ambas empresas, dando un saldo a favor de LUSA EXTREMEÑA de 14.988.632 ptas, según consta en el libro diario de VINISUR de 1997.

Con fecha 2 de mayo de 1997 se realizan dos traspasos desde la cuenta del BBV cuyo titular es LUSA EXTREMEÑA a una cuenta del mismo banco titularidad de VINISUR por importe de cuatro millones de pesetas para hacer frente a los efectos con vencimientos de fecha 1 y 2 de mayo. Con fecha 5 de mayo se repite la misma operación pero con Caja de Badajoz en relación a las otras tres letras con vencimiento los días 3, 4 y 5 de mayo de 1997. Los días 1, 2, 3, 4 y 5 de mayo se produce el vencimiento de las letras a que se alude como posible origen de la deuda constatada el día 30 de abril.

En sentencia de 28 de julio de 1998 dictada en la Quiebra nº337/97 por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Almendralejo se confirmó el auto de 26 de enero de 1998 por el que se declaraba en estado de quiebra tanto a VINISUR como a Luis María . Dicha resolución fue confirmada por la Sentencia de 11 de junio de 2001 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Badajoz . El Tribunal Supremo en Auto de 1 de Febrero de 2005 inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación instando contra la citada resolución de la Audiencia Provincial.

Séptimo.- Elusión del pago del impuestos por VINISUR Y ZUVINSA.-

A) Sobre sociedades correspondiente al ejercicio 94/95 (01/09/1994 A 31/08/1995). El 25 de marzo de 1996, Luis , administrador único de VINISUR, S. A. a partir del 7 de diciembre de 1994, fecha en que sustituyó a Luis María , presentó la declaración por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio social y período impositivo de 01/09/1994 a 31/08/1995, en la que se hacía constar la siguiente liquidación:

CONCEPTO IMPORTE

Base Imponible 40.029.073.

Cuota Íntegra 14.010.176.

Deducciones 3.502.544.

Cuota Líquida 10.507.632.



Retenciones y Pagos a Cuenta 3.600.319.

Cuota Ingresada 6.907.313.-

En la anterior liquidación, de manera consciente y para evitar el pago de los impuestos debidos, los administradores de la sociedad esto es Luis y Luis María -administrador de hecho-, no incluyeron en la base imponible la cantidad de 283.214.450.- pesetas correspondientes al mayor valor de transmisión de los activos -inmovilizado material- que, como aportación no dineraria se transmitieron a la sociedad, vinculada, UVANOSA, S. L. (Cif. B-32185266), el 3 de noviembre de 1994, para la suscripción de participaciones por importe de 500 millones de pesetas, en la ampliación de capital realizada por dicha sociedad. La valoración otorgada a los activos y pasivo transmitidos, para la suscripción de las participaciones fue la siguiente:

ACTIVOS y PASIVOS VALORACIÓN

Inmuebles relacionados hecho SEXTO, a) - I,II y III; con instalaciones menos cargas 204.000.000

Maquinaria 176.000.000

Crédito contra Luis María 222.120.000

Deudas, dividendo activo a pagar -102.120.000

APORTACIÓN 500.000.000

Los activos aportados por 380.00.000 pesetas, correspondientes a bienes inmuebles, con sus correspondientes instalaciones -204.000.000 pesetas-, y maquinaria -176.000.000 pesetas, tenían un valor neto contable de 383.987.869 pesetas, por lo que se contabilizó una pérdida de 3.987.869 pesetas, rebajando consiguientemente la base imponible del impuesto. El valor de mercado de los precitados bienes, por el que debían haber sido contabilizados y transmitidos, era de 423.684.450.- pesetas los inmuebles con sus instalaciones y 239.530.000.-pesetas, la maquinaria.

El 7 de noviembre de 1994, VINISUR, S. A. contabilizó la venta, a crédito, a GRUPO ARNOYA, SL, - denominada también ARNOYA FINANCIERA, S .L. - de las participaciones que poseía en UVANOSA -adquiridas 4 días antes- por precio de 500 millones. EL mismo día 7, para minorar la base imponible del impuesto y en consecuencia la cuota resultante, se realiza una anotación contable de reducción del anterior crédito, para ello se contabiliza, como gasto por arrendamientos, 380 millones de pesetas, más 57 millones de IVA, en total 437 millones, cuya contrapartida es el abono en la cuenta de crédito a largo plazo de GRUPO ARNOYA, S. L.

El 31 de agosto de 1995, se reduce en 340 millones el saldo de la cuenta de Arrendamiento y Cánones con cargo a la cuenta de Gastos Anticipados, con lo que los gastos por arrendamientos de ese ejercicio se fijan en 40 millones de pesetas. Sin que proceda deducir como gasto de la base imponible los 40 millones, pues el supuesto contrato de arrendamiento reflejado en la contabilidad, del que no existe constancia documental, se suscribió entre GRUPO ARNOYA, SL y ARNOYA FINANCIERA, S. L., como arrendadora, que no era titular de los bienes y VINISUR, S.A., cuando la titular de los bienes era UVANOSA, S.L.

En consecuencia, la cuota que dejó de ingresar por el impuesto sobre sociedades fue de 113.125.057.- pesetas (679.895,29 euros), de acuerdo con la siguiente liquidación:

CONCEPTO IMPORTE

Base Imponible Declarada 40.029.073.

Incremento de la Base Imponible 323.214.450.-

Base Imponible Comprobada 363.243.523.

Cuota Íntegra 35% 127.135.233.

Deducciones 3.502.544.

Cuota Líquida 123.632.689.

Retenciones y Pagos a Cuenta 3.600.319.

Cuota Ingresada 6.907.313.

Cuota Defraudada 113.125.057.-

B) Elusión del pago del impuesto sobre el valor añadido ejercicio 1994 - VINISUR, SA-. El 30 de enero de 1995, VINISUR, S.A. presentó la declaración de Resumen Anual del IVA del ejercicio de 1994, firmada por Pedro Miguel , Gerente y apoderado de la sociedad, tras presentar durante el año 1994, las correspondientes declaraciones mensuales por dicho impuesto.



La declaración de Resumen Anual fue la siguiente:

CONCEPTO IMPORTE

Base Imponible Tipo Reducido 374.697.848.

Base Imponible Tipo General 12.109.786.

Cuotas Devengadas 24.298.341.

Cuotas Deducibles 59.059.070.

Resultado Liquidación -34.760.729.

Ingresos Realizados 171.439.

Devoluciones Obtenidas 19.846.588.-

Cuotas a Compensar Períodos Posteriores 15.085.580.-

En el mes de noviembre de 1994, VINISUR, SA, realizó y contabilizó las operaciones efectuadas con las sociedades vinculadas, referidas en el apartado anterior:

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, S.A., suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S. L., por 500 millones de pesetas. Esta operación de aportación de activos fue contabilizada por 380.000.000.- pesetas, con una cuota de IVA repercutido de 57.000.000.- pesetas.

El día 7 de noviembre de 1994, contabilizó como gasto por arrendamientos 380 millones de pesetas, con un IVA soportado de 57.000.000.- pesetas, por el supuesto arrendamiento por ARNOYA FINANCIERA, SL a VINISUR, SA, de los inmuebles, instalaciones y maquinaria transmitidos a UVANOSA, SL.

Ninguna de estas operaciones se incluyó en la declaración de IVA de noviembre de 1994, ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad, que eran Luis y Luis María - administrador de hecho-, con la finalidad de evitar el pago de los impuestos debidos.

Respecto de la primera operación debió incluirse en la base imponible, y se omitió la cantidad de 663.214.450 pesetas, correspondientes al valor de mercado de los activos aportados para la suscripción de las acciones de UVANOSA, SL.; respecto de la segunda, no procede tenerla en consideración pues la sociedad supuestamente arrendadora no es la titular de los bienes.

En consecuencia, la cuota que dejó de ingresar por el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 1994 de la entidad VINISUR, S.A., fue de 94.985.059.- pesetas (570.872 euros) de acuerdo con la siguiente liquidación:

CONCEPTO IMPORTE

Base Imponible Tipo 374.697.848.-

Base Imponible Tipo General declarada 12.109.786.

Incremento Base Imponible Tipo General 663.214.450.

Base Imponible Tipo General 675.324.236.

Cuotas Devengadas 123.780.508.

Cuotas Deducibles -59.059.070.

Resultado Liquidación 64.721.438.-

Ingresos Realizados -171.439.

Devoluciones Obtenidas 19.846.588.-

Cuotas a Compensar 10.588.476.

Cuota a Ingresar 94.985.059.

Cuota Declarada a 4.497.108.

Cuota Defraudada Pts. 94.985.059.-

C) Elusión del pago del impuesto sobre el valor añadido ejercicio 1996 - VINISUR, SA-. No se da por acreditado que se produjera la elusión del pago de este impuesto en cantidad que alcance los 120.000 Euros.

D) Elusión de la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimientos del capital mobiliario, ejercicio 1996, VINISUR -UVANOSA.

El 28 de junio de 1994, se constituyó UVANOSA, S. L. (NIF. B32185266), que cambió su denominación social por la de ZUMOS Y VINOS, S. L., el 19 de diciembre de 1996. Hasta el ejercicio de 1996, inclusive, la sociedad no presentó ante la hacienda pública ninguna declaración tributaria por el Impuesto sobre Sociedades, IVA, Retenciones a Cuenta, declaración de ingresos y pagos en sus relaciones con terceros, etc. Desde su constitución y hasta el 16.12.1996 fueron administradores solidarios Luis María y Luis , a partir de dicha fecha ejerció el cargo éste último.

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, S.A., representada por Luis , suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S. L., consistente en la creación de 500.000 nuevas participaciones de 1.000 pesetas.

En pago de la suscripción, cuyo importe total era de 500 millones de pesetas, VINISUR SA, aportó, además de los activos los activos señalados en los números anteriores unas aportaciones pasivas de 102.120.000 pesetas, por el concepto de Dividendo Activo a Pagar a los accionistas, según acuerdo adoptado por la Junta General el 19 de octubre de 1994.

En la referida Junta General el 19 de octubre de 1994 se había acordado repartir un dividendo de 82.140.000.- pesetas con cargo a reservas, así como un dividendo a cuenta de los beneficios del ejercicio 1993/1994 de 19.980.000 pesetas. El importe total de 102.120.000.-pesetas no sería exigible hasta el 1 de noviembre de 1996 según acuerdo de la Junta General de Accionistas y se haría efectivo, y por tanto exigible, entre los días 1 y 30 de noviembre de 1996, debiendo realizarse el ingreso dentro de los 20 primeros días del mes de diciembre de 1996.

En esta fecha, UVANOSA, SL, era la obligada al pago del importe de los anteriores dividendos, así como la obligada, de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 254 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , a retener, para su ingreso en la hacienda pública, el 25% de cómo renta de capital mobiliario, lo que no llevó a efecto. De esta manera dejó de ingresar en la hacienda pública 25.530.000 pesetas (153.438,4 euros).

E) Elusión del pago del impuesto sobre sociedades ZUMOS Y VINOS SL (ZUVINSA), EJERCICIO 1997.

El 28 de junio de 1994, se constituyó UVANOSA, S. L. (NIF. B32185266), que cambió su denominación social por la de ZUMOS Y VINOS, S. L., el 19 de diciembre de 1996. El 19 de diciembre de 1996, la sociedad estableció su domicilio social en la carretera de Badajoz s/n de la localidad de Almendralejo (Badajoz). Hasta el ejercicio de 1996, inclusive, dicha la sociedad no presentó ante la hacienda pública ninguna declaración tributaria por el Impuesto sobre Sociedades, IVA, Retenciones a Cuenta, declaración de ingresos y pagos en sus relaciones con terceros, etc. Del ejercicio de 1997, sólo presentó el modelo 110 de retenciones del trabajo personal y una declaración trimestral de IVA; ambos documentos fueron presentados el 21 de abril de 1997. Se dio de alta en el impuesto de actividades económicas el 16 de enero de 1997. Desde su constitución y hasta el 16.12.1996 fueron administradores solidarios Luis María y Luis , a partir de dicha fecha ejerció el cargo éste último. En el ejercicio de 1997 la sociedad tuvo unos ingresos, por ventas y obtención de subvenciones de 247.977.178 pesetas, y unos gastos, por compras de mercancías, personal, tributos y financieros de 28.294.652 pesetas, de donde resulta una base imponible, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, de 219.682.526 pesetas por la que debió ingresar, con declaración correspondiente, en la hacienda pública y no lo hizo 76.888.884.- pesetas (462.111,5 euros). Presentó declaración censal de baja en su actividad el 30 de junio de 1997.

Los ingresos por ventas y subvenciones, indicados en el párrafo anterior, se corresponden con el siguiente desglose por sujetos:

Concepto Sujeto CIF Base Imponible

Ventas Agrotransformados, SA A30114490 19.138.500

Ventas Vinícola Valverdejo, SL B21153481 1.504.545

Ventas Carnes y Conservas Españolas, SA A28419372 645.750

Ventas BuenoLajusticia, Juan José 17417017D 2.621.654

Ventas Tártaros G. Castelló, SL B03528916 520.000

Ventas Vinos Helidoro, SA A33051392 1.125.984

Ventas Arnoya Posada, SA A32112880 20.098.400



Ventas Dalmau Hnos. y Cía Sucesor SA A43034693 9.538.984

Ventas Fruit Juice Processors inc Inc. 75.000.000

Ventas J.J. Nordic Aktiebolag 1.761.648

Ventas Forshem Spain Trade Kb 3.679.872

Ventas López Morenas, SL B06120737 11.700.700

Ventas Luso Extremeña, SL B06209928 84.690.059

Subvención Junta Extremadura 15.951.082

Total 247.977.178

La liquidación por el Impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1997 es la siguiente:

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 1997

Base imponible 219.682.526

Cuota íntegra 76.888.884

Deducciones 0

Cuota líquida 76.888.884

Pagos a cuenta 0

Cuota defraudada 76.888.884 ptas

462.111,50 euros

"

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

"Condenar a los acusados:

- A Sebastián , como autor responsable de:

Un delito continuado de fraude de subvenciones descrito, con la apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión menor y multa de 35.000.000 de euros, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Un delito de estafa descrito, con la apreciación de la atenuante referida, a la pena de seis meses de arresto mayor.

Ambas penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- A Luis como autor responsable de:

Un delito continuado de estafa descrito, con la apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 150 Euros.

Un delito de insolvencia punible descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de dos años de prisión, y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 150 Euros.

Dos delitos fiscales descritos, con apreciación de la atenuante referida, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión menor y multas de 1.359.791 Euros y 1.141.744 Euros, respectivamente (duplo de la cuantía defraudada), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Dos delitos fiscales descritos, con apreciación de la atenuante referida, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión y multas de 306.877 Euros y 924.223 Euros, respectivamente (duplo de la cuantía defraudada), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.



- Pedro Miguel , en calidad de

Cooperador necesario en un delito de fraude de subvenciones descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 Euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Autor de un delito continuado de estafa descrito, con la apreciación de la atenuante referida, a la pena a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 150 Euros.

Cooperador necesario en un delito de insolvencia punible descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión, y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 150 Euros.

Autor responsable de un delito fiscal, relativo al impago del IVA de VINISUR, en el periodo fiscal de 1994, igualmente con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como cualificada, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 1.141.744 Euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- Abelardo , en calidad de autor, por cooperación necesaria, en:

Un delito de fraude de subvenciones descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 Euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Un delito de insolvencia punible descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de un año de prisión, y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Ambas penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- Candida , como cómplice en un delito de insolvencia punible descrito, con apreciación de la atenuante referida, a la pena de 6 meses de prisión, y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 Euros, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

En concepto de responsabilidad civil, los condenados deberán indemnizar:

- Sebastián , Al Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), en 1.703.660.717.- pesetas (10.239.207,13 euros), más los intereses de demora correspondientes conforme a lo dispuesto en el art. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de SPAIN TRADE AB en la misma cuantía.

A ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, en 385.660.609.-pesetas (2.317.866,94 euros), declarándose la responsabilidad civil subsidiaria, por el importe total de 489.323.509.- pesetas (2.940.893,52 euros).

- Pedro Miguel y Abelardo indemnizarán conjunta y solidariamente al FEGA, por el delito de fraude de subvenciones en 207.423.326 ptas (1.246.639,30 euros) incrementado en los intereses de demora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 LECIVIL .

Luis y Pedro Miguel , por el delito de estafa indemnizarán conjunta y solidariamente en 21.577.501.-pesetas (129.683,39 euros) a los perjudicados DIRECCION000 CB.

- Luis , Pedro Miguel , Abelardo , a los acreedores de VINISUR, en 300 millones de pesetas (1.803.036,31 euros) por el importe del préstamo recibido del ICO, con garantía de los bienes de VINISUR.

- Candida , en trescientos millones de pesetas (1.803.036,61-.Euros) importe del préstamo recibido del I.C.O. con garantía de los bienes de Vinisur. También en el importe de los préstamos obtenidos con la garantía de las viviendas pertenecientes a la Sociedad de gananciales mantenida con Luis María

Se declara la nulidad del contrato de arrendamiento de 26 de marzo de 1.997 entre Zumos y Vinos S, L, y Lusa Extremeña S. L., así como de aquellos otros afectados por la retroacción de la quiebra de estas entidades, en cuanto permanezcan subsistentes.

- Luis , indemnizará a la Hacienda Pública:



En 113.125.057.- pesetas (679.895,29 euros), más los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada conforme a lo dispuesto en los arts. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y art. 36 de la Ley General Presupuestaria y 58 de la Ley General Tributaria vigentes al tiempo de los hechos, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de VINISUR, S.A.

En 25.530.000.- pesetas (153.438,4 euros) y en 76.888.884.- pesetas (462.111,5 euros), más, en ambos casos, los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada conforme a lo dispuesto en los arts. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y art. 36 de la Ley General Presupuestaria y 58 de la Ley General Tributaria vigentes al tiempo de los hechos, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de ZUMOS Y VINOS, S.L.

- Luis y Pedro Miguel, por el delito fiscal, a la Hacienda Pública en 94.985.059.- pesetas (570.872 euros), más los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada conforme a lo dispuesto en los arts. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y art. 36 de la Ley General Presupuestaria y 58 de la Ley General Tributaria vigentes al tiempo de los hechos, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de VINISUR, S.A.

Se declara igualmente la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas, por las responsabilidades civiles exdelicto generadas por las conductas enjuiciadas en relación con la actividad desarrollada por VINISUR, S.A. y sus sucesoras.

Igualmente, de SPAIN TRADE AB y sus sucesoras.

Entre todos los condenados deberán satisfacer la totalidad de las costas del juicio por iguales partes.

Notifíquese personalmente y a través de sus representaciones procesales esta sentencia a las partes, haciéndoles saber la posibilidad de interponer recurso de casación contra ella, así como los plazos y requisitos legales para su interposición".

TERCERO.- La Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda con fecha 24 de mayo de 2017 dictó auto aclarando la sentencia en el que constan los siguientes antecedentes y parte dispositiva:

"Primero.- Por los procuradores de los Tribunales D. Javier Pérez Castaño, D. Anibal Bodallo Huidobro, D. Ramón Rodríguez Nogueira y D. Felipe Juanas Blanco, actuando en la representación procesal de respectivamente la Sindicatura de la Quiebra de D. Luis María y Vinisur SA, D. Pedro Miguel, Asefa SA de Seguros y Reaseguros, y de Gómez Castro SA, se presentaron sendos escritos por los que se solicitaba en relación con la Sentencia de fecha 31.03.2017: en el primero de los casos, se subsanara la omisión que entendía que se había producido al no hacer constar en la Sentencia las acreedores en favor de quienes se fijaba la responsabilidad civil de la condenada Candida; en el segundo, se rectificara la sentencia en el sentido de reducir la cuantía de la pena impuesta a su representado Pedro Miguel en relación con uno de los delitos, el de fraude fiscal, por el que fue condenado; en el tercero, se subsanara la omisión que consideraba se había producido al no identificar a los responsables civiles subsidiarios de la condena impuesta a pagar a su representado por parte de Sebastián; y cuarto se dejara expresa constancia de la absolución de su representada Gómez Castro SA, al no constar en la sentencia expresión de su condena y deducirse de los razonamiento jurídicos y hechos probados de la sentencia.

Segundo.- Por diligencia de ordenación de 3.05.2017 se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien ha emitido informe referido a todos los casos según consta en los autos".

"Se accede a la aclaración de sentencia solicitada por el procurador de los Tribunales D. Javier Pérez Castaño, actuando en la representación procesal de la Sindicatura de la Quiebra de D. Luis María y Vinisur SA, en el sentido de corregir el párrafo correspondiente de la parte dispositiva de la sentencia de 31 de marzo de 2017, que deberá quedar de la siguiente forma:

- Candida, a los acreedores de VINISUR, en trescientos millones de pesetas (1.803.036,61- . Euros) importe del préstamo recibido del I.C.O. con garantía de los bienes de Vinisur. También en el importe de los préstamos obtenidos con la garantía de las viviendas pertenecientes a la Sociedad de gananciales mantenida con Luis María.

Se accede igualmente a la aclaración de sentencia solicitada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en representación de Asefa SA de Seguros y Reaseguros, en el sentido de rectificar, igualmente de oficio, la sentencia de la siguiente manera:

Se sustituye el párrafo de la parte dispositiva de la sentencia:"- Sebastián, Al Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), en 1.703.660.717.- pesetas (10.239.207,13 euros), más los intereses de demora



correspondientes conforme a lo dispuesto en el art. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de SPAIN TRADE AB en la misma cuantía."

Por el de " - Sebastián , Al Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), en 1.703.660.717.- pesetas (10.239.207,13 euros), más los intereses de demora correspondientes conforme a lo dispuesto en el art. 921 de la L. E. Civil derogada y actual art. 576 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de SPAIN TRADE AB y sus sucesoras, en la misma cuantía."

Se sustituye el párrafo de la parte dispositiva de la sentencia: "A ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, en 385.660.609. -pesetas (2.317.866,94 euros), declarándose la responsabilidad civil subsidiaria, por el importe total de 489.323.509.- pesetas (2.940.893,52 euros)".

Por el de "A ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, en 385.660.609.-pesetas (2.317.866,94 euros), declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de SPAIN TRADE AB y sus sucesoras, en la misma cuantía".

Igualmente, para mayor claridad, se modifica la redacción del párrafo de la parte dispositiva de la Sentencia: "Se declara igualmente la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas, por las 122 responsabilidades civiles exdelicto generadas por las conductas enjuiciadas en relación con la actividad desarrollada por VINISUR,SA. y sus sucesoras".

Por el siguiente: "Se declara igualmente la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas, por las 122 responsabilidades civiles exdelicto generadas por las conductas enjuiciadas en relación con la actividad desarrollada por VINISUR,SA. y sus sucesoras, en favor de sus acreedores, incluyéndose la responsabilidad civil subsidiaria, por el importe total de 489.323.509.- pesetas (2.940.893,52 euros), en este caso, en favor de A ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros".

Se elimina finalmente el párrafo: "Igualmente, de SPAIN TRADE AB y sus sucesoras" por reiterativo e innecesario.

Se desestima la petición de modificación de sentencia cursada por los Procuradores de los Tribunales D. Anibal Bodallo Huidobro en la representación procesal de D. Pedro Miguel y por D. Felipe Juanas Blanco, actuando en la representación procesal de Gómez Castro SA., si bien la Sala acuerda de oficio para mayor claridad hacer constar en la relación de empresas y entidades mercantiles integradas en el holding empresarial GRUPO ARNOYA que aparecen referenciadas en los hechos probados de la sentencia, a la mercantil "Gómez Castro SA.", todas ellas como responsables civiles subsidiarias a tenor de lo que se hace constar en la parte dispositiva de la sentencia según ha quedado fijada en los anteriores".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal, Abelardo , Pedro Miguel , Sebastián , Luis , Candida , Euroinversiones Aguas de Sousas S.L.U., Arnoya Financiera SL, Autos González, SL, Gómez de Castro SA, Industrias de la Uva SA Induvasa que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Luis : PRIMERO.- Por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española , residenciado en el artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal , al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de ley, con sede en el artículo 849.1° de la Ley De Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 248 , 249 , 250. 3 ° , 6 ° y 7 ° CP respecto de don Luis . TERCERO.- Por infracción de ley, con sede en el artículo 849.1° de la ley de enjuiciamiento criminal , por aplicación indebida del artículo 260 CP respecto de don Luis . CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1° de la Ley De Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del artículo 131.1 del CP 95 o del artículo 113 CP 73, en relación con el artículo 349 del CP 73, por estar prescrito el delito fiscal correspondiente al IVA de 1994. QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 349 CP 1973 y del artículo 16 de la ley 61/78, de 27 de diciembre , del impuesto de sociedades del ejercicio 1994/1995. SEXTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 349 CP 1973 e inaplicación del artículo 7.1° de la ley 37/92, de 28 de diciembre , del impuesto sobre el valor añadido de 1994. SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 305 CP de 1995 en relación al delito fiscal por la elusión de la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimiento del capital mobiliario del ejercicio de 1996. OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 305 CP



de 1995 en relación al delito fiscal por el impuesto de sociedades de 1997. NOVENO.- Por infracción de ley, con sede en el artículo 849.1º de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículo 259.2 del Código Penal (conforme a la redacción vigente tras la entrada en vigor de la lo 1/2015), en relación con el artículo 2º.2 del Código Penal , retroactividad de la ley penal más favorable. DÉCIMO.- Por infracción de los artículos 24.1 y 25 de la Constitución Española en relación con el artículo 17, derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad y proporcionalidad en relación con el derecho a la libertad personal, con sede procesal en el artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal .

B) Candida : PRIMERO (en el escrito décimo primero).- Al amparo del artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 120.3 de la Constitución Española , por falta de motivación, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, art. 24 CE . SEGUNDO (en el escrito décimo segundo).- Por infracción de ley, con sede en el artículo 849.1º de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 260 CP respecto de doña Candida . TERCERO (consta como décimo tercero).- Por infracción de ley, con sede en el artículo 849.1º de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículo 259.1 y 2 del Código Penal (conforme a la redacción vigente tras la entrada en vigor de la lo 1/2015), en relación con el artículo 2º.2 del Código Penal , retroactividad de la ley penal más favorable. CUARTO (consta como décimo cuarto en el escrito).- Por infracción de los artículos 24.1 y 25 de la Constitución Española en relación con el artículo 17, derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad y proporcionalidad en relación con el derecho a la libertad personal, con sede procesal en el artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal .

C) Sebastián : PRIMERO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de precepto constitucional, y concretamente el artículo 24.1 de la Constitución Española que proclama el principio garantista de la tutela judicial efectiva, en directa relación con la falta de motivación respecto de la pena pecuniaria impuesta a mi defendido en la sentencia recurrida. SEGUNDO.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de precepto constitucional, y concretamente de los artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española que, respectivamente, declaran los principio garantistas de acceso a la tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia, en directa relación con la imputación a mi defendido de la comisión de un delito de estafa agravada. TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.1, párrafo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebrantamiento de forma al incluirse referencias que suponen la predeterminación del fallo en la sentencia recurrida. CUARTO.- Al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando el error de hecho en la valoración de la prueba en el que incurre la sentencia objeto del recurso, respecto de las conductas de fraude de subvenciones y estafa agravada a las que ha sido condenado mi defendido. QUINTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, denunciándose la indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre -o en su defecto, el artículo 113 del Código Penal de 1973 -, y el artículo 132, también del Código Penal , en su vigente redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en lo que hace a la prescripción del delito de fraude subvenciones sobre el que ha recaído la sentencia condenatoria para mi defendido. SEXTO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, denunciándose la indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre -o en su defecto, el artículo 113 del Código Penal de 1973 -, en lo que hace a la concurrencia del instituto de la prescripción respecto del delito de fraude de subvenciones, ahora en su revisión como conducta delictiva continuada bajo las previsiones normativas del artículo 74 del Código Penal , en su redacción dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que estuvo en vigor hasta la modificación operada en ese precepto por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. SÉPTIMO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, y ello en relación a la indebida aplicación del artículo 350 del Código Penal de 1973 (actual artículo 308 del Código Penal de 1995), en cuanto se refiere a la comisión por parte de mi defendido de un delito de fraude de subvenciones. OCTAVO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de Ley, en lo que hace a la determinación de la pena de multa. NOVENO.- Por infracción de Ley, a tenor de lo preceptuado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 528 y 529.7 del Código Penal de 1973 , en lo que hace a la comisión por parte de mi defendido de un delito de estafa (artículos 248 , 249 , 250.1.6 º y 7 º , y 2 del Código Penal de 1995 , en la redacción anterior a la LO 5/2010). DÉCIMO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, y lo mismo en relación a la consolidada doctrina jurisprudencial sobre los requisitos para la consideración de la concurrencia de un acuerdo previo ("pactum scaeleris") para la consumación de una conducta delictiva.

D) Pedro Miguel : PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción por la Sentencia recurrida de los arts. 113 y 114 del Código Penal de 1973 , al no haberse declarado la prescripción del delito contra la Hacienda Pública del Ejercicio 1994. SEGUNDO.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por infracción



del precepto constitucional recogido en el art. 24 de la CE : vulneración del derecho a la presunción de inocencia. TERCERO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación del art. 349, en relación con el art. 15 bis, ambos del CP de 1973 vigente en el momento en que se produjo la elusión del pago del IVA correspondiente al ejercicio de 1994 por parte de VINISUR S. A., que la sentencia recurrida ha declarado probada, en la medida en que el comportamiento en ella atribuido a nuestro defendido no cumple los requisitos necesarios para poder ser considerado constitutivo de delito. CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación por la Sentencia recurrida del art. 308, en relación con los arts. 28 b) y 74, todos del CP en su redacción vigente en el momento de los hechos, en la medida en que el comportamiento atribuido a nuestro defendido no cumple los requisitos necesarios para poder ser considerado constitutivo de una cooperación punible al delito continuado de fraude de subvenciones por el que, como cooperador necesario, ha sido condenado. QUINTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación del art. 260 CP en su redacción vigente en el momento de los hechos, en relación con el art. 28 b) CP , en la medida en los hechos que se declaran probados no concurren los requisitos necesarios del delito de insolvencia punible del que, como cooperador necesario, ha sido condenado, así como de los arts. 109 ss. CP , en lo relativo a la responsabilidad civil correspondiente; y, subsidiariamente, por indebida inaplicación de los vigentes arts. 2.2 y 259 CP , por resultar la aplicación retroactiva de este precepto más favorable al reo. SEXTO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación del art. 74 (en la redacción anterior a la LO 5/2010), en relación con los art. 248 , 249 y 250³, 6^o y 7^o (en la redacción vigente en el momento de los hechos) CP , por no concurrir los presupuestos para la apreciación de la continuidad delictiva, al tratarse, en realidad, de un supuesto de unidad natural de acción; y por indebida aplicación de esos mismos preceptos y de los arts. 109 ss. CP , al fijarse el quantum de la defraudación producida y de la indemnización correspondientemente impuesta sin restar de ella la cantidad que el factum de la Sentencia reconoce abonada. SÉPTIMO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim ., por vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, por la indebida inaplicación del art. 65.3 CP en relación con los arts. 28 b) y 260 y 308 CP . OCTAVO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim ., por vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, a causa de la incorrecta aplicación efectuada de los arts. 21.6^a y 66.1.2^o CP , en relación con el art. 24.2 CE , que establece el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

E) Abelardo : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.1 y 24.2 de la CE), en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que se ha violado la tutela judicial efectiva de mi representado, Abelardo , por incumplir el principio acusatorio y por incongruencia omisiva en la Sentencia dictada por la Sala de instancia, generando indefensión a esta parte. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.1 y 24.2 de la CE), en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que no se ha valorado correctamente la prueba practicada en el plenario vulnerando con ello la presunción de inocencia que ostenta mi patrocinado en el presente procedimiento. TERCERO.- Por infracción de Ley del Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que en la Sentencia se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, en concreto los artículos 308 y 28 del Código Penal . CUARTO.- Por infracción de Ley del Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que en la Sentencia se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal. QUINTO.- Por infracción de Ley del Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que en la Sentencia se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, en concreto los artículos 308 y 28, en relación con los artículos 65. 3^o , 66. 1. 2^a y 70.1. 2^a, en relación con lo señalado en el artículo 2.2, todos ellos del Código Penal actual y vigente. SEXTO.- Por infracción de Ley del Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que en la Sentencia se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal, en concreto los artículos 260 y 28, CP 1995 , en relación con los artículos 65. 3^o , 66. 1. 2^a y 70.1. 2^a, en relación con lo señalado en el artículo 2.2, todos ellos del Código Penal actual y vigente.

F) Ministerio Fiscal: PRIMERO.- Infracción de ley del art. 849.1^o de la LECriminal por indebida aplicación de los artículos 9.10^a , 61.5 , 73 y 76 del CP -texto refundido de 1973- y de los artículos 21.6^a y 66.1.2^a (en la fecha de los hechos artículo 66.4^a) y 70 del vigente CP respecto al acusado Luis . SEGUNDO.- Infracción de ley del art. 849.1^o de la LECriminal por indebida aplicación de los artículos 9.10^a , 61.5^a , 73 y 76 del CP -texto refundido de 1973- y de los artículos 21.6 y 66.1.2^a (en la fecha de los hechos artículo 66.4^a) y 70 del vigente CP respecto al acusado Pedro Miguel . TERCERO.- Infracción de ley del art. 849.1^o de la LECriminal por indebida aplicación de los artículos 21.6^a y 66.1.2^a (en la fecha de los hechos artículo 66.4^a) y 70 del vigente CP respecto al acusado Abelardo . CUARTO.- Infracción de ley del art. 849.1^o de la LECriminal por indebida aplicación de los artículos 21.6^a y 66.1.2^a (en la fecha de los hechos artículo 66.4^a) y 70 del vigente CP respecto a la acusada Candida .



G) Autos González, SL: PRIMERO. - Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ) concretada en conculcación del art. 9.3 CE (Principio De Legalidad). SEGUNDO. - Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ) concretada en conculcación del art. 24.2 CE (juez ordinario predeterminado por la ley). TERCERO. - Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ) concretada en conculcación del art. 24.2 CE (presunción de inocencia). CUARTO. - Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ) concretada en conculcación del art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión). QUINTO. - Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ) concretada en conculcación del art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva y prohibición de la indefensión). SEXTO. - Por quebrantamiento de forma (art. 851.1 LECrim), estimándose que, en la Sentencia, existe contradicción entre hechos probados, así como, también como hechos probados se consignan conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo, designándose las faltas que se suponen cometidas (art. 855 párr. 3º LECrim) contenidas en la Sentencia. SÉPTIMO. - Por existencia de error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en Autos (art. 849.2 LECrim). OCTAVO. - Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim), vulneración de lo consignado en el artículo 130.1º del Código Penal (CP), cuyo incumplimiento acaba derivando en pronunciamiento de hechos, incardinación de conducta en tipo delictivo y derivación de responsabilidades civiles subsidiarias ex delicto. NOVENO. - Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim), vulneración de norma sustantiva que debe ser observada en la aplicación de la Ley Penal, concretamente, del art. 1964.2 Código Civil (CC), al no tenerse por prescrita la responsabilidad civil ex delicto subsidiaria. DÉCIMO. - Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim), vulneración de lo consignado en el artículo 120.4º CP , así como del art. 115 del mismo Código , en la construcción efectuada en la Sentencia y Auto aclaratorio, de la responsabilidad civil ex delicto subsidiaria.

H) Gómez de Castro SA: PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 120.3 del mismo texto Legal . SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el derecho a la presunción de inocencia. TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el derecho a la presunción de inocencia de Sebastián reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución , en relación con lo dispuesto en los artículos 131 y 132 del Código Penal . CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el derecho fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías contemplado en el artículo 24,2 de la Constitución en relación con lo dispuesto en el artículo 117.3 del mismo texto Legal , al no estimarse la declinatoria de jurisdicción planteada por esta representación. QUINTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarse infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución en relación con el pronunciamiento de la parte dispositiva de la Sentencia recurrida. SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse infringido, dados los hechos probados, el artículo 120.4 del Código Penal . SÉPTIMO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al existir 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. OCTAVO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 851 1 º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerar esta parte que la Sentencia recurrida adolece de un vicio de falta de claridad e incongruencia omisiva al no resolver las cuestiones planteadas por esta representación respecto a su condición de responsable civil subsidiario.

I) Industrias de la Uva SA (Induvasa): PRIMERO.- Por vulneración del derecho al principio de legalidad y seguridad jurídica dispuesta en el artículo 9.3 de la Constitución Española en relación con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de su procedencia procesal dispuesta en el artículo 849 L.E.Cr . por la persecución de la responsabilidad civil de mi mandante vinculada a los hechos de un imputado fallecido antes del juicio. SEGUNDO.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión dispuesta en el artículo 24.1 de la Constitución Española , al amparo de su procedencia procesal dispuesta en el artículo 852 L.E.Cr . al introducir tesis en el juicio no incluidas en los escritos de acusación. TERCERO.- Por vulneración de la exigencia contenida en el artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española por falta de suficiente motivación y especificación de los delitos a los que se vincula la responsabilidad civil, al amparo de su procedencia procesal dispuesta en el artículo 852 de la L.E.Cr . CUARTO.- Por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías dispuestas en el artículo 24.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 742 de la L.E. Cr ., al amparo de su procedencia procesal dispuesta en el artículo 852 L.E.Cr . por incongruencia de la sentencia en relación con las peticiones de las partes acusadoras. QUINTO.- Por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del



número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , designando como particulares que demuestran el denunciado error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos de los señalado en el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . SEXTO.- Se renuncia. SÉPTIMO.- Por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , designando como particulares que demuestran el denunciado error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos de los señalado en el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , los documentos siguientes: Documentos presentados por esta parte al inicio de las sesiones de audiencia pública, sin foliar consistentes en el libro de socios de la sociedad INDUSTRIAS DE LA UVA, S.A.- INDUVASA, y Tomo 2, folios 417 y ss de la declaración el 30/3/1998 de D. Luis María a título personal, sin representación de INDUVASA. OCTAVO.- Por infracción de ley de conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 del Código Penal para el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria.

SEXTO.- Instruidas las partes, presentaron escritos de impugnación de contrario la Abogada del Estado, Procuradores Sr. Rodríguez Nogueira, Sr. Pérez Castaño Rivas, Sra. Aragón Segura, Sra. Corral Losada, Sra. Martín de Vidales Llorente, Sra. Ortiz Cornago, Sra. Vázquez-Pimentel Sánchez y Sr. de Juanas Blanco; el Ministerio Fiscal apoyó parcialmente los motivos de los siguientes recurrentes: el 10º y 14º motivo de Luis y los mismos para Candida , Euroinversiones Aguas de Sousa SLU y Arnoya Financiera, SL, el 5º y 6º motivo de Abelardo ; el 1º y 8º motivo de Sebastián , el 8º motivo de Pedro Miguel , e impugnó el resto de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 11 de septiembre de 2018, dictándose posteriormente autos de prórroga debido a las cuestiones planteadas en los recursos de referencia y la imposibilidad de dictar sentencia en término establecido en el artículo 899 de la LECrm. Se continuó la deliberación, dada su complejidad y la necesidad de dictar otras sentencias, hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 , a a los siguientes acusados:

- A Sebastián , como autor responsable de:

Un delito continuado de fraude de subvenciones, con la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión menor y multa de 35.000.000 euros, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Un delito de estafa, con la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de seis meses de arresto mayor.

Ambas penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- A Luis como autor responsable de:

Un delito continuado de estafa, con la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Un delito de insolvencia punible, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de dos años de prisión y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Dos delitos fiscales descritos, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión menor y multas de 1.359.791 euros y 1.141.744 euros, respectivamente (duplo de la cuantía defraudada), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Dos delitos fiscales, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión y multas de 306.877 euros y 924.223 euros, respectivamente (duplo de la cuantía defraudada), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.



Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- Pedro Miguel , en calidad de:

Cooperador necesario en un delito de fraude de subvenciones, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Autor de un delito continuado de estafa, con la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Cooperador necesario en un delito de insolvencia punible, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Autor responsable de un delito fiscal, relativo al impago del IVA de VINISUR, en el periodo fiscal de 1994, igualmente con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 1.141.744 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- Abelardo , en calidad de autor por cooperación necesaria, por:

Un delito de fraude de subvenciones, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Un delito de insolvencia punible descrito, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión, y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Ambas penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

- Candida , como cómplice en un delito de insolvencia punible, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 6 meses de prisión, y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

2. Contra las referidas condenas recurrieron en casación las defensas de los cinco condenados, el Ministerio Fiscal y las entidades responsables civiles subsidiarias Autos González, S.L., Gómez de Castro, S.A. e Industrias de la Uva SA (INDUVASA).

A) Recurso de Luis

PRIMERO. 1. En el motivo primero invoca, por el cauce procesal del art. 852 de la LECrim , la infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española , por vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

Alega la parte recurrente que la Sala sentenciadora ha considerado como probada la comisión de unos hechos respecto de don Luis supuestamente subsumibles en: un delito continuado de estafa, un delito de insolvencia punible y cuatro delitos contra la Hacienda Pública, sin que haya existido prueba de cargo válida y suficiente, pues la inferencia del tribunal a quo respecto de la valoración de la prueba no es acorde a las reglas de lógica.

La impugnante se queja de que no se analizan mínimamente cuáles son los elementos de prueba practicados en el juicio oral tenidos en cuenta para alcanzar una tesis de condena del recurrente. Tampoco se han valorado las declaraciones de descargo de los acusados, ni de los testigos, ni la numerosa documentación obrante en los 55 tomos que conforman la causa. Igualmente, señala la parte, que no se explica por qué las referidas declaraciones de los coacusados, lógicamente exculpatorias, no han convencido al Tribunal para poder determinar que carece de responsabilidad criminal.



Objeta que no hay referencias a la documentación obrante en las actuaciones, al no señalarse los folios correspondientes que permitan conocer qué elementos probatorios documentales han sido valorados por la Sala para alcanzar una tesis condenatoria.

Advierte también la parte impugnante que se mencionan escrituras de préstamo, actas de Juntas Generales, pagarés, solicitudes de restituciones a la exportación, escrituras de suscripción y de transmisión de participaciones, escrituras de ampliación de capital, escrituras de constitución de hipotecas de máximo a favor de determinadas entidades bancarias, declaraciones tributarias, e infinidad de operaciones más, pero se ignora, dentro de los más de cinco decenas de tomos, en cuál de ellos se encuentra esa numerosa documentación.

Asimismo, tampoco existe ni un mínimo análisis de la prueba practicada en el acto del plenario, sino un simple párrafo genérico, en relación con el delito de insolvencia punible, y referencias a la asunción de la prueba de la agencia tributaria en detrimento de la pericial de la defensa, pero sin descender al examen individualizado y concreto respecto de cada uno de los acusados y cada uno de los delitos.

También se queja de deficiencias y omisiones en el análisis de la prueba testifical por no señalar debidamente los apartados concretos de las declaraciones de donde procede la convicción del Tribunal, al estimar que el componente probatorio de cargo carece de unas remisiones analíticas específicas que esclarezcan el examen de la prueba.

Resalta la convicción de la parte recurrente relativa a que la responsabilidad del acusado sería atribuible únicamente a su padre, Luis María , ya fallecido.

Considera la defensa que la única razón por la que don Luis sería conocedor de los hechos constitutivos de estafa continuada, insolvencia punible y de defraudación a la Hacienda Pública, materializados por su padre, es por ocupar el cargo de administrador de la sociedad. Lo que supondría una suerte de presunción ipso iure, que trasladaría la responsabilidad al mismo, por su simple condición de administrador, ex artículo 31 CP . La lectura de la sentencia, en términos penales, y no mercantiles, es que por el mero hecho de ser administrador de una mercantil se transfiere a sus administradores los delitos de la entidad sin importar la verdadera autoría o participación de éstos en los hechos y si en los mismos se cumplen los correspondientes elementos de los tipos penales en juego.

E incide después en un argumento que se reitera en todo el desarrollo del recurso: que para que el administrador de derecho o de hecho de una sociedad mercantil pueda ser considerado responsable penalmente de un delito no es suficiente que ocupe dicho cargo, ni esta condición se convierte en presunción iuris et de iure para que sea condenado como ha sucedido en el caso del Sr. Luis , sino que es necesario que el mismo incurra en una acción u omisión típica.

Considera el recurrente que la lectura de la sentencia lleva a entender entre líneas que, al fallecer la única persona (don Luis María , padre del hoy recurrente) que, en todo caso, debía responder por los hechos objeto de acusación, por ser gerente y fundador de las empresas del denominado Grupo Arnoya, y quien ejercía el control directamente, después de un periplo judicial de 26 años, había que trasladar la responsabilidad penal a alguien, es decir, al ahora acusado, por ser hijo y administrador formal de las mercantiles. Sin embargo, señala la defensa, la prueba practicada en el acto del plenario arroja un resultado totalmente diferente, atendiendo a las fechas en que se incorporó el impugnante al grupo empresarial después de haber acabado sus estudios universitarios, a los actos concretos que realizó y a las explicaciones que aportó en el curso de las manifestaciones prestadas en el procedimiento.

La parte recurrente realiza después un recorrido por las manifestaciones del acusado y de su padre, Luis María , fallecido en el año 2009, así como por las de los restantes acusados y de algunos de los testigos, para acabar concluyendo que coincidieron en que don Luis carecía de capacidad de decisión y control sobre todas las cuestiones contables, fiscales, organizativas de VINISUR, y que no impartía ningún tipo de orden, no participaba en negociaciones, careciendo de voz y voto, y que todo estaba controlado por "el jefe", "el jefe de todo", o "el gallego", como denominaban al Sr. Luis María , ya fallecido. Y que también quedó claro, tras las numerosas testificales practicadas, que las cuestiones fiscales y contables de VINISUR eran gestionadas directamente por don Benjamín y don Braulio , y que don Luis carecía de dirección, decisión o control alguno.

Y en lo que atañe a la prueba documental, se alega en el motivo del recurso que no ha sido concretada ni especificada, ni se han señalado los documentos concretos que sostendrían la responsabilidad criminal del acusado, advirtiendo que de los 55 tomos que componen las actuaciones, sólo aparecen 4 documentos firmados por Luis .

A ello añade que la práctica de la prueba documental en el plenario no se produjo con las debidas garantías, por lo que la misma carece de aptitud para ser valorada como tal, pues fue introducida en el plenario por las



acusaciones mediante la fórmula "por reproducida" (vídeo 20, hora 13:07:39), sin instarse la lectura de ningún documento.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras).

Pues bien, aun siendo cierto que la sentencia recurrida no es un modelo de motivación probatoria, tal como viene a admitir el propio Ministerio Fiscal cuando afirma que la sentencia hubiese podido ser "más descriptiva" a la hora de concretar las pruebas que acreditan la intervención del recurrente en cada uno de los hechos que se le imputan, "tal deficiencia no supone un obstáculo real para defender el criterio utilizado y la solución a que se llegó".

Le asiste la razón a la parte recurrente cuando aduce que el mero hecho de ser administrador único de una sociedad o de un grupo empresarial no constituye un dato suficiente para atribuirle cualquier hecho delictivo que se perpetre dentro del ámbito empresarial. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que quien asume esa responsabilidad, máxime si tiene una cualificación profesional para ello, sí ha de entenderse que tiene conocimiento de los actos más relevantes y reiterados que se ejecutan en el marco empresarial de la entidad que dirige.

El grupo empresarial ARNOYA es un holding familiar en el que se da la singularidad de que la persona que puede considerarse como paterfamilias y también como factótum de la entidad era el acusado Luis María, fallecido en el año 2009, es decir, después de que se hayan ejecutado los hechos delictivos y de que se haya iniciado el procedimiento penal. Esa persona, cuya actividad empresarial se inició sobre el año 1960, era quien de hecho dirigía el Grupo a partir del año 1979; sin embargo, ello no significa que su hijo, el ahora recurrente, que fue nombrado administrador único en septiembre del año 1994, no tuviera responsabilidades penales por los hechos delictivos, argumentándose para ello que no conocía las actividades ilícitas que allí se tramaban y realizaban.

El recurrente acabó los estudios y se licenció en Ciencias Económicas y Empresariales (con máster incluido) en el verano de 1994. Por lo cual, era una persona especialmente cualificada, cuando menos en el aspecto teórico, cuando comenzó su andadura como administrador de la empresa. Sus estudios le daban unos conocimientos notables tanto sobre los aspectos contables y fiscales de una empresa como de los que se referían al ámbito de la economía y a las funciones y objetivos de lo que es un grupo empresarial. Conocimientos que habrían de incrementarse y consolidarse con la práctica empresarial dentro del propio marco familiar.

En el fundamento cuarto de la sentencia recurrida, al tratar de la autoría y de la participación, se argumenta por el Tribunal sentenciador que, sin descartar en absoluto que la cúspide y el actor principal fuera el fallecido Sr. Luis María padre, a partir de un determinado momento emerge la figura de su hijo con una formación universitaria en temas económicos y financieros precisamente cuando claramente cambia la fisonomía de actuación de la empresa y se embarca en confusas y erráticas aventuras de ingeniería financiera a las que es difícil encontrar otra explicación que la de opacificar e interponer sociedades para dificultar el seguimiento del dominio económico de las empresas, operaciones que tenían un alto coste fiscal que no se quiso asumir, ocultando y eludiendo el pago de los impuestos. Se trataba, según el Tribunal sentenciador, de compartimentar y establecer una especie de cortafuego para evitar que afectaran al conjunto empresarial de la familia Luis María Luis Maite Candida las consecuencias previsibles de sus actos ilícitos anteriores relativos a la obtención de subvenciones fraudulentas.

La presencia del Sr. Luis a partir de ese momento es permanente, acompañando la actividad de su padre. Y si bien no mantenía un contacto de a pie con las personas que habitualmente habían trabajado con su padre, estaba allí y coparticipaba, sin duda, con éste, en el diseño de las estrategias financieras de las empresas del Grupo Arnoya, singularmente de VINISUR.

Por lo cual, estima el Tribunal de instancia que Luis es autor responsable por su condición de administrador de Vinisur (art 15 bis del C. Penal, redacción de 1973, y también por los arts. 14.1 en relación con el 12.1 del mismo texto legal, y correlativos arts. 31, 28 y 27 del CP vigente), por su intervención personal y directa en los hechos en la forma descrita que se tiene por probada, descartándose por el Tribunal que careciera de cualquier dominio de los hechos como se afirma por la defensa.



3. Esa argumentación debe ponerse en relación con los hechos declarados probados que aparecen en el apartado sexto de la sentencia recurrida. Allí se describe literalmente lo siguiente:

"...De forma oficial, por el SEMPA se comunica a VINISUR el 16 de septiembre de 1994 la apertura de expediente por el desvío a terceros países del mosto de uva exportado a Suecia. El 26 de septiembre de 1994 un representante de VINISUR retiró personalmente la comunicación de apertura del expediente NUM012 . El 25 de noviembre de 1994 VINISUR, a través de su abogado, presentó las primeras alegaciones en dicho expediente ante la Sección de Asuntos Jurídicos del SENPA.

Luis María , en su condición de comerciante individual y como administrador primero único y después como administrador de hecho tras el nombramiento de su hijo - Luis - como administrador de VINISUR, este último plenamente conocedor de estos hechos, de sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil propia y de su sociedad, así como de la previsible iniciación de un procedimiento administrativo que pudiera dar lugar a la devolución de las subvenciones hasta el momento obtenidas, con ánimo de eludir el pago y defraudar el legítimo derecho de sus acreedores, comenzó a realizar una serie de actos de disposición, con la colaboración del resto de los acusados, con el fin último de despatrimonializar VINISUR y ocultar sus bienes.

Con fecha 7 de septiembre de 1994 Luis María , en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su cónyuge Candida firma escritura de préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial por importe de 300 millones de pesetas, destinado al reembolso o pago de los siguientes créditos y préstamos: póliza de crédito NUM028 del Banco de Santander por 75 millones de pesetas; póliza de crédito NUM029 de Caixa Vigo por 147 millones de pesetas; póliza de préstamo NUM030 de la misma entidad por 38 millones de pesetas; y póliza n° NUM031 del Banco Central Hispano por 40 millones de pesetas.

En garantía del cumplimiento del préstamo, VINISUR, que no era prestataria y en cuya representación intervino Luis María , constituye hipoteca -como hipotecante no deudora- a favor del ICO sobre las siguientes fincas de su propiedad: finca NUM032 , libro NUM033 , tomo NUM034 , del Registro de la Propiedad de Almedralejo; finca NUM035 , libro NUM036 , tomo NUM037 , del Registro de la Propiedad de Almedralejo; finca NUM038 , libro NUM036 , tomo NUM037 del Registro de la Propiedad de Almedralejo.

El crédito resultó impagado, de modo que, tras el correspondiente procedimiento judicial sumario, las fincas fueron adjudicadas al ICO.

Luis María y su esposa, la acusada Candida , con la misma finalidad, gravaron con garantía hipotecaria los bienes inmuebles de los que eran titulares, en garantía de préstamos concedidos por entidades financieras:

1. El 28 de febrero de 1996, vivienda letra NUM039 de la planta NUM040 de un edificio en la AVENIDA000 (finca n° NUM041 del Registro de la propiedad n°1 de Orense). Se constituye hipoteca de máximos a favor de Caja de Ahorros Proauvincial de Orense, hasta 75 millones de pesetas de principal y 15 millones de costas y gastos. La vivienda estaba inscrita a favor de Luis María para su sociedad conyugal con Candida . La vivienda estaba ya hipotecada en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas como fiadores solidarios de un préstamo sindicado concedido por diversas entidades financieras a favor de LA PATENA SA.

2. El 28 de febrero de 1996, vivienda letra NUM042 de la planta NUM040 de edificio sito en la AVENIDA000 (finca NUM043 del Registro de la propiedad n°1 de Orense). Se constituye hipoteca de máximos a favor de Caja de Ahorros Provincial de Orense hasta 56 millones de principal y 11,2 millones de costas y gastos. La vivienda estaba inscrita a favor de Luis María para su sociedad conyugal con Candida . La vivienda estaba ya hipotecada en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas como fiadores solidarios de un préstamo sindicado concedido por diversas entidades financieras a favor de LA PATENA SA.

3. El 22 de agosto de 1997 se amplía y modifica la hipoteca constituida el 27 de agosto de 1993 para responder hasta el límite máximo de 100 millones de pesetas de principal, 34,5 millones de intereses y 20 millones para gastos y costas en garantía de la línea de descuento NUM044 a favor de Caja de Ahorros Municipal de Vigo, que pasa a ser de 150 millones de pesetas de principal, 51,75 millones de intereses y 30 millones de pesetas de gastos y costas, sobre el chalet " DIRECCION001 " , sito en DIRECCION002 , municipio de Nigrán (finca n° NUM045 del Registro de la propiedad n°2 de Vigo). La vivienda estaba inscrita a nombre de Candida para su sociedad conyugal con Luis María .

El 28 de junio de 1994, con un capital social de 500.000 ptas y el mismo objeto social que VINISUR, se constituye por Luis María , Luis y Maite la sociedad UVANOSA SL, de la que los dos primeros son nombrados administradores.

El 19 de diciembre de 1996 se cambia su denominación social por la de Zumos y Vinos SL (ZUVINSA).

El 14 de octubre de 1994, con un capital social de 500.000 ptas, se constituye por Luis María y su cónyuge Candida la sociedad Grupo Arnoya SL, de la que ambos se nombran administradores solidarios.



La denominación social en la escritura de constitución fue la de Arnoya Financiera SL, rectificada y sustituida por Grupo Arnoya SL en escritura pública de 12 de diciembre de 1994. Su objeto social era el de adquirir por cualquier título, administrar, gestionar, disfrutar y enajenar acciones y participaciones representativas del capital social de cualquier tipo de sociedades, etc. La escritura de constitución se presenta en el Registro Mercantil para su inscripción el 17 de febrero de 1995 (cuatro meses después de su constitución). El 18 de octubre de 1994 Luis María suscribió la totalidad de la ampliación de capital social realizada por Grupo Arnoya SL -identificada en la escritura como Arnoya Financiera SL-, consistente en la creación de 200.000 nuevas participaciones de 1.000 ptas. En pago de dicha suscripción cuyo importe ascendía a 200 millones de ptas, Luis María aportó 74.000 acciones de VINISUR. Esta escritura de aumento y suscripción de capital se presenta en el Registro Mercantil para su inscripción el 10 de mayo de 1996.

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, representada por Luis , suscribió la cantidad de 500 millones de pesetas representadas por 500.00 participaciones de la sociedad UVANOSA aportando en pago de la referida suscripción los siguientes activos y pasivos:

- Terrenos, construcciones e instalaciones técnicas por un total de 204 millones de pesetas.
- Maquinaria industrial valorada en 176 millones de pesetas.
- El crédito que tenía VINISUR contra Luis María por 222.120.000 ptas.
- Como aportaciones de pasivo aporta la deuda contraída por un importe total de 102.120.000 ptas por el concepto de dividendo activo a pagar por VINISUR a los accionistas, según acuerdo adoptado por Junta General de 19 de octubre de 1994.

La escritura de aumento de capital (escritura nº de protocolo 3584 del Notario D. Antonio Pol González) no se presentó en el Registro Mercantil hasta el 11 de abril de 1996, inscribiéndose el 18 de abril siguiente.

Las fincas aportadas (principal activo de VINISUR) habían sido previamente hipotecadas a favor del ICO, no constando este hecho en el Registro.

Los administradores de UVANOSA en la fecha de formalización de la escritura de ampliación de capital por aportación no dineraria eran Luis María y Luis .

Como consecuencia de la operación, VINISUR pasa a poseer la mayoría de las acciones de UVANOSA, perdiendo prácticamente su capacidad operativa en cuanto a la actividad que venía realizando y que constituía su objeto social.

Con fecha 7 de noviembre de 1994 y escritura pública protocolo nº 3.615 del Notario D. Antonio Pol González, VINISUR, representada por Luis (administrador único de VINISUR desde el 7 de diciembre de 1996), transmite las 500.000 acciones que poseía de UVANOSA a Grupo Arnoya SL, conocida también como Arnoya Financiera SL, representada por Luis María , por 500 millones de pesetas, con la obligación de que el pago se hiciera efectivo en un plazo máximo de 30 días.

El precio pactado no se pagó en el plazo pactado, sino que el mismo día 7 de noviembre de 1994, VINISUR contabilizó la operación como una venta a crédito a largo plazo. En asiento contable contiguo procedió a reducir el anterior crédito al contabilizar como gasto por arrendamientos 380 millones de ptas, más 57 millones de IVA, en total, 437 millones, cuya contrapartida era el abono en la cuenta de crédito a largo plazo de Grupo Arnoya SL. En la memoria anual de VINISUR correspondiente al año 94-95 se hace referencia a ese contrato de arrendamiento por la utilización de las instalaciones. No existe constancia documental de ese contrato de arrendamiento, que resulta inexistente, ya que las naves, instalaciones y maquinarias no eran propiedad de Arnoya Financiera, sino de UVANOSA. El 31 de agosto de 1995, sin razón económica aparente, se reduce en 340 millones el saldo de la cuenta de arrendamientos y cánones con cargo a la cuenta de gastos anticipados (el concepto del apunte es "GTOS ARRENDA UVANOSA").

Con fecha 24 de julio de 1996 UVANOSA hipoteca a favor de la Hacienda Pública las fincas que previamente habían sido aportadas y que en su día pertenecieron a VINISUR, para garantizar las deudas que VINISUR tenía con aquella, por importe de 56 millones y del que había solicitado un aplazamiento de pago.

Una vez traspasados los activos y actividad productiva de VINISUR a Zumos y Vinos SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con LUSA EXTREMEÑA SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de otra mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del GRUPO ARNOYA, pero en realidad no siéndolo así, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por parte de la familia Luis María Luis Maite Candida .

El contrato de arrendamiento tiene las siguientes características:



En representación de ZUMOS Y VINOS SL actuó Pedro Miguel , y en representación de LUSA EXTREMEÑA SL Abelardo .

El contrato contenía, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Se arrienda la industria con todos los elementos y enseres que la componían. No se realiza un inventario.
- b) El plazo de duración del contrato sería de cinco años, quedando la duración del mismo al arbitrio de una de las partes sin contraprestación e indemnización alguna para la otra.
- c) La renta se fija en cinco millones de pesetas anuales: "el precio fijado como renta será aplicado en primer lugar a amortizar la deuda que la entidad arrendadora mantiene con la entidad arrendataria con anterioridad a este acto y que está suficientemente documentada entre las partes".
- d) "Será responsable el arrendatario de las deudas u obligaciones contraídas por la entidad arrendadora, cualesquiera que sean sus fechas".

La mercantil LUSA EXTREMEÑA había iniciado su actividad el 16 de agosto de 1994, radicando su domicilio social en Santa Marta de los Barros (Badajoz), comenzando sus relaciones comerciales con VINISUR el día 31 de mayo de 1995.

En estas relaciones comerciales y de producción LUSA EXTREMEÑA aportaba mercancías a VINISUR constantemente, sin recibir un pago por cada servicio, sino que se iban librando letras de cambio por valor nominal de cuatro millones de ptas aproximadamente al ritmo de entrada de productos. A la vez VINISUR vendía productos a LUSA EXTREMEÑA realizándose pagos de forma similar.

Con esta operativa se emiten las cinco últimas letras de este período por valor de cuatro millones de ptas cada una, siendo la fecha del libramiento los días 1,2, 3, 4 y 5 de febrero de 1997 y el vencimiento los días 1, 2, 3, 4, y 5 de mayo. El librado era VINISUR y el librador LUSA EXTREMEÑA, figurando como avalista Luis María (no ZUVINSA).

El día 6 de febrero de 1997 LUSA EXTREMEÑA descuenta las cinco letras, en cuentas corrientes de su titularidad. El día 9 de abril de 1997 VINISUR ingresa un cheque del BBV por valor de 3.451.509 ptas a nombre de LUSA EXTREMEÑA en su cuenta del Banco Central Hispano.

El 30 de abril de 1997 se compensan las deudas de proveedor y cliente entre ambas empresas, dando un saldo a favor de LUSA EXTREMEÑA de 14.988.632 ptas, según consta en el libro diario de VINISUR de 1997.

Con fecha 2 de mayo de 1997 se realizan dos traspasos desde la cuenta del BBV cuyo titular es LUSA EXTREMEÑA a una cuenta del mismo banco titularidad de VINISUR por importe de cuatro millones de pesetas para hacer frente a los efectos con vencimientos de fecha 1 y 2 de mayo. Con fecha 5 de mayo se repite la misma operación pero con Caja de Badajoz en relación a las otras tres letras con vencimiento los días 3, 4 y 5 de mayo de 1997. Los días 1, 2, 3, 4 y 5 de mayo se produce el vencimiento de las letras a que se alude como posible origen de la deuda constatada el día 30 de abril.

En sentencia de 28 de julio de 1998 dictada en la Quiebra nº337/97 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Almendralejo se confirmó el auto de 26 de enero de 1998 por el que se declaraba en estado de quiebra tanto a VINISUR como a Luis María . Dicha resolución fue confirmada por la Sentencia de 11 de junio de 2001 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Badajoz . El Tribunal Supremo en Auto de 1 de Febrero de 2005 inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación instando contra la citada resolución de la Audiencia Provincial."

4. La lectura de los hechos declarados probados, una vez contrastada con la prueba documental, evidencia la intervención del recurrente en los principales episodios de despatrimonialización de VINISUR, S.A., con el fin de evitar el pago de las sumas adeudadas por las defraudaciones de subvenciones a las exportaciones de vino que se describen en los cuatro primeros apartados del "factum" de la sentencia.

Y así, consta en primer lugar (folios 1680 y ss. de la causa) que el 28 de junio de 1994 se constituyó, con un capital social de 500.000 ptas (3.005 €) y con el mismo objeto social que VINISUR, por Luis María , Luis y Maite la sociedad UVANOSA SL, de la que los dos primeros son nombrados administradores. El 19 de diciembre de 1996 se cambia su denominación social por la de Zumos y Vinos SL (ZUVINSA).

Por consiguiente, el ahora recurrente ya intervino en la estrategia de evasión del patrimonio de VINISUR antes de que hubiera sido nombrado administrador único de la entidad, circunstancia que, tal como se especifica al inicio de los hechos probados, se formalizó en la escritura de 30 de septiembre de 1994. Y no sólo fue nombrado socio constituyente de UVANOSA, S.L. en junio de 1994, sino que además fue designado



administrador solidario junto con el principal imputado (Luis María), fallecido en 2009, que a su vez era el padre del impugnante.

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, representada por Luis , incrementó el capital social en escritura pública número de protocolo 3584 del Notario D. Antonio Pol González, que no fue presentada en el Registro Mercantil hasta el 11 de abril de 1996, inscribiéndose el 18 de abril siguiente. La ampliación se hizo por la cantidad de 500 millones de pesetas (3.005.060 €) representadas por 500.000 participaciones de la sociedad UVANOSA, aportando en pago de la referida suscripción los bienes inmuebles y muebles que se han reseñado supra, además del crédito que tenía VINISUR contra Luis María (folios 3922 y ss. de la causa).

Por lo tanto, el patrimonio principal de VINISUR fue transferido a UVANOSA en un acto claro de despatrimonialización de la primera, que perdió así su capacidad operativa en lo que era su actividad industrial: la producción de vino.

Con fecha 7 de noviembre de 1994 y escritura pública protocolo nº 3.615 del Notario D. Antonio Pol González, VINISUR, representada por Luis , que era el administrador único de esa entidad, transmitió las 500.000 acciones que poseía de UVANOSA al Grupo Arnoya SL, conocido también como Arnoya Financiera SL, representada por Luis María , por 500 millones de pesetas (3.005.060 €), con la obligación de que el pago se hiciera efectivo en un plazo máximo de 30 días (folios 10705 y ss. de la causa). Y ese mismo día 7 de noviembre de 1994, VINISUR contabilizó la operación como una venta a crédito a largo plazo.

En asiento contable contiguo procedió a reducir el anterior crédito al contabilizar como gasto por arrendamientos 380 millones de ptas (2.283.846 €), más 57 millones (342.577€) de IVA, en total, 437 millones (2.626.423 €), cuya contrapartida era el abono en la cuenta de crédito a largo plazo de Grupo Arnoya SL. En la memoria anual de VINISUR correspondiente al año 94-95 se hace referencia a ese contrato de arrendamiento por la utilización de las instalaciones. Sin embargo, la Audiencia lo considera lógicamente inexistente, dado que el Grupo Arnoya S.L. ni siquiera era propietario de los bienes en teoría arrendados, pues habían sido aportados a UVANOSA en fechas precedentes (folios 1696 y 3922 y ss.).

Por último, una vez traspasados los activos y actividad productiva de VINISUR a Zumos y Vinos SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con Lusa Extremeña SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de otra mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del Grupo Arnoya, no siéndolo en realidad, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por la familia Luis María Luis Maite Candida (folios 1485 y ss.).

En el contrato intervino por parte de ZUVINSA el acusado Pedro Miguel , y por parte de Lusa Extremeña Abelardo , otorgando un contrato simulado cuyo objetivo era culminar la ocultación del patrimonio de VINISUR con el fin de que no fuera ejecutado por terceras personas. Muy significativo y relevante resultó que el ahora recurrente fuera administrador de VINISUR y de ZUVINSA, mientras que Pedro Miguel fuera el apoderado de ambas, pasando después a ser también gerente de Lusa Extremeña.

Los dos contratos arrendaticios simulados fueron, pues, suscritos cuando el administrador de las entidades ZUVINSA y VINISUR era el acusado recurrente. A lo que ha de sumarse el dato determinante de que durante su administración fue desapareciendo el patrimonio de VINISUR, que acabó ocultándose detrás de las sociedades que se han venido citando.

En virtud de lo que antecede, no puede dudarse de la prueba de cargo que concurre contra el acusado, una vez que se analiza la evolución de las empresas de las que era administrador único. De modo que, aun siendo cierto que el administrador de hecho de todo el grupo empresarial surgido a partir de VINISUR era el acusado fallecido (Luis María), su hijo Luis también desempeñó una actividad importante en la despatrimonialización de la entidad, y no sólo por figurar formalmente como administrador jurídico de las principales sociedades, como alega la parte recurrente, sino también por el protagonismo que tuvo en las principales operaciones jurídicas realizadas para evadir el patrimonio, tal como se acredita documentalmente. Y es que si ponemos en relación su especialización profesional con los actos documentados en que intervino durante al menos un periodo de tres años cruciales para la marcha de la sociedad y el ocultamiento de sus bienes, resulta totalmente insostenible la exclusión de su autoría por falta de dolo en las acciones nucleares del plan delictivo.

5. De otra parte, y en lo que se refiere a la intervención del impugnante en la conducta subsumible en los delitos contra la Hacienda Pública, destacamos como hechos probados en el apartado séptimo del "factum" de la sentencia recurrida los que se exponen a continuación.

i) El 25 de marzo de 1996, Luis , administrador único de VINISUR, S. A., presentó la declaración por el Impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio social y período impositivo de 01/09/1994 a 31/08/1995, en la que se hacía constar una liquidación en la que, de manera consciente y para evitar el pago de los impuestos



debidos, los administradores de la sociedad, esto es, Luis y Luis María -administrador de hecho-, no incluyeron en la base imponible la cantidad de 283.214.450 pesetas (1.702.153 €) correspondientes al mayor valor de transmisión de los activos -inmovilizado material- que, como aportación no dineraria, se transmitieron a la sociedad, vinculada, UVANOSA, S. L. (Cif. B-32185266), el 3 de noviembre de 1994, para la suscripción de participaciones por importe de 500 millones de pesetas (3.005.060 €), en la ampliación de capital realizada por dicha sociedad.

La cuota que dejó de ingresar por el impuesto sobre sociedades fue de 113.125.057 pesetas (679.895,29 euros), de acuerdo con la liquidación efectuada por la Agencia Tributaria.

ii) En lo que respecta a la elusión del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente al ejercicio de 1994 de VINISUR, SA, se declaró probado en el mismo apartado séptimo del "factum" de la sentencia recurrida que el 30 de enero de 1995 la referida entidad presentó la declaración de Resumen Anual del IVA del ejercicio de 1994, firmada por Pedro Miguel, Gerente y apoderado de la sociedad, tras presentar durante el año 1994, las correspondientes declaraciones mensuales por dicho impuesto.

Según se reseña en el "factum" de la sentencia, en virtud de la prueba pericial practicada por la Inspección Tributaria, ni la operación de ampliación de capital de 3 de noviembre de 1994 realizada por UVANOSA, SL, ni la del día 7 de noviembre siguiente de contabilización como gasto por arrendamientos de la suma de 380 millones de pesetas (2.283.846 €) fueron incluidas en la declaración de IVA de noviembre de 1994 ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad, que eran Luis y Luis María -administrador de hecho-, con la finalidad de evitar el pago de los impuestos debidos. Por lo cual, la cuota que dejó de ingresar por el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 1994 de la entidad VINISUR, S.A., fue de 94.985.059 pesetas (570.872 euros).

iii) En lo concerniente a la elusión de la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimientos del capital mobiliario, ejercicio 1996, de VINISUR-UVANOSA, se afirma en el mismo apartado séptimo del "factum" de la sentencia recurrida, que el 28 de junio de 1994 se constituyó UVANOSA, S. L. (NIF. B32185266), que cambió su denominación social por la de Zumos y Vinos, S. L. (ZUVINSA), el 19 de diciembre de 1996. Hasta el ejercicio de 1996, inclusive, la sociedad no presentó ante la Hacienda Pública ninguna declaración tributaria por el Impuesto sobre Sociedades, IVA, Retenciones a Cuenta, declaración de ingresos y pagos en sus relaciones con terceros, etc. Desde su constitución y hasta el 16 de diciembre de 1996 fueron administradores solidarios Luis María y Luis, a partir de dicha fecha ejerció el cargo solo este último.

El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, S.A., representada por Luis, suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S. L., consistente en la creación de 500.000 nuevas participaciones de 1.000 pesetas (6€). En pago de la suscripción, cuyo importe total era de 500 millones de pesetas (3.005.060 €), VINISUR SA, aportó, además de los activos señalados en los números anteriores unas aportaciones pasivas de 102.120.000 pesetas (613.754 €), por el concepto de Dividendo Activo a Pagar a los accionistas, según acuerdo adoptado por la Junta General el 19 de octubre de 1994.

En la referida Junta General el 19 de octubre de 1994 se había acordado repartir un dividendo de 82.140.000 pesetas (493.671 €) con cargo a reservas, así como un dividendo a cuenta de los beneficios del ejercicio 1993/1994 de 19.980.000 pesetas (120.082 €). El importe total de 102.120.000 pesetas (613.754 €) no sería exigible hasta el 1 de noviembre de 1996 según acuerdo de la Junta General de Accionistas y se haría efectivo, y por tanto exigible, entre los días 1 y 30 de noviembre de 1996, debiendo realizarse el ingreso dentro de los 20 primeros días del mes de diciembre de 1996.

En esta fecha, UVANOSA, SL, era la obligada al pago del importe de los anteriores dividendos, así como la obligada, de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 254 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, a retener, para su ingreso en la Hacienda Pública, el 25% como renta de capital mobiliario, lo que no llevó a efecto. De esta manera dejó de ingresar en la Hacienda Pública 25.530.000 pesetas (153.438,4 euros).

iv) Por último, y en lo que atañe a la elusión del pago del impuesto sobre sociedades Zumos y Vinos SL (ZUVINSA) correspondiente al ejercicio de 1997, el 28 de junio de 1994, se constituyó UVANOSA, S. L. (NIF. B32185266), que cambió su denominación social por la de Zumos y Vinos SL, el 19 de diciembre de 1996. El 19 de diciembre de 1996, la sociedad estableció su domicilio social en la carretera de Badajoz s/n de la localidad de Almendralejo (Badajoz). Hasta el ejercicio de 1996, inclusive, dicha sociedad no presentó ante la Hacienda Pública ninguna declaración tributaria por el Impuesto sobre Sociedades, IVA, Retenciones a Cuenta, declaración de ingresos y pagos en sus relaciones con terceros, etc. Del ejercicio de 1997, solo presentó el modelo 110 de retenciones del trabajo personal y una declaración trimestral de IVA; ambos documentos fueron presentados el 21 de abril de 1997. Se dio de alta en el impuesto de actividades económicas el 16 de enero de



1997. Desde su constitución y hasta el 16 de diciembre de 1996 fueron administradores solidarios Luis María y Luis , a partir de dicha fecha ejerció el cargo este último.

En el ejercicio de 1997 la sociedad tuvo unos ingresos, por ventas y obtención de subvenciones de 247.977.178 pesetas (1.490.373 €), y unos gastos, por compras de mercancías, personal, tributos y financieros de 28.294.652 pesetas (170.054 €), de donde resulta una base imponible, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, de 219.682.526 pesetas (1.320.319 €), por la que debió ingresar en la Hacienda Pública y no lo hizo 76.888.884 pesetas (462.111,5 euros). Presentó declaración censal de baja en su actividad el 30 de junio de 1997. La cuota defraudada por el Impuesto de Sociedades alcanza la cifra de 76.888.884 ptas (462.111,50 euros).

Así pues, si ponemos los hechos que se acaban de describir en relación con los que se expusieron en los apartados precedentes de este fundamento primero de la sentencia, y ponderamos que el recurrente era el administrador de las sociedades que defraudaron a la Hacienda Pública (art. 15 bis CP 1973 y art. 31 CP 1995) y que, por sus estudios y titulaciones, tenía que ser conocedor de la relevancia e ilegalidad inherentes a los impagos fiscales al erario público, es patente que la presunción de inocencia ha resultado enervada en lo que respecta a la autoría de los hechos descritos.

De seguirse la tesis de la defensa, sería muy difícil apreciar la autoría delictiva de los administradores responsables de las empresas en los delitos fiscales perpetrados en el ámbito societario, toda vez que una mayoría abrumadora de ellos son inexpertos en temas fiscales. Por lo cual, ha de partirse del hecho de que los expertos les analizan los datos fiscales, les elaboran las declaraciones a Hacienda y les dan cuenta de los resultados computables previamente a su presentación. Les asesoran igualmente sobre la obligación de declarar y sobre las cuantías que se ajustan a la ley, suscribiendo la declaración con conocimiento -aunque sea con las limitaciones propias de un profano- de las grandes cifras y de sus derivaciones fiscales, así como del importe con el que están obligados a contribuir y de las consecuencias de cualquier infracción del pago fiscal. Y esas razonables inferencias han de aplicársele todavía con más razón y fundamento a quien tiene estudios sobre las obligaciones contables y fiscales de una empresa, como es el caso del acusado.

En la sentencia recurrida (pp. 109 a 111) se argumenta sobre el tema de la autoría que sin descartar en absoluto que la cúspide y el actor principal fuera el fallecido Sr. Luis María padre, a partir de un determinado momento emerge la figura de su hijo, con una formación universitaria en temas económicos y financieros, aparición que se produce precisamente cuando claramente cambia la fisonomía de actuación de la empresa y se embarca en confusas y erráticas aventuras de ingeniería financiera a las que es difícil encontrar otra explicación que la de opacificar e interponer sociedades para dificultar el seguimiento del dominio económico de las empresas, operaciones que tenían un alto coste fiscal que no se quiso asumir, ocultando y eludiendo el pago de los impuestos, tratando de compartimentar y establecer una especie de cortafuego para evitar que afectaran al conjunto empresarial de la familia las consecuencias previsibles de sus actos ilícitos anteriores con la obtención de subvenciones fraudulentas.

Resalta la sentencia que la presencia del recurrente a partir de ese momento es de un acompañamiento permanente a la actividad de su padre, de modo que si bien no mantenía un contacto de a pie con las personas que habitualmente habían trabajado con aquél, estaba allí y coparticipaba, sin duda, con su progenitor en el diseño de las estrategias financieras de las empresas del Grupo Arnoya y singularmente de VINISUR. Por lo que el Tribunal sentenciador lo considera autor responsable de los principales delitos en virtud de lo dispuesto en el art 15 bis y también por los art 14.1 en relación con el 12.1 del CP de 1973 y correlativos arts. 31, 28 y 27 del CP vigente, descartándose por el tribunal que careciera de cualquier dominio de los hechos como se afirma por la defensa.

Por consiguiente, no se está ante un mero titular formal o un testaferro de un importante complejo empresarial, sino ante una persona que interviene en la actividad diaria de la empresa y la supervisa en sus aspectos nucleares, tanto por sus conocimientos especializados, como por ser la persona de máxima confianza de quien dirigía de hecho el grupo empresarial desde hacía más de treinta años, el fallecido Luis María , quien, lógicamente, tenía a su hijo al tanto de las grandes operaciones de la empresa por ser la persona que habría de coger sus riendas en un futuro a medio plazo.

Tenía pues el acusado una intervención material y no meramente formal, máxime en una materia como la fiscal, que afectaba a uno de los temas nucleares de la empresa y de la que tenía algunos conocimientos debido a sus estudios universitarios.

6. Por último, resta por examinar los hechos relativos a la condena por el delito de estafa cometido por la adquisición de partidas de vino de mesa a los DIRECCION000 C.B. En el apartado quinto del "factum" de la sentencia impugnada se relata lo siguiente:



" Luis María , actuando como administrador de hecho de VINISUR, S.A., acordó la compra de vino blanco de mesa a DIRECCION000 C.B., en las siguientes fechas: el 21 de enero de 1997, 254.380 litros de vino blanco de mesa, campaña 96/97, por 11.490.344 pesetas; y el 17 de marzo de 1997, 26.232 "hectógrados" de vino blanco de mesa campaña 96/97, por 10.087.157,- pesetas, en total 21.577.501 pesetas (129.683, 39 euros). En la negociación intervino también Pedro Miguel , gerente y apoderado de la sociedad, que junto con Luis María , y para obtener el vino, hicieron creer a los vendedores que VINISUR, S.A. tenía una economía saneada, respaldada además por un importante patrimonio con el que atender obligaciones como la del pago que contraía con esa compra.

De esta manera, consiguieron que aquellos aceptaran en pago de la mercancía los pagarés, firmados por Pedro Miguel , que a continuación se indican, contra la cuenta número NUM017 de VINISUR SA, en la sucursal del Banco Bilbao Vizcaya SA, en Mérida.

Pagarés número NUM018 , por importe de 5.500.000 pesetas con vencimiento el 15 de marzo de 1997, único que fue satisfecho al vencer y presentarse al cobro antes de que tuviera lugar la segunda entrega de vino que se efectuó el día 17 de ese mismo mes; pagaré número NUM019 por importe de 5.990.344 pesetas y vencimiento el 20.3.97, que fue renovado por el número NUM020 con vencimiento el 30.6.97, y después por el número NUM021 con vencimiento el 10.7.97. Para la segunda compra se entregaron los pagarés: número NUM022 , por importe de 5.087.157 pesetas y vencimiento el 20.5.97, renovado por el número NUM023 con vencimiento el 30.6.97, que fue renovado por el número NUM024 con vencimiento el 30.6.97; número NUM025 por importe de 5.000.000 pesetas y vencimiento el 25.5.97, renovado por el NUM026 con vencimiento el 30.6.97, renovado a su vez por el número NUM027 con vencimiento el 10.7.97.

Los pagarés, con la excepción dicha, no fueron pagados, culminando así su propósito inicial de no realizar el pago de la mercancía recibida.

En autos de juicio ejecutivo núm. 253/97 seguidos contra VINISUR, S.A., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almendralejo, se dictó el 6 de octubre de 1997 auto despachando ejecución contra los bienes de VINISUR SA sin resultado alguno."

En la descripción de este apartado de los hechos se da la circunstancia singularísima de que no se recoge en absoluto la intervención que pudo tener en ellos el recurrente, Luis . Y no solo porque no se especifique en modo alguno su conducta al respecto, sino porque ni siquiera se cita su nombre en todo el curso de la descripción fáctica, en la que se reseña únicamente la conducta de los imputados Luis María , ya fallecido, y Pedro Miguel .

Siendo así, y no constando en los hechos acto alguno del recurrente, nos remitimos a lo que se expondrá en el fundamento siguiente sobre la autoría del acusado en el presunto delito de estafa.

En virtud de lo que antecede, el motivo no puede acogerse.

SEGUNDO. 1. En el segundo motivo, amparado procesalmente en el art. 849.1º de la LECrim , se denuncia la indebida aplicación de los artículos 248 , 249 , 250. 3 º , 6 º y 7º CP respecto de don Luis .

Alega la parte que, dados los hechos declarados probados, no debió condenarse al recurrente Luis por un delito de estafa, toda vez que los mismos no se subsumen en el tipo defraudatario objeto de condena. En el "factum" ni constan ni se describen los elementos del tipo de estafa por el que el Sr. Luis ha sido condenado. Ni siquiera es mencionado en el apartado fáctico relativo a este ilícito penal, como autor o partícipe del mismo.

El artículo 248 de nuestro texto penal sustantivo, considera sujeto activo del delito de estafa a la persona que, con ánimo de lucro, utilizare engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o de un tercero. Y el art. 142.2 LECrim exige que en la sentencia se hagan constar los hechos que se estimen enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se consideren probados. El fallo o la parte dispositiva tiene que adecuarse a la calificación jurídica de los hechos que se declaren probados, guardando concordancia con los mismos. También preceptúa la adecuada separación de los hechos probados y de los fundamentos jurídicos el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En este sentido, es doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que los hechos que sirven de base a la tipicidad penal deben estar concretados en el apartado correspondiente, en el de los hechos probados. Y cita al respecto la defensa del acusado las SSTS 1183/2003, de 23 de septiembre ; 583/2003, de 21 de abril ; y 262/2006, de 11 de septiembre

El recurrente insiste en que en el hecho probado quinto no existe ni una mínima referencia a don Luis sino, únicamente, a don Luis María (padre del recurrente) y a don Pedro Miguel . Al acusado se le condena a abonar por el delito continuado de estafa, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de 21.577.501 de pesetas



(129.683,39 euros) a favor de la mercantil DIRECCION000 CB, cuando en el relato fáctico no consta que haya intervenido en ninguna reunión con la referida empresa, ni haya formalizado negocio alguno con la misma, siendo materialmente imposible que el mismo haya podido hacer creer a los vendedores de vino blanco, hoy perjudicados, que VINISUR, SA tenía una economía saneada, para que formalizaran la operación de venta. No pudo intercambiar palabra alguna con ellos, porque nunca les conoció.

Y con respecto al argumento que se utiliza en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida (fundamento tercero, epígrafe D, págs. 82 y 83), replica la defensa que el mero hecho de ostentar la condición de administrador de VINISUR, como ha quedado expuesto en el motivo primero, no es justificación suficiente para sustentar una tesis de condena; es más, se reconoce que no existen pruebas de su participación directa en actos de materialización del delito de estafa respecto de la mercantil DIRECCION000 C.B. Y en segundo lugar, el Tribunal a quo debió incluir en el relato fáctico -como hace en el resto de delitos por los que ha sido condenado el acusado- alguna referencia a don Luis en relación a este delito, sin embargo, decide ignorar su participación concreta en este tipo defraudatorio, como correspondería para justificar su participación.

Por todo lo cual, considera que el motivo ha de ser estimado y absolver en consecuencia al acusado del delito de estafa por el que ha sido condenado.

2. Según ya se expuso en el fundamento precedente, en el "factum" de la sentencia recurrida no se hace alusión alguna a la intervención del acusado en la defraudación perpetrada contra DIRECCION000, omisión que impide obviamente considerarlo autor del delito de estafa que aquí se examina.

Es cierto que en la motivación de los hechos se hace referencia al ahora recurrente, sin embargo, ello no puede solventar el total vacío de la premisa fáctica. Máxime si se pondera que sólo al final de una extensa motivación de la prueba (págs. 80 a 83 de la sentencia recurrida, fundamento tercero, epígrafe D) se habla de la intervención del acusado, afirmando simplemente que "respecto a la implicación en estas operaciones de Luis, no existe prueba de que estuviera presente en sus concretos actos de materialización, pero estima la Sala que existen suficientes razones deducibles de la posición que ocupaba -administrador de VINISUR-, y su implicación en la gestión financiera del grupo económico familiar, de que fueron conocidas y aceptadas por él, de tal manera que le son imputables objetiva y subjetivamente junto con su padre Luis María y Pedro Miguel, ya que con distinta actividad, pero de forma conjunta y concertada, organizaron lo necesario para evitar el pago al vencimiento de los pagarés y la efectividad de los embargos despachados cuando se trataron de cobrar a través del procedimiento ejecutivo, las deudas generadas por la compra de vino sin intención de pagarlas a terceras personas" (págs. 82 y 83 de la sentencia).

La argumentación en la fundamentación jurídica no puede en este caso suplir el total vacío descriptivo del "factum" de la sentencia recurrida. Pues no se trata de complementar detalles o circunstancias que se han obviado en la premisa fáctica sobre la conducta del acusado, sino que se precisa elaborar íntegramente la conducta del acusado a partir de lo que se dice en el fundamento jurídico.

Se da aquí además la circunstancia especial de que no se está ante un episodio fáctico que afecta a hechos nucleares de la administración de la empresa o a sus grandes líneas directivas, como pudieran ser las conductas relativas a las defraudaciones fiscales o al plan de evadir el patrimonio de la empresa mediante una conducta encauzada a insolventarse en diferentes fases o etapas. Aquí, por el contrario, se trata de una operación muy concreta de compra de vino sobre la que sí puede admitirse que el acusado recurrente, al no intervenir en ella en modo alguno, no estuviera al tanto de un negocio realizado con el dolo inicial de no abonar un vino que se compraba en el curso de una operación comercial que aparentaba un desarrollo normal y que precisaba estar dentro de ella para percibir lo que realmente se tramaba y buscaba.

Así las cosas, se estima el recurso y, respetando el hecho probado, se considera que no cabe imputar al acusado la ejecución del hecho delictivo sobre el que se sustenta el tipo penal de esta estafa. Por lo cual, ha de ser absuelto en la segunda sentencia del delito patrimonial por el que ha sido condenado en la instancia por la compra de las referidas partidas de vino.

Se acoge, pues, el motivo, con declaración de oficio de las costas del recurso (art. 901 LECrim).

TERCERO. 1. En el motivo tercero impugna la parte recurrente, por la vía del artículo 849.1º de la LECrim, la aplicación indebida del artículo 260 CP (redacción anterior a 2015) respecto del acusado Luis

Sostiene la defensa como razón principal de la impugnación que el Tribunal sentenciador considera que la conducta atribuida a Luis es constitutiva de un delito de insolvencia punible, a pesar de que en el relato fáctico no se contienen ni describen los elementos objetivo y subjetivo del tipo del artículo 260 CP.

El recurrente ha sido condenado, a título de autor, por un delito de insolvencia punible. En el fundamento jurídico segundo, referente a la calificación jurídico penal de los hechos declarados probados, se concreta que el hecho



probado sexto se subsume en un delito de insolvencia punible del artículo 260 del Código Penal ya que, aunque iniciado bajo la vigencia del CP TR 1973, se completa la acción y se consuma bajo la vigencia del nuevo texto de 1995.

Aduce la parte que el artículo 260.1 CP vigente en el momento de cometerse los hechos ha sido reformado tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo. La redacción del tipo aplicable al acusado es la del artículo 260 en vigor antes del 1 de julio de 2015, a saber: "El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre".

La defensa del acusado hace después un recorrido por la jurisprudencia de esta Sala referente al delito de insolvencia punible, aludiendo a las sentencias 452/2002, de 15 de marzo ; 237/2004, de 26 de febrero ; 1316/2005, de 9 de noviembre ; 1359/2005, de 18 de noviembre ; 741/2014, de 12 de noviembre ; y 756/2014, de 28 de octubre . Y a continuación aduce que los elementos típicos que se recogen en esas sentencias con respecto al delito de insolvencia punible del artículo 260 brillan por su ausencia en relación a Luis , y también respecto de doña Candida .

A tal efecto, reproduce la defensa íntegramente el apartado sexto del relato fáctico de la sentencia recurrida. Y una vez transcrito en el recurso, alega la parte que la literalidad del apartado que describe la conducta típica constata que el sujeto al que se le atribuye la misma es, exclusivamente, al padre del recurrente, Luis María , en su condición de comerciante individual y como administrador primero único y después como administrador de hecho tras el nombramiento de su hijo. E incide en que "con ánimo de eludir el pago y defraudar el legítimo derecho de sus acreedores, comenzó a realizar [don Luis María , en singular] una serie de actos de disposición, con la colaboración del resto de los acusados, con el fin último de despatrimonializar VINISUR y ocultar sus bienes".

Según la parte recurrente, la sentencia sólo se refiere a don Luis para relatar que era "plenamente conocedor de estos hechos, de sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil propia y de su sociedad, así como de la previsible iniciación de un procedimiento administrativo que pudiera dar lugar a la devolución de las subvenciones hasta el momento obtenidas".

Y añade posteriormente que una cosa es ser conocedor, como podía serlo cualquier otra persona que estuviera empleada en la empresa, y otra, bien distinta, ser el sujeto activo de la acción penal descrita y llevar a cabo las actuaciones dirigidas a despatrimonializar la empresa en perjuicio de los acreedores, a fin de que estos no puedan ver satisfechos sus créditos. La única persona que, en todo caso, podría responder por este ilícito penal sería el fallecido, Luis María , en su calidad de administrador de hecho de VINISUR (y con pleno poder de control y actuación sobre la empresa) y de administrador de UVANOSA (después, ZUVINSA).

Hace hincapié el recurrente en que, tal como se remarca en las citas jurisprudenciales reseñadas en su momento, el elemento subjetivo del tipo de insolvencia punible exige dolo directo, esto es, no basta el conocimiento y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia; sino que se exige que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos.

En segundo lugar, se alega que si se desciende a las fechas a que se circunscribe la firma de la escritura del préstamo concedido por el ICO (7/9/1994), el recurrente no era aún administrador de VINISUR.

En tercer lugar, precisa que las únicas dos conductas que se le atribuyen se produjeron en noviembre de 1994, cuando tenía 25 años de edad y apenas llevaba un mes incorporado a la empresa familiar, tras finalizar sus estudios universitarios. Por lo cual, no podía tener conocimiento de la finalidad de las operaciones realizadas el 28/6/1994, el 3/11/1994, y el 7/11/1994, que serían las tres únicas actuaciones imputadas al acusado, y en absoluto delictivas. Don Luis carecía de los conocimientos suficientes como para urdir, como se afirma, una estrategia de despatrimonialización de VINISUR.

2. Para dirimir el motivo de impugnación han de tenerse en cuenta dos premisas previas insoslayables. En primer lugar, que, según la doctrina de esta Sala, al haberse formulado este motivo por el cauce procesal de la infracción de Ley (art. 849.1º LECr .) deben respetarse en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr .) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002, de 12-2 ; 892/2007, de 29-10 ; 373/2008, de 24-6 ; 89/2008, de 11-2 ; 114/2009, de 11-2 ; y 384/2012, de 4-5 , entre otras muchas).

Y en segundo lugar, es claro también que al haberse examinado en el motivo primero la verificación probatoria de los hechos declarados probados relativos al tipo penal de la insolvencia punible y haberse confirmado el



resultado probatorio establecido en la instancia, no cabe ya ahora volver a problematizar sobre el soporte fáctico de la resolución recurrida en lo referente al delito de insolvencia punible que se examina.

Centrados, pues, en la calificación jurídica relativa al tipo penal del art. 260, en su versión anterior a la reforma de 2015, ha de admitirse que los hechos recogidos en el apartado sexto del "factum" de la sentencia recurrida (pp. 26 a 32) han sido correctamente subsumidos en el art. 260 del C. Penal .

En lo que respecta a los elementos que integran el tipo objetivo, tal como se especifica en la propia jurisprudencia que cita la parte recurrente en su escrito, referida supra, la acción tipificada consiste en causar la situación de crisis o insolvencia de la empresa o en agravarla, de tal forma que el importe de las deudas o pasivo supere al valor de los bienes y derechos que constituyen el activo patrimonial (SSTS 711/2006 y 756/2014 , entre otras).

Y en este caso, a tenor de lo que se argumentó en el fundamento primero, es claro que ese elemento objetivo se cumplimenta sin duda alguna. Pues, tal como allí se argumentó, el recurrente intervino en su condición de administrador de VINISUR, S.A., en los principales episodios de la despatrimonialización o descapitalización de esa empresa y del grupo empresarial en que se hallaba integrada, con el fin de evitar el pago de las sumas adeudadas por las defraudaciones de subvenciones a las exportaciones de vino que se describen en los cuatro primeros apartados del "factum" de la sentencia.

Y como elementos probatorios que así lo refrendan y avalan se citaron en su momento su intervención en la constitución de la sociedad UVANOSA SL, de la que fue nombrado administrador en junio de 1994, entidad que el 19 de diciembre de 1996 cambió su denominación social por la de Zumos y Vinos SL (ZUVINSA), siendo éste el primer acto relevante en que intervino contribuyendo a despatrimonializar VINISUR, según se explicó en su momento.

También intervino el 3 de noviembre de 1994 como representante de VINISUR en la operación de incremento del capital social, en escritura pública nº de protocolo 3584 del Notario D. Antonio Pol González, por la cantidad de 500 millones de pesetas (3.005.060 €) representadas por 500.000 participaciones de la sociedad UVANOSA, aportando en pago de la referida suscripción los bienes inmuebles y muebles que se han reseñado supra, además del crédito que tenía VINISUR contra Luis María (folios 3922 y ss. de la causa). Ello integra, pues, otro acto inequívoco de despatrimonialización de VINISUR para evitar abonar deudas del grupo empresarial transfiriendo el patrimonio de esa entidad a la nueva que se había creado: UVANOSA.

Igualmente consta documentada su intervención, el 7 de noviembre de 1994, en la transmisión de las 500.000 acciones que poseía de UVANOSA al Grupo Arnoya SL, conocido también como Arnoya Financiera SL, representada por Luis María , por 500 millones de pesetas (3.005.060 €), con la obligación de que el pago se hiciera efectivo en un plazo máximo de 30 días (folios 10705 y ss. de la causa). Y ese mismo día 7 de noviembre de 1994, VINISUR contabilizó la operación como una venta a crédito a largo plazo.

Asimismo, en asiento contable contiguo, redujo el anterior crédito al contabilizar como gasto por arrendamientos 380 millones de ptas (2.283.846 €), más 57 millones de IVA (342.577 €), en total, 437 millones (2.626.423 €), cuya contrapartida era el abono en la cuenta de crédito a largo plazo de Grupo Arnoya SL. En la memoria anual de VINISUR correspondiente al año 94-95 se hace referencia a ese contrato de arrendamiento por la utilización de las instalaciones, arrendamiento que fue considerado realmente inexistente por las razones que se exponen en la sentencia recurrida.

Por último, una vez traspasados los activos y la capacidad productiva de VINISUR a Zumos y Vinos SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con Lusa Extremeña SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de esa otra entidad mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del Grupo Arnoya, no siéndolo en realidad, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por la familia Luis María Luis Maite Candida (folios 1485 y ss.).

En el contrato intervino por parte de ZUVINSA el acusado Pedro Miguel , y por parte de Lusa Extremeña Abelardo , otorgando un contrato simulado cuyo objetivo era culminar la ocultación del patrimonio de VINISUR con el fin de que no fuera ejecutado por terceras personas. Muy significativo y relevante resultó que el ahora recurrente fuera administrador de VINISUR y de ZUVINSA, mientras que Pedro Miguel fuera el apoderado de ambas, pasando después a ser también gerente de Lusa Extremeña.

Como ya se expuso en su momento, al examinar la prueba, los dos contratos arrendaticios simulados fueron, pues, suscritos cuando el administrador de las entidades ZUVINSA y VINISUR era el acusado recurrente. A lo que ha de sumarse el dato determinante de que durante su administración fue desapareciendo el patrimonio de VINISUR, que acabó ocultándose detrás de las sociedades que se han venido citando.



Por consiguiente, solo cabe concluir que Luis desempeñó una actividad importante en la despatrimonialización de la entidad, y no sólo por figurar formalmente como administrador jurídico de las principales sociedades, como alega la parte recurrente, sino también por el protagonismo que tuvo en las principales operaciones jurídicas realizadas para evadir el patrimonio, tal como se acredita documentalmente. Y es que, reiterando nuestra argumentación probatoria, si ponemos en relación su especialización profesional con los actos documentados en que intervino durante al menos un periodo de tres años cruciales para la marcha de la sociedad y el ocultamiento de sus bienes, resulta totalmente insostenible la exclusión de su autoría por falta de dolo en las acciones nucleares del plan delictivo.

Se dan, pues, los elementos objetivos del tipo penal en la conducta del acusado recurrente. Y en lo que respecta al elemento subjetivo, las máximas elementales de la experiencia y la lógica de lo razonable sólo permiten inferir que concurre también en el caso, dada la cualificación profesional del acusado y su inserción de lleno en el ámbito familiar que controlaba el grupo empresarial y su incorporación a la cúpula del mismo en el periodo comprendido entre los años 1994 y 1997.

Resulta por tanto indiferente e inane el debate que suscita la parte al alegar que debe exigirse un dolo directo por no ser suficiente el meramente eventual, toda vez que se está en un supuesto en que el acusado tenía conocimiento de las operaciones en que intervenía directamente para ir desplazando el patrimonio de VINISUR hacia nuevas empresas también controladas por los mismos titulares que aquéllas. La forma escalonada en que se fue alejando el patrimonio empresarial desde la entidad matriz hacia empresas aparentemente ajenas al grupo, el otorgamiento para tales fines de contratos de arrendamiento simulados, junto con la cualificación profesional del recurrente y la privilegiada posición que ocupaba en el entorno familiar que controlaba en el grupo de empresas, abocan necesariamente a colegir que conocía la relevancia de sus intervenciones para despatrimonializar las entidades que administraba y que quería el resultado patrimonial que se buscaba con el otorgamiento de los contratos. No puede, pues, cuestionarse que actuó con el dolo que exige el tipo penal.

Así las cosas, el motivo deviene inatendible.

CUARTO. 1. En el motivo cuarto, también por la vía de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim), se denuncia la inaplicación indebida del artículo 131.1 del CP 1995 o del art. 113 CP de 1973 , en relación con el artículo 349 del CP 1973 , por estar prescrito el delito fiscal correspondiente al IVA de 1994

El delito fiscal correspondiente al ejercicio del IVA de 1994 estaría prescrito por haber transcurrido en exceso el plazo de 5 años existente entre el dies a quo (31/1/1995) y el dies ad quem (31/1/2000), ya que el procedimiento no se dirigió formalmente contra Luis hasta que se dictó la providencia de 10 de mayo de 2000 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almedralejo, resolución en la que se acordó su declaración en calidad de investigado.

La defensa del recurrente interesó, como artículo de previo pronunciamiento, en el trámite de cuestiones previas, que se declarase la prescripción de la referida acción penal. La Sala de enjuiciamiento desestimó esta petición en el razonamiento jurídico primero de la sentencia.

El recurrente ha sido condenado a la pena de un año de prisión menor, en aplicación del Código Penal de 1973, por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública del artículo 349 centrado en el impuesto del IVA correspondiente al ejercicio fiscal de 1994.

Según la parte, tanto el antiguo art. 113 del CP de 1973 como el art. 131.1 del CP de 1995 -en su redacción original y en las sucesivas modificaciones operadas por la LO 5/2010 y la LO 1/2015- prevén un plazo prescriptivo de 5 años. El artículo 114 del CP de 1973 establecía que la "prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable".

El actual artículo 132 del CP , redactado conforme a la reforma operada por la LO 1/2015, está redactado en parecidos términos a los introducidos por la LO 5/2010: "La prescripción se interrumpirá [...] cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2ª. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia".



El artículo 132.2 del CP , antes de la reforma operada por la LO 5/2010, en relación a la interrupción de la prescripción, establecía que: "La prescripción se interrumpirá [...] cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena".

Para la defensa, esta última redacción es más favorable al acusado, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial establecida con respecto al acto de interposición judicial que interrumpe la prescripción.

A continuación el impugnante recoge citas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (SSTC 63/2005, de 14 de marzo ; 29/2008, de 20 de febrero ; 195/2009, de 29 de septiembre ; y 63/2005, de 14 de marzo) y de esta Sala de Casación (STS 531/2016, de 22 de noviembre).

La defensa del acusado considera, de acuerdo con lo anterior, que solo un acto de interposición judicial, con efectiva virtualidad, y que suponga la prosecución del procedimiento contra el presunto culpable, podría interrumpir la prescripción en el presente supuesto. Y a continuación refiere que el iter procesal en este caso fue el siguiente:

El Fiscal, tras recibir un informe de la Agencia Tributaria que dio lugar a la incoación de unas diligencias informativas, solicitó por escrito de 13 de diciembre de 1999, la remisión de las mismas al Juzgado de Instrucción número 1 de Almendralejo, a fin de acumularlas a las Diligencias Previas 1/98 (folio 7.676, tomo 35).

El Juzgado de Instrucción número 1 de Almendralejo, por auto de 14 de diciembre de 1999 , acordó incoar las Diligencias Previas 1508/1999 y acumularlas a las Diligencias Previas 1/1998, tras recibirse las diligencias en virtud de denuncia del Ministerio Público sobre delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social "imputado a VINISUR S.A."

A partir de ello, argumenta la parte impugnante que es claro por tanto que el delito contra la Hacienda Pública no se imputaba formalmente a ninguna persona física (folio 7.677, tomo 35), lo que significa que el auto no era apto para producir la interrupción del plazo prescriptivo. En primer lugar, porque sería nulo de pleno derecho, ya que en ese momento procesal aún no había entrado en vigor la LO 5/2010, por la que se instauró el artículo 31 bis, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, en segundo lugar, porque cuando se dictó dicha resolución el procedimiento en ningún caso se dirigía contra el recurrente, sino contra VINISUR.

En coherencia con lo anterior, alega la defensa que no es hasta el dictado de la providencia de 10 de mayo de 2000, cuando se acuerda señalar la declaración del recurrente en calidad de imputado (folio 9.568, tomo 42), sin que en ella se concreten tampoco las imputaciones. Por lo cual, estima que es realmente el 16 de junio de 2000 la fecha en la que el ahora acusado Luis declara en calidad de imputado ante el Juzgado instructor de la localidad pacense y se le da traslado formalmente y por primera vez en el acto de su declaración de la imputación por un delito contra la Hacienda Pública (folio 9.625 y siguientes, tomo 42).

Concluye pues que debe ser considerado como dies a quo el 31 de enero de 1995 y el dies ad quem el 31 de enero de 2000, por lo que el delito estaría prescrito, oponiéndose así a las tesis sostenidas por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en el curso del procedimiento, tesis que hizo suyas la Audiencia Nacional.

2. La Audiencia responde en la sentencia recurrida (fundamento jurídico primero) a las pretensiones de la defensa sobre la prescripción del delito fiscal correspondiente al impuesto del IVA del ejercicio 1994, asumiendo la tesis del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado.

Argumenta al respecto el Tribunal sentenciador que, según se han desarrollado los hechos, el afloramiento del fraude fiscal por parte de la entidad jurídica en cuantía suficiente a los efectos de su posible consideración como delito fiscal se produjo como consecuencia de las actuaciones de la inspección tributaria contra la entidad mercantil VINISUR SA, que dieron lugar a la correspondiente denuncia ante el Ministerio Fiscal, que remitió al Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo las diligencias informativas el 13 de diciembre de 1999, no para la incoación de un procedimiento independiente sino precisamente "para su acumulación a las diligencias previas 1/98" (folio 7676 Tomo 35), es decir, al procedimiento que se venía siguiendo contra los Srs. Luis María y Luis y otros, dictándose inmediatamente por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo, el propio 14 de diciembre de 1999, auto (folio 7675, 7677 T. 35) acogiendo dicha denuncia.

A ello se suma que el procedimiento se inicia por querrela de la entidad que ejerce la acusación particular, ASEFA, contra Luis María y el ahora recurrente, así como contra cualesquiera otras personas que resultaran penal o civilmente responsables en el curso de la investigación, actuando las personas querelladas en su doble condición de autores como personas físicas y como intervinientes en nombre y representación de las sociedades VINISUR, S.A. y Grupo Arnoya, S.L., por delitos de estafa, alzamiento de bienes, fraude de subvenciones, falsedad en la información social y apropiación indebida, precisamente por las actividades



posiblemente constitutivas de dichos delitos realizadas por la entidad VINISUR, S.A. Y por auto de 13 de febrero de 1998 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo (folios 207 y ss. Tomo 1) se admitió a trámite la querrela.

Refiere también la Audiencia que los dos querellados (padre e hijo) prestaron declaración en virtud de la querrela y designaron procuradora (Tomo 2 f. 406, Providencia f. 408).

El precitado auto de 14 de diciembre de 1999 (folio 7675, T. 35), en el que se deja constancia de haberse recibido denuncia del M. Fiscal sobre el delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social ejecutado en la localidad de Almendralejo e imputado a la entidad VINISUR S.A., se les notifica a los querellados a través de sus representantes al día siguiente.

En vista de lo cual, la Audiencia arguye que no le cabe ninguna duda de que cuando el juzgado instructor se refiere en su auto a VINISUR, SA, como posible responsable de un delito contra la Hacienda Pública por elusión del pago de impuestos, la referencia es a la entidad mercantil como primera obligada tributaria, extendiéndose igualmente a las personas ya encausadas penalmente en relación con dicha entidad, cuya responsabilidad se establece en virtud del art 31 CP , en su redacción vigente en aquel momento.

Dicha resolución tiene, por tanto, para la Audiencia plena virtualidad interruptora de la prescripción, a tenor de lo establecido en el art 132 del CP , lo mismo del texto del CP vigente en el momento de los hechos o incluso en la redacción correspondiente a la ley orgánica 5/2010. Y cita para apoyar su criterio la sentencia de esta Sala 794/2016, de 24 de octubre .

3. La parte recurrente hace en su escrito de recurso una interpretación de la sentencia 794/2016, de 24 de octubre , diferente a la de la Audiencia, alegando que el auto de 14 de diciembre de 1999 no encierra en absoluto "un contenido decisorio que suponga dirigir el procedimiento contra una persona determinada o determinable por unos hechos suficientemente identificados en sus coordenadas básicas y supuestamente delictivos". No solo es que dicha resolución no esté motivada, sino que no identifica, en concreto, a ninguna persona física presuntamente responsable, a pesar de haberlo podido hacer, sino únicamente a una persona jurídica, VINISUR, SA, que en ese momento no podía ser declarada penalmente responsable en esa condición.

En segundo lugar, arguye la defensa que la afirmación vertida por la Audiencia de que "no le cabe [...] ninguna duda a la Sala que cuando el juzgado instructor se refiere en su auto a VINISUR, S.A., como posible responsable de un delito contra la Hacienda Pública por elusión del pago de impuestos, la referencia es a la entidad mercantil como primera obligada tributaria, pero que ésta se extiende a las personas ya encausadas penalmente en relación con dicha entidad", produciría una clara vulneración del principio de seguridad jurídica, ignorando de forma preocupante, todas las interpretaciones jurisprudenciales que, al respecto, existen sobre cuándo se considera dirigido el procedimiento contra el culpable, amén del principio de responsabilidad penal del hecho.

Y en tercer lugar, señala la defensa del acusado que es insostenible la aseveración de la Audiencia de que, como el recurrente y su padre ya se encontraban querellados por otros hechos y ostentaban la condición de investigados y personados con procurador en el procedimiento en curso, tenían necesariamente conocimiento de los nuevos delitos fiscales posteriormente imputados. El argumento del Tribunal, según el impugnante, vulnera todos los estándares jurisprudenciales y legales existentes en términos de prescripción, integrando una muestra más de la contravención del principio de seguridad jurídica. Y cita en apoyo de su objeción las sentencias de esta Sala 905/2014, de 29 de diciembre de 2014 , y la nº 760/2014, de 20 de noviembre .

En la primera de ellas se dice que cuando se trate de una persona que no figure expresamente en la querrela como querellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona e interrumpe el plazo de prescripción es la decisión judicial de citarle en calidad de imputado (STS 905/2014).

Y en la segunda (STS 760/2014) se establece que en la STS 148/2008, de 8 de abril , se ha dicho que se tiene por fecha para la interrupción del plazo prescriptivo la de la providencia judicial disponiendo la convocatoria para que declaren como imputados los investigados, providencia que tendría efectos interruptivos -en este sentido la STS. 80/2011, de 8 de febrero , considera como resolución motivada una providencia que acuerda que se incoen diligencias previas contra personas determinadas-

Así las cosas, el único acto de interposición judicial, con efectos interruptivos del plazo de prescripción, sería la providencia de 10 de mayo de 2000. Ello determina, a criterio de la defensa, que desde el 31 de enero de 1995 (dies a quo), transcurrieron en exceso respecto del dies ad quem (31 de enero de 2000) los cinco años legalmente previstos.

4. La controversia entre las partes se centra, pues, en dirimir el alcance de la interpretación que se asume en la sentencia de esta Sala 794/2016, de 24 de octubre , puesta en relación con las sentencias que cita la defensa del acusado sobre la concreción necesaria en la denuncia de un delito para considerar que su admisión a



trámite por el Juez de Instrucción determina o no la interrupción de la prescripción con los denunciados o querellados.

En el caso sometido a examen consta una primera querrela por los delitos de estafa, alzamiento de bienes, fraude de subvenciones, falsedad en la información social y apropiación indebida contra el ahora recurrente y otros. Y después, el 13 de diciembre de 1999, se formula una denuncia por el Ministerio Fiscal por un delito contra la Hacienda Pública en la que figura como sujeto pasivo obligado fiscalmente la entidad VINISUR, SA, sin que en la denuncia se especifiquen los administradores u otros sujetos que deben responder de ese delito fiscal, con arreglo a lo dispuesto en el art. 31 del C. Penal . Esa denuncia fue unida al procedimiento que se tramitaba en el Juzgado nº 1 de Almedralejo con motivo de la primera querrela referida.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, desde la STC 63/2005 , que el art. 132.2 del C. Penal vigente en el momento en que se cometieron los hechos que dieron lugar a las resoluciones impugnadas (en la que se disponía que la prescripción "se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable") debe ser interpretado en el sentido de entender que la querrela o denuncia es una solicitud de iniciación del procedimiento, pero no un procedimiento ya iniciado, por lo que no tienen por sí solas eficacia para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción y que es necesario un "acto de interposición judicial" o de "dirección procesal del procedimiento contra el culpable". En consecuencia, la interpretación del art. 132, en el sentido de que la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (SSTC 51/2016, de 14-3 ; y 138/2016, de 18-7).

En la STS 794/2016, de 24 de octubre , que sirve como punto de referencia en la instancia para debatir la controversia aquí suscitada, consideró esta Sala que lo relevante para interrumpir la prescripción, según la doctrina del Tribunal Constitucional anterior a la reforma de 2010, y también después de esa reforma, es el dictado de una resolución judicial que no sea de puro trámite, sino que encierre un contenido decisorio que suponga dirigir el procedimiento contra una persona determinada o determinable por unos hechos suficientemente identificados en sus coordenadas básicas y supuestamente delictivos (STS 690/2014).

Y también se incide en la STS 794/2016 que, a tenor de lo dispuesto en el art. 132.2.1ª del CP , la interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve que "entre las resoluciones previstas en este artículo", que tienen la virtualidad para interrumpir la prescripción o ratificar la suspensión producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia. Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrelado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, considerándose judicialmente que estos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta (fund. quinto).

En la sentencia 794/2016 se afirma de forma reiterada que, admitida judicialmente una querrela o una denuncia contra el querrelado o denunciado por la participación en los hechos presuntamente delictivos, queda interrumpida la prescripción y no se requiere a mayores de un auto adicional de imputación formal (ver también STS 832/2013, de 24-10).

Complementando esas citas jurisprudenciales, procede también consignar que en la sentencia de esta Sala 649/2018, de 14 de diciembre , se hace hincapié, con referencia a otras resoluciones, en que para computar el "dies ad quem", es decir, cuando se interrumpe la prescripción, el principio general -recuerda la STS 885/2012, de 12.11 - es que ésta se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2).

Conforme a la nueva regulación de la prescripción, se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2.1ª). Sin embargo, tal resolución judicial no es equivalente a un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento, y por eso la ley se refiere en otros apartados al contenido de la admisión a trámite de una querrela o una denuncia como igualmente otro acto formal de interrupción de la prescripción .

Se dice también en la referida sentencia 649/2018 que no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS



672/2006, de 19 de junio , que trata específicamente de esta materia. Y en lo relativo a los hechos denunciados, la STS 1807/2001, de 30 de octubre , ya declaró que la denuncia o imputación genérica, o inconcreta, no puede interrumpir la prescripción. Se exige alguna determinación de la comisión delictiva, siquiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué infracción penal se trata.

En la sentencia 832/2013, de 24 de octubre , se recuerda que una de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 es la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La nueva norma hace una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Pues, como es sabido, el supremo intérprete de la norma constitucional ha venido exigiendo con anterioridad a la reforma de 2010 un acto de interposición o de intermediación judicial para que tenga efectividad la interrupción (SSTC 63/2005 , 147/2009 , 195/2009 , 206/2009 y 59/2010).

Las dificultades y problemas surgen en la práctica a la hora de determinar cuál es el contenido mínimo de ese acto de interposición judicial. A este respecto, insistimos de nuevo en que la jurisprudencia viene entendiendo que, admitida judicialmente la querrela o la denuncia, e incoada una causa penal contra el querrellado por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere a mayores un auto de imputación formal contra el querrellado.

5. A toda esta doctrina jurisprudencial contraponen la defensa del recurrente, tal como ya se explicó en su momento, que la denuncia por el delito contra la Hacienda Pública no va dirigida específicamente contra el ahora recurrente ni contra otros acusados, ya que en ella solo se hace referencia a la entidad obligada fiscalmente que incumplió el pago del impuesto. Sin embargo, esa objeción del recurso examinado carece de consistencia y peso enervador, toda vez que la denuncia se incorporó por auto a las diligencias judiciales en la que se investigaban graves conductas punibles por los delitos de estafa, alzamiento de bienes, fraude de subvenciones, falsedad en la información social y apropiación indebida, que se le imputaban nominativamente a los administradores de la entidad que aparecía como obligada por una deuda fiscal incumplida indiciariamente de forma fraudulenta.

Visto lo cual, y en un contexto de esa índole, en el que se estaban investigando delitos cometidos por los administradores de la sociedad que había incumplido las obligaciones tributarias, solo cabe inferir que las personas físicas implicadas penalmente en los hechos eran los querrellados de la causa principal, a quienes se designaba por sus nombres y apellidos y se les atribuía la condición de máximos responsables de la sociedad. De forma que si bien no figuraron formalmente como presuntos responsables en la nueva denuncia del Ministerio Fiscal, debe entenderse que tal denuncia, aunque no reseñara a unos denunciados nominativamente, sí los anunciaba claramente como determinables, al solicitar el Ministerio Público la acumulación de la denuncia a la causa principal. Ello se vio corroborado y respaldado por el hecho significativo de que la denuncia fuera unida de inmediato al proceso principal que se hallaba en trámite, circunstancia que apuntaba meridianamente a los acusados que figuraban en la querrela principal como los sujetos que tendrían que responder como personas físicas de los tipos penales ya designados y de los ahora denunciados como presuntos delitos fiscales.

A ello ha de sumarse que el auto de admisión de la denuncia y de su acumulación a la causa principal se notificó a los querrellados investigados en ésta al día siguiente en que la denuncia se admitió a trámite. Y también ha de tenerse en consideración que la denuncia figuraba acompañada de una copiosa documentación en la que constaban las declaraciones fiscales de la sociedad y los informes de la Agencia Tributaria en los que se especificaban los hechos presuntamente delictivos atribuidos a los administradores de la entidad VINISUR, S.A.

Por consiguiente, y en contra de lo que esgrime la parte recurrente, no se está ante un supuesto de incumplimiento del requisito interruptor de la prescripción consistente en que el procedimiento se dirija contra el culpable o culpables, y que al no concretarse en la denuncia los nombres de los denunciados se esté generando inseguridad jurídica. Pues tal omisión quedaba claramente solventada por la admisión a trámite de la denuncia por delito fiscal en un contexto procesal en que los únicos presuntos responsables tenían que ser los sujetos que ya figuraban como querrellados en la causa principal a la que se incorporó la nueva denuncia, circunstancia que quedaba diáfananamente refrendada mediante los significativos informes periciales y documentos que los complementaban y avalaban.

Así las cosas, el motivo se desestima.

QUINTO. 1. En el quinto motivo, formalizado por infracción de ley (art. 849.1º de la LECrim), se cuestiona la aplicación del art. 349 CP de 1973 y del artículo 16 de la ley 61/1978, de 27 de diciembre , del impuesto de sociedades del ejercicio 1994/1995.



Se queja la parte recurrente de que la sentencia declare como probado que la entidad VINISUR defraudó la cantidad de 113.125.057 de pesetas (679.895 €) correspondientes al Impuesto de Sociedades del ejercicio 1994/1995, pues considera que el Tribunal de instancia aplicó indebidamente el artículo 349 del CP de 1973 en relación con el artículo 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, sobre el Impuesto de Sociedades, cuando el precepto aplicable era el artículo 15 de la misma ley.

Refiere después que el hecho probado 7.A) de la sentencia (pp. 33 a 35) describe, en síntesis, que la cuota defraudada queda probada por la siguiente operativa: los administradores de la sociedad no incluyeron en la base imponible la cantidad de 283.214.450 pesetas (1.702.753 €) correspondiente al mayor valor de transmisión de los activos (inmovilizado material) que, como aportación no dineraria, se transmitieron a la sociedad vinculada UVANOSA, para la suscripción de participaciones por importe de 500 millones de pesetas (3.005.060 €), en la ampliación de capital realizada por esa sociedad.

Señala la parte que para el Tribunal sentenciador los activos aportados por 380.000.000 pesetas -2.283.846 €- (204 millones -1.226.065 €- en bienes inmuebles y 176 millones -1.057.781 €- en maquinaria) tenían un valor neto contable de 383.987.869 pesetas (2.307.814 €), por lo que la pérdida contabilizada fue de 3.987.869 pesetas (23.968 €), rebajando así la base imponible del impuesto. Según la sentencia impugnada, estos bienes debieron ser contabilizados y transmitidos por 423.684.450 pesetas (2.546.395 €), los inmuebles y sus instalaciones; y por 239.530.000 pesetas (1.439.604 €) la maquinaria.

Aduce la defensa del acusado que "el 7 de noviembre de 1994 VINISUR contabilizó la venta a crédito a Arnoya de las participaciones que ésta detentaba en UVANOSA por 500 millones. El mismo día se anota contablemente una reducción de ese crédito mediante la contabilización, como gasto, de 380 millones de pesetas (2.283.846 €) por arrendamiento (437 en total con IVA), cuya contrapartida es el abono en la cuenta de crédito a largo plazo del Grupo Arnoya".

Prosigue alegando después que el 31 de agosto de 1995 se reduce en 340 millones (2.043.441 €) el saldo de la cuenta de arrendamiento y cánones con cargo a la cuenta de gastos anticipados, por lo que los gastos por arrendamiento se fijan en 40 millones de pesetas (240.405 €), sin que, de acuerdo con el referido hecho probado, se pudiera deducir este gasto de la base imponible porque en el supuesto contrato de arrendamiento Arnoya y Arnoya Financiera, que figuraba como arrendadora, no era titular de los bienes, ya que la titular era UVANOSA.

La parte discrepa del criterio de valoración de los bienes seguido por el Tribunal sentenciador (pp. 95 a 98 de la sentencia), al resolver que debe establecerse en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 61/1978, vigente en el momento de los hechos, referido a "valoración de ingresos y gastos", como sostenían los peritos de la Agencia Tributaria y la acusación pública, y no por el artículo 15 de la misma norma, referido a "incremento y pérdidas de patrimonio", como sostenía la defensa del recurrente. Para el Tribunal no es un incremento o pérdida de patrimonio, sino una transmisión de activos y pasivos ente empresas vinculadas y, por tanto, como operación vinculada, debe valorarse a precio de mercado. Se ajusta, pues, la Audiencia a la valoración ofrecida por TINSA el 8 de agosto de 1994: 436.677.200 de pesetas -2.624.483 €- (terrenos, edificios e instalaciones) y 239.530.000 de pesetas (1.439.604 €) (por maquinaria), aunque minorando la primera cifra en menos 12.992.750 pesetas (78.088 €) por ser rústicos uno de los terrenos. En consecuencia, el valor de mercado total ascendería a 663.215.450 de pesetas (3.986.005 €) y la base imponible del impuesto de sociedades en 283.214.450 pesetas (1.702.153 €), 663.214.450 (3.985.999 €) menos 380.000.000 (2.283.846 €). Por lo que se refiere al arrendamiento, la Sala no lo considera deducible del gasto por no estar acreditado.

Frente a ello contraargumenta la parte recurrente que la sentencia debió aplicar el art. 15 de la citada Ley 61/1978, y no el art. 16, ya que el artículo 15 contempla los "incrementos y pérdidas de patrimonio" y ningún informe pericial ha cuestionado que esta operación es un presunto incremento de patrimonio. Y, en segundo lugar, el apartado 7.c) del artículo 15 se refiere a las aportaciones no dinerarias a sociedades. Y cita para apoyar su tesis la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 11 de febrero de 2000, en la que se establecería de forma rotunda que el artículo 15 es el aplicable a los incrementos y disminuciones de patrimonio, en tanto que el artículo 16 es el que se debe aplicar a la generación de rendimientos, "ingresos y gastos".

Respecto a las valoraciones (TINSA) y como criterio subsidiario a lo que se acaba de exponer, el artículo 52 de la Ley General Tributaria de 1963, en sus *numerus clausus*, no contempla el método de valoración aplicado por la Sala de la instancia, porque el valor de tasación es ajeno a la norma legal citada. La tasación acogida realiza una valoración a precio de reposición o valor "a nuevo", cuando lo que se aportó, como ha quedado reflejado fueron naves, maquinaria y otros elementos, muchos de ellos obsoletos, inútiles y con más de 15 años de antigüedad. Valoraciones que, además, como se comprueba del informe, carecen de la necesaria motivación.



Por todo lo cual, concluye la parte que no hubo tergiversación o manipulación, al ser inexistente, por tanto, el elemento subjetivo o ánimo de defraudar. No se creó por el recurrente ninguna situación tributaria falsa. En el peor de los casos la discrepancia sería en el valor concreto de los bienes aportados y declarados, lo que es irrelevante a los efectos penales. No se debe penalizar lo que, a lo sumo, sería una infracción administrativa.

2. Al examinar la sentencia recurrida (pp. 95 y ss.) se constata que el Tribunal argumenta que Luis , como administrador único de VINISUR, S. A., presentó, el 25 de marzo de 1996 , declaración por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio social y período impositivo de 01/09/1994 a 31/08/1995.

Aclara después la Audiencia que el debate se refiere a que en la liquidación del impuesto se dejó de incluir de manera consciente en la base imponible, con fines fraudulentos, la cantidad de 283.214.450 pesetas (1.702.153 €), correspondientes a un mayor valor de transmisión de los activos -inmovilizado material- que el declarado, que como aportación no dineraria se transmitieron a la sociedad vinculada UVANOSA, S. L., el 3 de noviembre de 1994, para la suscripción de participaciones por importe de 500 millones de pesetas (3.005.060 €) en la ampliación de capital realizada por esa sociedad. Los activos de VINISUR consistían en los inmuebles, maquinaria e instalaciones transmitidos por ésta a UVANOSA SL (en escritura pública de 3 de noviembre de 1994, ante el Notario de La Coruña D. Antonio Pol González, F. 7425 y ss T. 34). Igualmente el debate se refiere a los gastos de arrendamiento del periodo declarados por importe de 40.000.000 ptas (240.405 €), pero que no lo podían ser porque se declaraban como pagados a una entidad que no era la propietaria del inmueble (Arnoya Financiera SL), cuando la titular de los bienes era realmente UVANOSA.

Advierte después la Audiencia que la discusión introducida por la defensa y por el perito designado por ella, el Sr. Elias , se centra en determinar cuál es el criterio de valoración de los bienes aportados según la normativa fiscal aplicable en el momento, manteniendo la parte que resulta de aplicación el art 15 de la Ley sobre Impuesto de Sociedades de 1978 (Ley 61/1978, de 27/12), relativo a "Incrementos y pérdidas de patrimonio", en vez del art 16 , que es lo que mantuvieron el resto de los peritos. Este último precepto se refiere a la "valoración de ingresos y gastos" y en su número tercero contempla las operaciones vinculadas, para establecer que: "No obstante lo dispuesto en los números anteriores cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre Sociedades independientes". El Tribunal considera que es este último artículo el que resulta aplicable al caso, ya que no se trata de "Incrementos y pérdidas de patrimonio", cuya definición viene establecida en la propia norma: "Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél,...", sino de una transmisión de activos y pasivos entre empresas vinculadas, que debe tener la consideración de operación vinculada y que, como exige la norma en estos casos, debe valorarse a precios de mercado.

Sin embargo, la valoración otorgada a los activos aportados en la declaración fue de 380.000.000 pesetas (2.283.846 €), correspondientes a bienes inmuebles, con sus correspondientes instalaciones -204.000.000 pesetas (1.226.065 €)-, y maquinaria -176.000.000 pesetas (1.057.781 €)-. Esta valoración fue rechazada por la Audiencia por no ajustarse al precio de mercado de la época.

Para la determinación de dicho valor de mercado se han utilizado por los peritos varios criterios de valoración. La Sala argumenta que el correcto es el seguido en el informe emitido por el perito Sr. Jon , que tiene en cuenta en su valoración más factores y por ello estima que resulta más completo y ajustado a la realidad, además de que el informe parte de la tasación realizada por la propia entidad cuestionada, a tenor de la documentación intervenida. Asimismo, fue realizado siguiendo criterios técnicos objetivos de valoración al uso por una reconocida compañía especializada en este tipo de actividades, como es TINSA, en fecha 8 de agosto de 1994, en la que se valoran los terrenos, edificios e instalaciones en 436.677.200 ptas. (2.624.483 €) y la maquinaria afecta a la elaboración de vinos en 239.530.000 pts. (1.439.604 €).

La Audiencia aporta después las explicaciones por las que considera que la pericia seleccionada es la más correcta y por las que se descartan las restantes; en concreto las tres valoraciones realizadas por otros técnicos. Y concluye como valor total de mercado la cifra de 663.214.450 ptas. (3.985.999 €), en la que debía incrementarse la base imponible.

Y en cuanto al tema conflictivo del arrendamiento, la Audiencia valora que ni está documentado de ninguna manera, ni consta que la entidad que aparece como arrendadora tuviera facultades para serlo. Por tanto, el Tribunal igualmente considera la no deducibilidad del gasto por arrendamiento, suficientemente explicada y aceptada por la totalidad de los peritos excepto por el Sr. Elias , sobre la base de que a quien se designa como perceptora del arrendamiento -la entidad señalada por VINISUR como arrendadora, Arnoya Financiera, S.L., que no era propietaria de las instalaciones-, no tenía facultades para arrendar.



Y termina estableciendo la Sala de instancia una nueva liquidación, que es la que figura en el "factum" de la sentencia recurrida, en la que la cuota defraudada se cifra en 113.125.057 de ptas. -679.895 euros-, reproducida en la página 98 de la sentencia impugnada.

3. La tesis que mantiene la parte recurrente con respecto a que la norma aplicable al caso debe ser el art. 15 y no el 16 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, no puede acogerse.

En efecto, al tratarse de operaciones entre sociedades vinculadas, condición que no se cuestiona, será de aplicación lo dispuesto en el art. 16.tres de la referida Ley, en el que se dispone que "cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este impuesto se realizará en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes".

Por lo demás, no solo sostienen ese criterio los Inspectores de Hacienda en su informe, sino que también lo postula la perito D^a Flor y el perito D. Jon.

Las normas sobre operaciones vinculadas tratan de evitar que mediante el uso de precios distintos a los de mercado se transfieran rentas de una entidad a otra que, por regla general, tienen como resultado práctico minorar o diferir la tributación del Impuesto de Sociedades correspondiente a las partes afectadas por la vinculación. Para la norma fiscal no resulta intrascendente que entre las partes intervinientes en una operación del tráfico económico medien o no relaciones de dependencia o vinculación. La búsqueda de ahorros fiscales ilícitos o de ventajas distorsionadoras de las condiciones que deben presidir un mercado de libre competencia aconseja que, en caso de operaciones entre partes que se consideran vinculadas, se prescinda del valor contable atribuido por las mismas, ateniéndose al valor señalado por la norma fiscal. Este es el precio de mercado que, en circunstancias normales, se acordaría entre entidades independientes.

De otra parte, en lo que atañe a la valoración del precio de mercado efectuada en la sentencia recurrida, la Audiencia plasma de forma suficiente y clara cuáles son las razones que le llevan a aceptar la tasación de la entidad TINSA con las correcciones correspondientes, y explica de manera puntual las que le llevan a descartar la pericia de la parte recurrente, así como otras tasaciones que figuran en la causa, a tenor de lo que se especifica en el apartado 2 de este motivo de impugnación. Sin que la parte recurrente aporte razones de peso acreditativas de que la apreciación de la prueba pericial por el Tribunal sentenciador resulte errónea o arbitraria.

Así las cosas, el motivo no puede prosperar.

SEXTO. 1. En el motivo sexto, e igualmente por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim), se denuncia la indebida aplicación del artículo 349 del CP de 1973 y la inaplicación del artículo 7.1º de la ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio de 1994.

A criterio de la defensa, la sentencia de instancia condena al recurrente por la elusión del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 1994 cuyo sujeto obligado era VINISUR, S.A., sin que de la literalidad de los hechos declarados probados pueda desprenderse ni la comisión de los mismos por parte de don Luis, ni que sean constitutivos de delito.

Después de sintetizar los hechos declarados probados referentes a la declaración del IVA correspondiente al ejercicio de 1994 (pp. 35 a 37 de la sentencia), se cuestionan en el recurso los razonamientos jurídicos del Tribunal de instancia (pp. 98 a 102) que acogen el criterio de "la opinión mayoritaria de los peritos" al señalar que se omitió la cantidad referida de 663.214.450 de pesetas (3.985999 €), correspondiente al valor de mercado aplicable a las operaciones vinculadas (artículo 79 de la Ley 37/92 del IVA, apartado 5); al mismo tiempo que se considera que no es de aplicación el artículo 7.1º de la Ley 37/1992, porque no se produce un traspaso de todo el patrimonio empresarial sino solo de activos materiales, terrenos e instalaciones y pasivos, y porque, además, VINISUR continuaba en la misma actividad sin que UVANOSA desarrollara ninguna, siendo solo tenedora de los activos, sin que efectuara declaraciones fiscales durante dicho período.

Respecto a la autoría del recurrente, también se impugna por la parte porque en los hechos declarados probados no se describe ningún elemento del que pueda predicarse que fuera autor o participe en sentido penal. Solo se le menciona en estos términos: "Ninguna de estas operaciones se incluyó en la declaración de IVA de noviembre de 1994 ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad, que eran Luis y Luis María -administrador de hecho-, con la finalidad de evitar el pago de los impuestos".

Por lo cual, aduce que la literalidad de los hechos probados no permite inferir ningún elemento del que se pueda extraer que el recurrente fuera sujeto activo de esa conducta. El hecho de ser administrador de una compañía mercantil recalca una vez más la parte recurrente- no le transfiere a ese administrador la responsabilidad penal de forma automática. Lo relevante es determinar la actuación concreta en los hechos, porque no estamos ante una responsabilidad objetiva.



En segundo lugar, y como argumento subsidiario al primer razonamiento, alega que al ser el delito fiscal una norma penal en blanco, debió ser aplicado el artículo 7.1. a) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto de Valor Añadido. Este artículo exonera del impuesto del IVA la transmisión empresarial cuando concurren tres condicionantes: i) que fuese la totalidad del patrimonio empresarial; ii) que solo exista un adquirente; y iii) que el adquirente siga en la misma actividad que el transmitente.

Precisa que la única condición que no se cumplía en este caso era la de que el adquirente siguiera con la misma actividad, ya que UVANOSA alquiló las naves y la maquinaria y no siguió con la anterior actividad empresarial. Frente a ello alega que esta situación jurídica de la ley sufre una importante variación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (asunto C-497/2001), de 27 de noviembre de 2003, en la que el condicionamiento de la continuidad en la actividad se elimina y la única condición es que el adquirente realice cualquier actividad. En el mismo sentido, remarcándolo, si cabe, resuelven sus sentencias de 29 de abril de 2004 (asunto C-132/2002) y 10 de noviembre de 2011 (asunto C-444/2010).

Basándose en esta decisión europea, afirma el impugnante que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria en el apartado VI de la Exposición de Motivos, al proclamar que: "Se actualizan los supuestos de la no sujeción de las transmisiones globales de patrimonio, adecuando la normativa legal a la jurisprudencia comunitaria, básicamente a la sentencia de 27 de noviembre de 2003, recaída en el asunto C-497/01, Zita Modes Sarl, resolviendo las diversas dudas en la aplicación del precepto que se modifica, el artículo 7.1º de la Ley antes citada".

La Ley 4/2008 sustituye, pues, el artículo 7.1º) apartados a) y b) por un solo párrafo en el que: i) ya no tiene que ser la totalidad del patrimonio empresarial, basta que lo transmitido permita desarrollar una actividad económica; ii) ya no tiene que ser un solo adquirente, desaparece esa condición; y iii) no existe la obligación para el adquirente de continuar el ejercicio de las mismas actividades empresariales.

Por tanto, no estarían sujetas al IVA las transmisiones de la totalidad del patrimonio empresarial, una rama de actividad o, incluso, una parte del mismo que posibilite desarrollar una actividad económica. Y cita al respecto alguna jurisprudencia de la Sala Tercera del TS sobre la interpretación de normas fiscales.

Para la defensa, la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial que permita desarrollar una actividad a un tercero que continúe con la misma actividad u otra distinta es una operación no sujeta a IVA, de acuerdo con el artículo 7.1 de la LIVA. Además, la LIVA no contempla la comprobación de valores salvo cuando el valor declarado sea notoriamente inferior al de mercado, aspecto este que no se ha demostrado, y por tanto el pretender incluir en la base imponible del IVA la diferencia de valores comprobados y declarados no tiene ningún soporte legal.

Por último alega que, aunque ello supondría ir en contra de la filosofía del IVA, en el hipotético caso de que esta transmisión fuera una operación sujeta con posibilidad de exención del impuesto (en aquel momento podría ser discutible por la no continuidad de la misma actividad), y pese a que VINISUR repercutió indebidamente el IVA correspondiente, que no cobró y no ingresó, sería una operación neutra, ya que UVANOSA no dedujo, compensó o recuperó ese IVA (folio 9.930, tomo 44). UVANOSA no presentó ninguna declaración del IVA por ningún periodo impositivo, por lo que no existiría ningún perjuicio económico para la Hacienda Pública.

2. Las cuestiones suscitadas en el escrito de recurso han tenido respuesta en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de la Audiencia (pp. 102 y ss.), basándose para ello en el expediente relativo al impago del impuesto (folios 7194 y ss. del T. 33 de la causa).

Recuerda el Tribunal sentenciador que el 30 de enero de 1995 VINISUR, S.A. presentó la declaración de resumen anual del IVA del ejercicio de 1994, firmada en este caso por el acusado Pedro Miguel, en su condición de gerente y apoderado de la sociedad, tras presentar durante el año 1994 las correspondientes declaraciones mensuales por dicho impuesto, consignándose un resultado de liquidación de -34.760.070 ptas. (226.493 €), con unas cuotas a compensar en periodos posteriores por un importe de 15.085.580 ptas. (90.666 €).

Señala también la Audiencia que en el mes de noviembre de 1994, VINISUR, SA, realizó y contabilizó las operaciones efectuadas con las sociedades vinculadas, a las que ya nos hemos referido en los fundamentos precedentes de esta sentencia de casación. Y así, el 3 de noviembre de 1994 VINISUR, S.A., suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S. L., por 500 millones de pesetas (3.005.060 €), que se pagaron mediante la aportación de los activos y pasivos que se reseñan en la pág. 29 de la sentencia recurrida.

El día 7 de noviembre de 1994 VINISUR, representada por el recurrente, transmitió las 500.000 acciones de UVANOSA a Grupo Arnoya, SL, y contabilizó la operación como venta a crédito, al mismo tiempo que



contabilizaba como gasto por arrendamientos y cánones un importe de 380.000.000 pts. (2.283.846 €) con un IVA soportado de 57.000.000 pts. (342.577 €), que corresponden según la memoria de la entidad al arrendamiento por parte de Arnoya Financiera, SL, a VINISUR de los inmuebles, maquinaria e instalaciones transmitidos por VINISUR a UVANOSA SL. en escritura pública de 3 de noviembre de 1994 (f. 7425 y ss, T. 34).

Ninguna de estas operaciones se incluyó en la declaración de IVA de noviembre de 1994, ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad.

Por otra parte, VINISUR, representada por el ahora recurrente renunció en la escritura pública de transmisión de activos a la exención del IVA, por ser sujeto pasivo con derecho a devolución la mercantil adquirente UVANOSA SL (f. 7447, T. 34).

Arguye la sentencia que, de acuerdo con la opinión mayoritaria de los peritos, respecto de la primera operación debió incluirse en la base imponible y se omitió la cantidad de 663.214.450 ptas. (3.985.999 €), correspondientes al valor de mercado aplicable a las operaciones vinculadas - artículo 79 de la Ley 37/92 del IVA apartado cinco- de los activos aportados para la suscripción de las acciones de UVANOSA, SL. Ello, según la valoración de los peritos que ha sido aceptada como la más correcta por el tribunal. Respecto de la segunda operación, referida al arrendamiento, estima que no procede tenerla en consideración por las razones ya expuestas de que la sociedad supuestamente arrendadora no era la titular de los bienes, ni consta que tuviese facultades para el arrendamiento ni se prueba de ninguna otra manera que existiese.

La Audiencia rechazó expresamente la alegación formulada por el perito Sr. Elías de la exención de pago del impuesto por aplicación del art 7.1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que exime del impuesto: a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente y la adaptación de la interpretación de este precepto a la normativa y jurisprudencia comunitaria en cuanto a la exención del requisito de continuidad en el ejercicio de la misma actividad, y por la no causación de perjuicio económico a Hacienda Pública por no haberse practicado ninguna deducción por IVA soportado por parte de UVANOSA.

El Tribunal advierte que tiene en consideración el hecho de que no se produce el traspaso de todo el patrimonio empresarial, sino únicamente de activos materiales, terrenos e instalaciones y pasivos, y que se da la circunstancia de que VINISUR es precisamente la entidad que continúa en la misma actividad sin que UVANOSA desarrolle ninguna, siendo simplemente tenedora de los activos, sin que, por otra parte, efectuara declaraciones fiscales durante dicho periodo. No se trata, pues, para la Audiencia de un supuesto que se ajuste a lo previsto en la norma invocada, además de que es inoponible la no causación de perjuicio económico por el hecho de que no se haya desgravado el IVA soportado por quien eludió efectuar declaración fiscal, ya que no es determinable la posibilidad de deducción ni tampoco la cantidad de IVA soportado.

También resalta la sentencia el dato relevante de que VINISUR renunció expresamente en la escritura pública de transmisión de activos a la exención del IVA, precisamente por ser sujeto pasivo con derecho a devolución la mercantil adquirente UVANOSA SL (f. 7447, T. 34).

En consecuencia, la Sala da por buenos los informes fiscales de la Agencia Tributaria avalados por la mayoría de los peritos fiscales y en los que aparece que VINISUR dejó de ingresar por el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 1994 de la entidad VINISUR, S.A., la suma de 94.985.059 pesetas (570.872 euros), cuota defraudada resultante de la nueva liquidación que se reseña en la sentencia procedente de la pericia realizada por la AEAT.

Finalmente, la Sala de instancia recuerda que la persona que figura como administrador de la sociedad deudora en el momento de los hechos era el ahora recurrente, quien junto con Luis María , administrador de hecho, eran quienes dirigían la empresa en todas sus vertientes, incluida la administrativa y financiera, siendo ellos los que determinaron lo correspondiente en el ámbito contable y de gestión de impuestos, para eludir el pago de una parte muy sustancial del IVA de 1994 que correspondía pagar a VINISUR, y con quienes colaboró Pedro Miguel , que como gerente y apoderado de la sociedad realizó la declaración fiscal en fraude de la Hacienda Pública.

3. La argumentación impugnativa de la parte recurrente ha resultado desvirtuada por los razonamientos que se acaban de exponer correspondientes a la sentencia recurrida.

A este respecto, conviene incidir en que esa transmisión del patrimonio de una empresa a otra que, según la parte recurrente, llevaría consigo la correspondiente exención fiscal, carece de fundamento en este caso. Y ello porque no se está ante una transmisión íntegra de un patrimonio empresarial para que la empresa adquirente prosiga con una actividad de la misma índole o de otra similar, sino que aquí, según ya se explicó en el fundamento tercero de esta sentencia, la transmisión del patrimonio de una empresa a otra tuvo un carácter parcial, al referirse solo a activos materiales, terrenos e instalaciones y pasivos, y que se da la circunstancia



de que VINISUR es precisamente la entidad que continúa en la misma actividad empresarial, siendo UVANOSA simplemente tenedora de los activos, sin que, por otra parte, efectuara declaraciones fiscales durante dicho periodo. A ello ha de sumarse lo que se expuso en la vista oral del juicio por el Perito de Hacienda que realizó la inspección de VINISUR cuando afirmó que se había transferido a UVANOSA parte de los activos pero no los pasivos que en ese momento tenía la entidad investigada.

Por lo demás, en lo que respecta a la autoría delictiva del recurrente, a pesar de no haber sido la persona que formalizó la presentación de la declaración fiscal ante la Hacienda Pública, nos remitimos a todo lo que se expuso sobre la autoría en el fundamento primero de esta sentencia (apartados 4 y 5) y en el fundamento tercero, por ser el impugnante el administrador de la empresa, no solo de forma nominal, sino actuando como tal al colaborar con la administración de hecho que realizaba su padre, Luis María .

Sobre este extremo, es preciso tener en cuenta que en el "factum" de la sentencia recurrida (pág. 36) se especifica que "Ninguna de estas operaciones se incluyó en la declaración de IVA de noviembre de 1994, ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad, que eran Luis y Luis María -administrador de hecho-, con la finalidad de evitar el pago de los impuestos debidos".

En consecuencia, el motivo de impugnación no resulta viable.

SÉPTIMO. 1. En el séptimo motivo invoca la parte, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , la indebida aplicación del artículo 305 del CP de 1995 , con relación al delito fiscal por la elusión de la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimiento del capital mobiliario del ejercicio de 1996.

Según la defensa, los hechos declarados probados condenan al recurrente por un delito fiscal por la elusión de la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimientos del capital mobiliario del ejercicio 1996 (VINISUR-UVANOSA), cuando de la literalidad de los mismos se desprende que la conducta es atípica respecto a Luis al no constar su participación en los hechos. Y, además, se habrían aplicado indebidamente los artículos 253.1 y 254.2.b) del RD 2631/1982 , que tratan sobre la obligación de retener.

Los hechos declarados probados (pp. 37 a 38) refieren que el 28 de junio de 1994 se constituyó UVANOSA, S.L., que posteriormente cambió su denominación social a Zumos y Vinos, S.L. (ZUVINSA), el 19 de diciembre de 1996. Esta sociedad no presentó ninguna declaración tributaria por el impuesto sobre sociedades, IVA, retenciones a cuenta, declaración de ingresos y pagos, etc., hasta el ejercicio de 1996.

En el "factum" de la sentencia se afirma que desde la constitución de la sociedad, en junio de 1994, hasta el 16 de diciembre de 1996 fueron administradores solidarios don Luis María y don Luis , ejerciendo este último el cargo en solitario desde esa fecha.

Prosigue argumentando la parte recurrente que la operativa que sería fraudulenta consistió, para el tribunal a quo, en que VINISUR, a través de don Luis , suscribió el 3 de noviembre de 1994 la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA (creación de 500.000 nuevas participaciones de 1.000 pesetas: 6,01 €). Para el pago de esta suscripción (500 millones de pesetas: 3.005.060 €) se aportaron, además de los activos señalados en los motivos anteriores, prestaciones pasivas por importe de 102.120.000 de pesetas (613.754 €), en concepto de dividendo activo a pagar a los accionistas, según acuerdo adoptado por la Junta General de VINISUR el 19 de octubre de 1994. En esta junta se acordó repartir un dividendo de 82.140.000 de pesetas (493.671 €) con cargo a reservas, y otro de 19.980.000 de pesetas (120.082 €) a cuenta de los beneficios del ejercicio 1993/1994. El importe total (102.120.000 pesetas: 613.754 €) se exigiría el 1 de noviembre de 1996 y se haría efectivo entre los días 1 a 30 de noviembre de ese año, debiéndose realizar el ingreso dentro de los 20 primeros días del mes de diciembre de 1996.

En la referida fecha, UVANOSA era la obligada al pago del importe de esos dividendos y, de acuerdo con el artículo 254 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , a retener para su ingreso a la Hacienda Pública el 25% como renta de capital mobiliario, lo que no se llevó a efecto, defraudándose, en consecuencia, 25.530.000 pesetas (153.438 €).

Aduce también la parte recurrente que los fundamentos jurídicos de la sentencia (pp. 103 a 107) señalan que no es de aplicación el art. 28.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y sí es aplicable el Capítulo II de esa Ley que coincide con el art. 173.2 del RD 2631/1982, de 15 de octubre (Reglamento del Impuesto de Sociedades), al conservar su vigencia. Refiere la sentencia, además, que el artículo 253 del referido reglamento establece la obligación de retener respecto de los rendimientos del capital mobiliario que se satisfagan a otras entidades que sean sujetos pasivos del Impuesto y el artículo 256 incluye los dividendos como rendimientos de capital mobiliario, como son las cantidades entregadas por los socios con cargo a reservas. Y la beneficiada es la sociedad dominante, de acuerdo con el artículo 28.2 de la Ley 43/1995 . Concluye la sentencia razonando que sí existió perjuicio económico a la Hacienda Pública y que obedeció esta operación a un artificio contable para eludir las obligaciones fiscales con Hacienda.



Frente a ello alega la parte que, en primer lugar, y en el mismo sentido ya reflejado en el motivo anterior, en los hechos declarados probados no se describe ningún elemento del que pueda deducirse que el recurrente fue autor o partícipe en términos penales. Solo se le menciona en estos términos: "Desde su constitución y hasta el 16.12.1996 fueron administradores solidarios Luis María y Luis , a partir de dicha fecha ejerció el cargo este último. El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, S.A., representada por Luis , suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S.L., consistente en la creación de 500.000 nuevas participaciones de 1.000 pesetas (6.01 €)."

Insiste de nuevo la defensa en el argumento de que el hecho de ser administrador de una compañía mercantil y de haber suscrito la ampliación de capital no le transfiere a ese administrador la responsabilidad penal de forma automática.

En segundo lugar, y con carácter subsidiario respecto de la anterior alegación, aduce la parte que los hechos no son constitutivos de delito. Al respecto advierte que el Ministerio Fiscal, en el informe del acto del juicio oral, dudando sobre si esta conducta era constitutiva de delito, afirmó que dejaba en manos de la Sala la condena o absolución por el mismo, porque según una de las expertas de la Agencia Tributaria no debía hacerse retención porque no se hizo efectivo el pago. El Ministerio Fiscal manifestó que si los peritos de la Agencia Tributaria discrepaban sobre si se debió o no hacer retención, no se le debería imputar al administrado el incumplimiento (vídeo 22 del juicio oral, hora 12:19:14).

En tercer lugar, recuerda la parte que el 18 de octubre de 1994 don Luis María suscribió la totalidad de la ampliación de capital de Arnoya Financiera, SL, (200.000.000 pesetas: 1.202.024 €) y en pago aportó 74.000 acciones de VINISUR, SA, representativas de la totalidad del capital social de ésta. El 3 de noviembre de 1994 amplió el capital UVANOSA, SL, y suscribió la totalidad de la ampliación VINISUR, SA, y en pago, entre otros bienes, derechos y obligaciones, aporta la obligación de pago de un dividendo por importe de 102.120.000 pesetas (613.754 €), según acuerdo adoptado en Junta General el 19 de octubre de 1994 y exigible el 1 de noviembre de 1996.

Con esta suscripción de la ampliación Arnoya Financiera, SL, es quien posee la totalidad del capital social de VINISUR, SL. El resultado es que el hecho imponible se devenga el 1 de noviembre de 1996 (cuestión que nadie discute), por tanto Arnoya Financiera poseía su participación (100%) en VINISUR, SA, con una anterioridad superior a los dos años (18 de octubre de 1994).

La hipotética retención debería ingresarse entre los días 1 y 30 de noviembre de ese año, y como no se ingresó, la sentencia considera que es causa de un delito fiscal el dejar de ingresar 25.530.000 pesetas (153.438 €), resultado de aplicar el 25% al dividendo aprobado (102.120.000 pesetas (613.754 €)).

Cita después el recurso alguna sentencia de la Sala Tercera del TS y argumenta que teniendo en cuenta que Arnoya Financiera, SL, posee la participación en VINISUR, SA, con una antelación superior a los dos años al día de la distribución de los dividendos, y como esta participación (100%) supera el 25% o el 5% establecido por la Ley 43/1995 (en vigor en ese momento), la percepción de estos dividendos estaría exenta en cualquiera de las condiciones, por lo que no procedería la retención en la entidad pagadora porque supondría un enriquecimiento injusto para la Administración Tributaria.

Considera además la parte que no son aplicables los artículos 253.1 y 254.2.b) del citado RD 2631/1982 que tratan de la obligación de retener. El artículo 258 (exenciones a la obligación de retener) había sido derogado por el RD 1841/1991 de 30 de diciembre . Y, además, se ignora que el artículo 172.2.b) establecía la exención para estos dividendos al cumplirse los requisitos para ello.

El 27 de diciembre de 1995 se aprueba la Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades, en la que, entre otros aspectos, establece en la Disposición Derogatoria Única que "a la entrada en vigor de la presente Ley, quedarán derogadas las siguientes normas [...] el RD 2631/1982, de 15 de octubre", y concluía que "hasta la entrada en vigor de la norma reglamentaria que se dicte en virtud de la habilitación prevista en el art. 146 de la presente ley , continúan en vigor las normas relativas a la obligación de retener, en relación a los sujetos pasivos del IS, vigentes a la entrada en vigor de la misma". Establecía como período de vigencia "el 1 de enero de 1996 y será de aplicación a los períodos impositivos que se inicien a partir de la fecha".

Según la parte impugnante, no se puede apoyar la sentencia, siguiendo de forma automática los criterios de la Agencia Tributaria, en la Disposición Derogatoria pretendiendo que el RD 2631/1982 estaba en vigor (pese haberse derogado) ya que el Reglamento de esta Ley entró en vigor en mayo de 1998, despreciando que la Ley 43/1995 tiene sus efectos a partir de 1 de enero de 1996. Por tanto, como el hecho imponible -nadie lo cuestiona- se devengó el 1 de noviembre de 1996, la ley de aplicación era la 43/1995.

A mayor abundamiento, remarca la defensa que la propia ley propugna en su artículo 146 (retenciones e ingresos a cuentas) que "las entidades que satisfagan rentas sujetas a este impuesto estarán obligadas a



retener", que "reglamentariamente se establecerán los supuestos en los que no existirá retención. En particular, no se practicará retención en [...] los dividendos o participaciones a que se refiere el apartado 2 del artº. 28 de esta Ley". Por lo que, independientemente de que el Reglamento estaba expresamente derogado, lo que es innegable es que un Reglamento no puede contradecir lo establecido en la ley que desarrolla. Y añade la parte que es muy llamativo que el informe que sirve de base a la sentencia para condenar por este delito, que se refiere a la Ley 43/1995 y al apartado 1 de su artículo 146 para tan solo establecer la obligación de retener por VINISUR, SA, (folio 7.167, tomo 33), despreceie en cambio el apartado 4.d) de este mismo artículo que establece que no se practicará retención a los dividendos a que se refiere el artículo 28.2) de esta Ley .

Así las cosas, la postura mantenida por la sentencia sería -para el recurrente- incompatible con el texto de la Ley 43/1995. El artículo 28 , sobre deducción para evitar la doble imposición interna: Dividendos y participaciones en beneficios, preceptúa que:

"1. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España, se deducirá el 50% de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible de dichos dividendos o participaciones en beneficios [...]

2. La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100% cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades participadas, directa o indirectamente en, al menos el 5%, siempre que dicha participación se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuye".

Señala la defensa respecto de la doble imposición que la jurisprudencia ha establecido que la Administración Tributaria podrá comprobar y liquidar, si así procede, las retenciones a efectuar y a ingresar en concepto de IRPF, capital mobiliario, etc., y los pagos a cuenta del Impuesto de Sociedades hasta el momento en que el obligado tributario, persona física o sociedad, cumple con su obligación principal, es decir, presente su declaración, y no haber deducido en ella, las retenciones o pagos a cuenta que se hubieran realizado. Por ejemplo, SSTS (Sala Tercera) de 27 de febrero de 2007 , de 5 de marzo de 2008 ; de 16 de julio de 2008 ; de 21 de mayo de 2009 ; de 7 de julio de 2009 o de 4 de noviembre de 2009 .

Alega también que si la distribución de dividendos debió realizarse el 1 de noviembre de 1996, la receptora, Arnoya Financiera, SL, los debió incluir en su declaración correspondiente al ejercicio 1996, fecha límite de presentación, 25 de julio de 1997, y si en esta declaración no se dedujeron las hipotéticas retenciones, a partir del 25 de julio de 1997 ha caducado la posibilidad de acción de la Administración para la comprobación y liquidación de este hecho excepto en el posible resarcimiento en concepto de intereses, si es que hubiese causa de retención.

Como conclusión de lo argumentado, señala la parte recurrente que la Ley 43/1995 en su artículo 28.2 es rotunda: no procede la retención cuando el accionista posea más del 5% del capital de la empresa que distribuye sus dividendos y su antigüedad sea como mínimo un año. Y al ser una operación bilateral, es decir, si una sociedad retiene la otra deduce, no se produce ningún perjuicio económico para la Hacienda Pública y por tanto no existe delito fiscal.

2. En la sentencia recurrida (pp. 105 y ss.) se argumenta para justificar la vigencia y la obligatoriedad de la imposición fiscal que los peritos que informaron en el procedimiento, a excepción del de la parte recurrente (Sr. Elias), adujeron en contra de la tesis de la defensa que procedía efectuar la retención ya que se trata de una previsión legal para evitar la doble imposición y, en todo caso, para no hacerla.

Según la Audiencia, se trata de normas dentro del Capítulo II relativas a deducciones para evitar la doble imposición, que no de exención total de la obligación de pago de impuestos por cualquier concepto, que coinciden en esencia con las del artículo 173.2.d. Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (Reglamento del Impuesto sobre Sociedades), también referida a la deducción por doble imposición de dividendos de sociedades dominadas, que establecía en su art 254 que "la obligación de retener nacerá en el momento en que los rendimientos sujetos a retención resulten exigibles por las entidades perceptoras", sin establecer excepciones a la obligación de retener por este motivo.

El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades aprobado por R.D. 2631/82, de 15 de octubre, resulta de aplicación al caso al conservar su vigencia, en virtud de lo establecido en la Disposición Derogatoria Única, punto 3, de la Ley 43/1995. El artículo 253 del Reglamento establece claramente la obligación de retener respecto de los rendimientos del capital mobiliario que se satisfagan a otras entidades que sean sujetos pasivos del Impuesto, y el artículo 256 incluye como rendimientos del capital mobiliario a los dividendos, teniendo tal consideración, en todo caso, las cantidades entregadas a los socios con cargo a reservas.



Por otra parte, señala también el Tribunal sentenciador que la beneficiada por la deducción prevista en el art. 28.2 de la Ley es la sociedad dominante, en atención a que se trata de evitar la doble imposición, y no la dominada, que tiene la obligación de efectuar la retención, que en todo caso será deducible.

En cuanto al alegato de que no se ha producido perjuicio económico para la Hacienda Pública, responde la Audiencia que tal objeción no es suficiente, ya que en todo caso para hacer valer que no era necesaria la retención por razones de evitar la doble imposición se precisa la prueba del cumplimiento de la obligación de pago del impuesto correspondiente al dividendo.

Hace notar el Tribunal sentenciador que se da la circunstancia de que por parte de VINISUR, entidad dominada, se produjo el impago del impuesto sobre sociedades en el periodo en que se generó el beneficio objeto de dividendo de 113.125.057 pts., equivalente a 679.895 euros. Por otra parte, ni UVANOSA ni ZUVINSA presentaron ante la Hacienda Pública hasta el ejercicio de 1996, inclusive, ninguna declaración tributaria por el Impuesto sobre Sociedades, IVA, Retenciones a Cuenta, declaración de ingresos y pagos en sus relaciones con terceros, etc. Del ejercicio de 1997, ZUVINSA solo presentó el 21 de abril de 1997 el modelo 110 de retenciones del trabajo personal y una declaración trimestral de IVA. Se dio de alta en el impuesto de actividades económicas el 16 de enero de 1997 y presentó declaración censal de baja en su actividad el 30 de junio de 1997.

En vista de lo cual, considera el Tribunal de instancia que todo aparenta ser la creación de un artificio financiero más para ocultar en éste, como en los otros casos, las obligaciones fiscales, con el fin de definitivamente incumplirlas, dentro del marco general del entramado fraudulento para los acreedores y para la Hacienda Pública, que se inició con las actividades de fraudes de subvenciones en 1991 y continuó con el apantallamiento de actividades y vaciamiento patrimonial progresivo de VINISUR y del resto de sociedades del Grupo Arnoya, que se produjo a partir de del último trimestre de 1994. En este caso mediante la "actitud de ocultación o desfiguración del hecho tributario o de las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer el impuesto con evidente intención defraudatoria", tal como señalan los peritos. Además, los gestores de este "aparataje" financiero con fines defraudatorios lo fueron el fallecido Luis María y el acusado Luis .

3. Planteado el debate en los términos que se acaban de exponer en los dos apartados anteriores, le asiste en gran medida la razón a la parte recurrente, según se verá, cuando alega que no había fundamento en este caso para concluir que concurría un fraude para la Hacienda Pública por el hecho de no haber retenido la cantidad correspondiente al porcentaje del 25 % de la distribución de dividendos acordada por VINISUR.

Según acuerdo adoptado por la Junta General de VINISUR el 19 de octubre de 1994, se dispuso repartir un dividendo de 82.140.000 de pesetas (493.671 €) con cargo a reservas, y otro de 19.980.000 de pesetas (120.082 €) a cuenta de los beneficios del ejercicio 1993/1994. El importe total (102.120.000 pesetas: 613.754 €) se exigiría el 1 de noviembre de 1996 y se haría efectivo entre los días 1 a 30 de noviembre de ese año, debiéndose realizar el ingreso dentro de los 20 primeros días del mes de diciembre de 1996.

En el año 1996 ya había entrado en vigor la nueva Ley del Impuesto de Sociedades, 43/1995, de 27 de diciembre, por lo que era ya de aplicación su art 28.2, que es la norma a que se acoge la parte recurrente para fundamentar la exención de retención, dado que se cumplimentaban los requisitos que especifica el precepto para otorgarla.

El art. 28 de la referida ley dispone, según anticipamos supra, en su apartado 2 lo siguiente: "La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100% cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades participadas, directa o indirectamente en, al menos el 5%, siempre que dicha participación se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuye".

La ley se muestra, pues, clara al establecer que no procede la retención cuando el accionista posea más del 5% del capital de la empresa que distribuye sus dividendos y su antigüedad sea como mínimo un año. Y como en este caso se da el supuesto de que en el año anterior a la fecha en que procede la retención la entidad Arnoya Financiera, S.L., tiene el cien por cien del capital de la entidad que tiene que retener, es claro que se está en el supuesto del art. 28.2 y por lo tanto ha de operar la exención que prevé la norma.

Y no solo procede apoyarse en lo que se dispone en el art. 28.2, sino en el art. 146 de la misma Ley 43/1995, precepto que, al regular las retenciones e ingresos a cuenta, establece en su apartado 4 que "en particular no se practicará retención en: d) Los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del artículo 28 de esta Ley".

Frente a ello se esgrime en la sentencia recurrida, siguiendo el criterio de las acusaciones, que la Disposición Derogatoria Única de la Ley 43/1995 mantiene en esta materia la vigencia del RD 2631/1982, de 15 de octubre, que aprueba el Reglamento de la Ley del Impuesto de Sociedades de 1978, disposición en la que se establece



que "Hasta la entrada en vigor de la norma reglamentaria que se dicte en virtud de la habilitación prevista en el art. 146 de la presente Ley , continuará en vigor la norma relativa a la obligación de retener , en relación a los sujetos pasivos del Impuestos sobre Sociedades , vigente a la entrada en vigor de la misma".

A este respecto, en la sentencia 25 de enero de 1999 (Sala 3^a) se afirma que es trascendente traer a colación, como interpretación auténtica, la Disposición Derogatoria Única, apartado 3, que realmente es una disposición transitoria. Recuerda esa sentencia que esa norma dice claramente que se dictarán disposiciones reglamentarias que sustituyan a las vigentes o lo que es lo mismo, que el art. 146.1 habilita para regular los casos o presupuestos de hecho, con desarrollo y especificación similar al de las disposiciones reglamentarias vigentes al promulgarse la Ley 43/1995, de 27 de Diciembre . Basta con recordar el extenso repertorio de casos que comprendían los artículos 256 y 257 del anterior Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de Octubre y otros muchos casos regulados en otras disposiciones reglamentarias...

Desde esa perspectiva puede sostenerse, como hace de facto la sentencia recurrida, que existe un periodo transitorio que se extiende desde que se promulga la Ley 43/1995 hasta que entra en vigor el nuevo Reglamento de la misma en el que todavía no entra en vigor la aplicación del art. 28.2 de la nueva Ley. Y como esa materia solo se reglamentó hasta que se publicó el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril , cuyo art. 57 contempló la exclusión de la obligación de retener prevista en el art. 28.2 de la Ley, sería a partir de la entrada en vigor de ese Reglamento cuando podría aplicarse la exención.

Pues bien, a ello conviene replicar que tampoco deja de tener relevancia el hecho de que la nueva exención ya se contemplara de forma específica en el art. 146 de la Ley, de forma que el nuevo Reglamento ya no podía excluirla como supuesto claro e imperativo de exención, al contemplarlo excepcionalmente de forma específica y singular en el propio texto legislativo.

Pero, aparte de ello, concurre un segundo factor relevante que recoge en su informe la perito oficial D^a Flor , Inspectora de Hacienda, cuando afirma en la pág. 27 de su dictamen que "debe hacerse constar que en base a la documentación analizada no le consta los citados dividendos fueran, en su día, efectivamente abonados".

En virtud de lo cual, resulta razonable argumentar que si realmente no se repartieron dividendos no puede hablarse de perjuicio para la Hacienda Pública por el hecho de que no se haya retenido el importe correspondiente al futuro pago de un dividendo que realmente no consta haberse pagado.

A tales circunstancias debe añadirse que tampoco parecen coincidir la acusación pública y la Inspección de Hacienda sobre qué entidad era la obligada a retener y cuál era la obligada tributaria, a tenor del debate de la vista oral del juicio.

Por todos los argumentos expuestos, el motivo debe pues prosperar, dejando sin efecto en la segunda sentencia la condena dictada por el delito contra la Hacienda Pública referente al incumplimiento de la retención correspondiente a los rendimientos de capital mobiliario.

OCTAVO. 1. El motivo octavo lo dedica la parte a impugnar, bajo la cobertura procesal del art. 849.1º de la LECrim , la indebida aplicación del artículo 305 CP de 1995 , con relación al delito fiscal por el Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio del año 1997 relativo a la entidad ZUVINSA, al considerar que la conducta es atípica respecto del recurrente al no constar participación alguna en los hechos.

Señala la parte que el "factum" describe como conducta típica que en el ejercicio de 1997 la sociedad tuvo ingresos por ventas y obtención de subvenciones de 247.977.178 de pesetas (1.490.373 €); y unos gastos por compras de mercancías, personal, tributos y financieros de 28.294.652 de pesetas (170.054 €), por lo que la base imponible, a efectos del Impuesto de Sociedades, sería de 219.682.526 de pesetas (1.320.319 €), lo que suponía un ingreso por este impuesto, que no realizó la sociedad, de 76.888.884 de pesetas (462.112 €). La sociedad presentó declaración censal de baja en su actividad el 30 de junio de 1997.

La sentencia razona (pp.107 a 108), acogiendo la tesis de la Inspección Tributaria, que la estimación de la liquidación fiscal es ajustada al artículo 50 de la Ley General Tributaria , y correcta al haberse realizado por la Hacienda Pública mediante el requerimiento de todos los posibles datos de transcendencia tributaria relacionados con la actividad ejercida por el sujeto pasivo. En concreto, a través del "Modelo 347", de la solicitud de datos a los agentes económicos, de la certificación de subvenciones concedidas a la compañía por la Junta de Extremadura y declaradas en el modelo 346, y mediante requerimientos a otros organismos.

Sin embargo, cuestiona la defensa en primer lugar la autoría del acusado, ya que en el "factum" solo se menciona con respecto al recurrente que fue administrador solidario, junto con su padre, hasta el 16 de diciembre de 1996, fecha en la que pasaría a ser administrador único. En todo el relato de hechos probados no describe ningún acto o conducta a los que pueda atribuirse la autoría o participación al recurrente, ni tampoco



los elementos subjetivos del tipo penal que, en ese hipotético caso, deberían concurrir. Por tanto, los hechos probados respecto de este delito serían atípicos con relación a Luis .

En segundo lugar, el delito por el que se condena al acusado es por no haber presentado la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio 1997, cuya cuota a ingresar debió ser de 76.888.884 pesetas (462.112 €). La empresa inicia su actividad el 1 de enero de 1997 y cesa oficialmente en la misma el 30 de junio de ese año.

En los hechos probados se asumen automáticamente, sin mayor explicitación, los números ofrecidos por la Agencia Tributaria pero -según la defensa- no se desarrolla ni se explica el origen de los mismos ni las bases concretas tenidas presentes para poder alcanzar esas conclusiones.

Argumenta la parte que la sentencia sigue los informes obrantes a los folios 9.927 y siguientes de las actuaciones (tomo 44). De acuerdo con ese informe, se desconoce, y la sentencia no lo aclara, por qué el actuario tan solo tiene en cuenta 26 facturas y por qué no computa los números 3, 8, 13, 14, 16, 19, 27 y 29, de las que tampoco existe constancia que figuren en el expediente. El importe total de estas 26 facturas de ventas asciende a 247.977.178 pesetas (1.490.373 €). De la información solicitada por el actuario a los posibles proveedores, tan sólo respondió uno, LUSA EXTREMEÑA, SL, indicando que había suministrado 552.588 litros a ZUVINSA, SL, por un importe de 24.493.095 pesetas - 147.206 €- (facturas 10 y 11/97).

Era necesario, pues, conocer los suministradores y proveedores a los que se solicitó la información, la fuente sobre la existencia de esos proveedores y no otros, si había agricultores, cuántos de ellos contestaron, si se han tenido en cuenta las posibles adquisiciones intracomunitarias, si se solicitó información a VINISUR, SA, por si había vendido o traspasado sus existencias a ZUVINSA, SL, entre otros elementos.

Por lo que, aplicándole el tipo impositivo del 35%, resultaría una cuota de 7.500.000 pesetas (49.076 €), muy lejos de los 15.000.000 (90.152 €) (actualmente 19.966.320 pesetas o 120.000€) para que pudiera ser considerado delito fiscal. El informe de la Hacienda Pública, seguido por la sentencia, solo se puede calificar -según la defensa- de irreal y exagerado, al pretender que, con unos ingresos de 248 millones de pesetas (1.490.510 €), se obtenga un beneficio de 220 millones de pesetas (1.322.227€) (80 % de margen), que ni tan siquiera se deben obtener en actividades ilícitas.

El error proviene, según la parte recurrente, de aplicar una estimación directa disponiendo de pocos datos, despreciando otros y teniendo que saber que ha de haber otros que se desconocen.

La parte cita al respecto los artículos 50 y 51 de la LGT de 1963 (artículo 53 LGT 2003), y acaba concluyendo que, de acuerdo con lo establecido en la ley, en esta situación solo cabía determinar la base imponible por estimación indirecta. La Agencia Tributaria, además de no cumplir con los requisitos que establece la LGT y al comprobar que los resultados obtenidos no eran los normales del sector, debió buscar otras alternativas y no lo hizo.

Por lo que antecede, la parte estima que la sentencia es absolutamente insuficiente en su raciocinio para poder fundamentar su tesis de condena respecto de este delito, debiendo estimarse el motivo y dictar sentencia absolutoria por estos hechos.

2. En la sentencia recurrida se argumenta para fundamentar la narración fáctica en los elementos del expediente relativo al impago del impuesto obrante en los folios 9927 y ss. del T. 44, acompañado de la correspondiente documentación acreditativa y del Informe de la Inspección Tributaria (firmado por el subinspector fiscal Sr. Constancio , f. 9928 y ss. del T. 44, ratificado en el acto del juicio oral), en el que se especifica toda la actividad investigadora seguida para la realización de la liquidación tributaria y de la cuota debida por la mercantil.

Recuerda el Tribunal que ZUVINSA se constituyó originariamente bajo la denominación societaria de UVANOSA SL, el 28 de junio de 1994. Los suscriptores de las participaciones sociales fueron el ahora recurrente, su hermana Maite y el padre de ambos, Luis María . En el mismo acto de constitución se acuerda nombrar administradores de la sociedad, como ya se dijo en su momento, a Luis María y al impugnante, quien, a partir del 16 de diciembre de 1996, ejerce como administrador único.

Con fecha 19 de diciembre de 1996 se adopta el cambio de denominación social de UVANOSA a ZUVINSA, y el cambio de domicilio social a Almendralejo. En la misma fecha se otorga poder a favor de Pedro Miguel .

Refiere el Tribunal sentenciador que de las actuaciones de comprobación e inspección llevadas a cabo a pesar de la incomparecencia del sujeto pasivo, resulta que ZUVINSA en el ejercicio 1997 obtuvo unos ingresos de 247.977.178 ptas (1.490.373 €), y unos gastos por importe de 28.294.652 ptas (170.054 €), lo que determinó una base imponible respecto del Impuesto sobre Sociedades de 219.682.526 ptas 1.320.319 €), y una cuota a pagar de 76.888.884 ptas, equivalente a 462.111,50 euros, deuda fiscal que no fue abonada.



El perito de la defensa, Sr. Elias , tachó de ilógicos e irreales por desmesurados los beneficios calculados en la liquidación tributaria (del 88 %), alegando que lo procedente en este caso de ausencia de datos tributarios es la realización de una estimación indirecta, disponiéndose de los datos necesarios a través de la policía judicial que llevó a cabo la investigación.

Sin embargo, estima el Tribunal de instancia que deben tenerse en cuenta las consideraciones de la Inspección de Hacienda, dada la incomparecencia de ZUVINSA desde el inicio hasta el final de las actuaciones inspectoras, por lo que la Inspección solicita todos los datos posibles con trascendencia tributaria relacionados con la actividad ejercida por el sujeto pasivo. Para ello se acudió a la identificación de clientes y proveedores del sujeto pasivo; se solicitaron datos con trascendencia fiscal de los agentes económicos; se sopesaron las subvenciones concedidas a ZUVINSA por parte de la Junta de Extremadura; y se remitieron requerimientos a organismos públicos y entidades financieras para determinar aquellos gastos de personal, tributarios y financieros que no contienen IVA.

Sobre esa base, se obtiene la información con la que se efectúa la liquidación tributaria, que se tiene por realizada correctamente de acuerdo a lo que dispone el artículo 50 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), que establece que la base imponible de los impuestos podrá determinarse bien por estimación directa, por estimación objetiva o, con carácter subsidiario, de forma indirecta, pudiendo en todo caso el obligado tributario haber aportado los datos en su momento, lo que no hizo, omisión que no invalida la liquidación tributaria efectuada por la Agencia Tributaria en el ejercicio de sus funciones inspectoras y de gestión tributaria atribuidas por ley.

3. Pues bien, en cuanto a la objeción que aduce la parte en la misma línea que en todos los supuestos precedentes de delito fiscal examinados en los fundamentos anteriores, cuando incide en que el mero hecho de ser administrador de una sociedad no es un dato suficiente para ser considerado autor de un delito fiscal, damos por reproducido lo ya dicho sobre el particular. De modo que, siendo correcto en sí mismo el argumento, no lo es en cambio su aplicación al caso concreto, a tenor de lo que se ha argumentado en el fundamento primero (apartados 4 y 5) y tercero de esta sentencia, máxime si se pondera el protagonismo del acusado en la administración de ZUVINSA ya desde junio de 1994.

De otra parte, y en lo que atañe a la metodología utilizada para averiguar la deuda tributaria y la cuota defraudada, es cierto que algunas sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal, como la de 18 de octubre de 2010 , después de advertir que la estimación directa de la base imponible, en principio, es la que mejor se ajusta a la capacidad económica real del sujeto pasivo y, por lo tanto, es a la que la Administración debe acudir en primer y preferente lugar, consideran como mínimo sorprendente encontrar casos en los que es el contribuyente el que reclama la aplicación del régimen de estimación indirecta, con base en sus propios incumplimientos, en este caso de presentación de datos requeridos. Se ha argumentado en la sentencia de 23 de julio de 2012 (Sala 3^a) que "La entidad recurrente sugiere en el escrito de interposición de este recurso que la Administración debió acudir a la estimación indirecta, ante las omisiones e irregularidades contables detectadas. La pretensión sorprende; primero, por su carácter inusitado, pues no cabe olvidar que el origen del problema se encuentra en sus incumplimientos; segundo, porque es contraria a la doctrina de esta Sala; y tercero, por la propia razón de ser de la estimación indirecta de bases, de marcado carácter subsidiario y última posibilidad a la que debe acudir la Administración cuando no tenga otra vía para la cuantificación del hecho imponible."

Desde tal perspectiva, es comprensible la alegación de la Abogacía del Estado cuando tilda de incoherente la postura del recurrente, en cuanto interesa la aplicación del régimen de estimación indirecta cuando ha sido dicha parte la que, por no aportar información, ha impedido obtener de forma más sencilla el conocimiento real y concreto de sus ingresos y gastos.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, es claro que tampoco puede reconvertirse la falta de colaboración del propio obligado tributario en una razón para no ahondar en la situación económico-fiscal del sujeto pasivo del tributo, hasta el punto de que se excluyan las investigaciones propias de la estimación indirecta como medio de aproximarse a cuáles son realmente los ingresos y los gastos de un ciudadano. Y mucho más cuando se halla en juego una condena penal en un supuesto en que la aplicación del procedimiento de estimación directa arroja unas cifras que han de considerarse irreales, extravagantes y anómalas en términos económicos, pudiendo así catalogarse de patentemente irrazonables.

Ello es lo que sucede en el caso aquí examinado, en que el resultado de la liquidación del impuesto de la entidad ZUVINSA, S.L., relativo al ejercicio de 1997, en el periodo correspondiente a los meses de enero a junio arroja un resultado, según la AEAT, de unos ingresos por ventas y obtención de subvenciones de 247.977.178 de pesetas (1.490.373 €), y unos gastos por compras de mercancías, personal, tributos y financieros de 28.294.652 de pesetas (170.054 €). Ello significa que la base imponible, a efectos del Impuesto de Sociedades sería de



219.682.526 de pesetas (1.320.319 €), lo que exigía un ingreso por este impuesto, que no realizó la sociedad, de 76.888.884 de pesetas 462.112 €).

La parte recurrente se queja, y no le falta razón, de que no se puede pretender que, con unos ingresos de 248 millones de pesetas (1.490.510 €), se obtenga un beneficio de 220 millones de pesetas (1.322.227€). Esto significa un margen de ganancia del 80 %.

En el escrito de recurso se alega que, aun sin computar todas las facturas de venta de vino, consta como vendido por ZUVINSA, SL, en el ejercicio de 1997 vino blanco por una cuantía de 3.227.507 litros y de mosto por 696.112 Kilos. Por tanto, para poder hacer esas ventas ha tenido que disponer o comprar estas cantidades, bien de vino o bien de uva. Sin embargo, el actuario, al que sigue la sentencia cuestionada, no considera que hubiera existencias iniciales, y en cuanto a las compras computa la adquisición de 552.588 litros de vino y de Mosto/Uva 0 Kilos.

En virtud de lo cual, considera la parte la situación descrita en la sentencia, con plena asunción de las conclusiones de la Agencia Tributaria, como irracional e incongruente, pues con la compra de 552.588 litros es claro que no se pueden vender más de 4.200.000 litros de vino. Datos a los que añade otra serie de gastos imprescindibles que no figuran en informe de la Agencia Tributaria. Y acaba haciendo un cálculo según el cual los gastos de explotación medios representan un 91,38 % de los ingresos, cifrando los márgenes brutos de ganancia en un 8,67 %.

Concluye arguyendo la parte que, ante unas cifras tan irrazonables como las obtenidas como resultado de la inspección, la Agencia Tributaria tenía que haber acudido a determinar la base imponible a través de una estimación indirecta, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley General Tributaria , proviniendo los errores de aplicar una estimación directa sin datos para ello.

4. En la sentencia de esta Sala 138/2003 , en la que también se examina la procedencia o adecuación de los métodos de estimación directa e indirecta para determinar la base imponible de un Impuesto de Sociedades, se afirma que, de acuerdo con el art. 50 LGT , la estimación indirecta está autorizada a los efectos de determinar la base imponible. Al efecto establece tres posibilidades, de las que la Inspección Tributaria parece haber utilizado las previstas en los apartados a) (datos relevantes) para la determinación de la suma correspondiente a las ventas y c) (supuestos similares o equivalentes) para determinar las cantidades relativa a compras y gastos. Mediante estos criterios la Agencia Tributaria ha establecido la base imponible y el impuesto que, de acuerdo con la estimación indirecta, el recurrente debía satisfacer. Consiguientemente, la determinación de la suma cuyo pago ha sido eludido se ha producido mediante datos que entran en consideración a partir de una valoración jurídica concreta, es decir, es preciso saber si los datos utilizados para establecer las ventas son "relevantes" y si los antecedentes poseídos por la Agencia para fijar las compras y gastos son "similares o equivalentes". Ambas cuestiones han sido el fundamento de la acusación y, por tal razón, son también objeto del derecho de defensa que prevé el art. 24. 2 CE .

La defensa -prosigue diciendo la sentencia 138/2003 - pretendía contradecir las cantidades fijadas como compras y gastos cuestionando el método utilizado por la Agencia Tributaria para establecer la similitud o equivalencia de las referencias a otros contribuyentes y la amplitud de la muestra de éstos que serviría para completar los datos necesarios para la estimación indirecta. Parece evidente -señala el Tribunal- que por el medio de prueba ofrecido se trataba, sobre todo, de impugnar los datos estadísticos obtenidos de un número de contribuyentes seleccionado y determinado sin contradicción alguna por la Agencia Tributaria; la defensa consideraba necesaria una muestra mayor. La confección de otra muestra era, en consecuencia, pertinente, y como prueba referente a cualquiera de los elementos que condicionan la punibilidad era un medio propio del juicio oral.

El Tribunal estableció en ese caso que, al pronunciarse sobre la prueba ofrecida, los Tribunales de instancia podrán ponderar, de acuerdo con criterios racionales que se deben exponer en la resolución, la cantidad de casos necesaria para contradecir las conclusiones de la estimación indirecta o los criterios de la selección de todos los casos que se deben incluir en la muestra que justifique la estimación indirecta. Y añadió que, sin perjuicio de lo dicho, es preciso tener en cuenta que frente a la pretensión de probar el delito fiscal mediante estimaciones indirectas, las precauciones que se deben observar en el proceso penal son extremas, dado que el derecho a la presunción de inocencia, que rige estrictamente en materia penal, requiere que toda condena penal se base en una prueba real de los hechos que son el fundamento de la culpabilidad jurídico-penal. Esta culpabilidad no es equivalente a la existencia de una deuda tributaria, que, como tal, puede ser establecida mediante criterios de presunciones previstas en el derecho fiscal, pero que no son automáticamente trasladables al derecho penal, donde el principio "in dubio pro reo" rige sin limitaciones y con frecuencia no puede ser satisfecho por medios de prueba puramente estadísticos. Culpabilidad jurídico-penal



y deuda tributaria son conceptos diversos y esta diversidad repercute de una manera notoria en el ámbito de la prueba de los hechos.

5. Pues bien, en el caso enjuiciado el art. 10 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dispone que la base imponible de ese impuesto estará constituida por el importe de la renta en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. Y añade a continuación que la base imponible se determinará por el régimen de estimación directa y, subsidiariamente, por el de estimación indirecta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

Establece después que en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

Por lo que se refiere a la Ley General Tributaria aplicable en el ejercicio 1997 es la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y en ella se establece (art. 47) que la determinación de la base imponible se puede determinar por estimación directa, estimación objetiva y estimación indirecta.

En el art. 50 preceptúa que cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos, o cuando los mismos ofrezcan resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora o incumplan sustancialmente sus obligaciones contables, las bases o rendimientos se determinarán en régimen de estimación indirecta utilizando para ello cualquiera de los siguientes medios: a) Aplicando los datos y antecedentes disponibles que sean relevantes al efecto. b) Utilizando aquellos elementos que indirectamente acrediten la existencia de los bienes y de las rentas, así como de los ingresos, ventas, costes y rendimientos que sean normales en el respectivo sector económico, atendidas las dimensiones de las unidades productivas o familiares que deban compararse en términos tributarios. c) Valorando los signos, índices o módulos que se den en los respectivos contribuyentes, según los datos o antecedentes que se posean en supuestos similares o equivalentes.

En vista de todo lo que antecede, y una vez ponderado que el resultado de la liquidación efectuada arrojaba en el caso enjuiciado unos resultados sustancialmente incoherentes e irrazonables en orden a los factores y criterios económicos que rigen en una empresa como la investigada, se hacía preciso ahondar en la indagación e inspección con el fin de aproximarse a los datos reales del tráfico económico y mercantil de una empresa de características similares, al resultar insuficiente el resultado obtenido para operar con él en el ámbito penal. Y ello porque si bien las presunciones establecidas para obtener unas recaudaciones acordes con la normativa fiscal pueden estar justificadas desde una perspectiva meramente tributaria, no puede decirse lo mismo cuando se pretende operar con las mismas cifras y procedimiento en el ámbito penal, donde las consecuencias jurídicas afectan a los derechos y valores básicos del ciudadano, lo que impide que se puedan dictar las condenas operando con presunciones que dejan abiertos amplios márgenes de incertidumbre sobre la premisa fáctica (en este caso fáctica/normativa) que integra el soporte de una sentencia penal.

El hecho de que el investigado no quiera colaborar con la Inspección Tributaria no justifica que el ostensible vacío probatorio que con ello se genere pueda llenarse en un proceso penal con juicios de inferencia incompatibles con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Las presunciones fácticas y jurídicas pueden cumplir en ciertos casos una función importante en el ámbito estrictamente fiscal para solventar los interrogantes generados en una investigación de esa índole, especialmente con respecto a un ciudadano que adopta la actitud reticente del silencio y del comportamiento omisivo. Ahora bien, ni esas mismas presunciones ni tampoco sus resultados pueden ser extrapolados a un proceso penal sorteando así veladamente las garantías del art. 24 de la Constitución, entre las que destaca en lo que aquí concierne el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por todo lo cual, es claro que en el presente caso no procede dictar una condena penal por el delito previsto en el art. 305 del texto punitivo, al no haberse constatado el sustrato fáctico de la norma penal que legitime un pronunciamiento condenatorio, vistas las incoherencias que se desprenden del resultado obtenido con la liquidación fiscal, una vez que es analizada desde una perspectiva económico empresarial.

Se estima así este motivo del recurso, lo que determina un fallo absolutorio a dictar en la segunda sentencia con respecto al delito fiscal que se trata en este apartado, referente al impuesto de sociedades correspondiente a la entidad ZUVINSA, ejercicio del año 1997.

El motivo por tanto se estima.

NOVENO. 1. En el motivo noveno, con sustento procesal en el artículo 849.1° de la LECrim, se denuncia la inaplicación del artículo 259.2 del Código Penal (conforme a la redacción vigente tras la entrada en vigor de la



lo 1/2015), en relación con el artículo 2º.2 del Código Penal, por entender que procede aplicar retroactivamente la ley penal más favorable.

Sostiene la defensa que el recurrente ha sido condenado por un delito de insolvencia punible, de acuerdo con la redacción vigente con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que rezaba del siguiente tenor: "El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre".

Sin embargo, en el momento de celebración del juicio oral, y del dictado de la sentencia hoy rebatida en casación, esto es, después del 1 de julio de 2015, ya regía el delito de insolvencia punible regulado en el artículo 259.2 CP, precepto que establece lo siguiente: "1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas:

1.ª Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

[...] 2. La misma pena se impondrá a quien, mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia".

En consecuencia, el comportamiento delictivo tipificado en el antiguo artículo 260 CP, conforme ha quedado anteriormente transcrito, preveía un marco penológico más desfavorable que el actual, por lo que se refiere a la pena privativa de libertad.

De otra parte, el artículo 2º.2 CP dispone que: "Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena".

Por todo lo anterior, considera la defensa que el motivo debe ser estimado al resultar aplicable, en todo caso, el art. 259.2 CP, que prevé un marco penológico más favorable para el recurrente.

2. La tesis que postula la defensa argumentando que resulta más favorable la aplicación de la última reforma del C. Penal (LO 1/2015, de 31 de marzo) carece de razón en el presente caso.

En efecto, la parte opera para defender su pretensión, según se acaba de exponer, con el nuevo art. 259.1 del C. Penal, al estimar que la conducta de insolvencia punible perpetrada por el recurrente ha de ser subsumida en ese precepto. Sin embargo, no procede aquí aplicar ese tipo penal básico sino el subtipo agravado regulado en el art. 259 bis.2ª del mismo texto legal, que prevé la imposición de una pena de dos a seis años de prisión y una multa de ocho a veinticuatro meses, cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.

Al descender al supuesto fáctico examinado se observa, según consta en la sentencia impugnada, que el recurrente ha ocasionado al Instituto de Crédito Oficial (ICO) un perjuicio de 1.803.036,31 euros. Ello determina que el precepto penal aplicable no sea el que cita la parte recurrente sino el 259 bis.2ª, que no resulta más favorable para el reo que el que se especifica en la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en la versión precedente del texto legal.

Siendo así, el recurso resulta inatendible.

DÉCIMO. 1. Por último, el motivo décimo lo destina el recurrente a denunciar la infracción de los arts. 24.1 y 25 de la CE en relación con el artículo 17: derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de legalidad y proporcionalidad en relación con el derecho a la libertad personal, con sede procesal en el artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aduce la defensa del acusado que la Audiencia, tras apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, no ha aplicado sus consecuencias para reducir el marco penal previsto en la norma punitiva, ni ha motivado el marco penal concreto en la imposición de las penas al ahora recurrente.

Se queja en especial de que la Audiencia no haya establecido los mínimos penológicos que el legislador ha previsto para los tipos delictivos aplicados, apartándose así de los criterios del Tribunal Constitucional y de la Sala de Casación sobre la motivación de la pena. Pues no se especifican en la sentencia las razones de la individualización punitiva, con mayor o menor extensión en función de las características del caso, y, especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores (SSTS 164/2006, de 22 de febrero; y 972/2016, de 21 de diciembre, entre otras).



Alega la defensa que en el fundamento quinto de la sentencia de instancia, en el epígrafe correspondiente a las "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal" se aplica la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada, sin que se concrete si el marco penal aplicable para cada uno de los ilícitos se reduce en uno o dos grados respecto del establecido por la ley, ex artículo 66.1.2ª CP .

Señala la parte que la Sala se limita a afirmar que "tiene en cuenta la petición expresa de las defensas penales que solicitaron la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas [...] con el carácter de muy cualificada, dada la gran dilación del procedimiento no imputable al comportamiento de las defensas. La dilación existente y la importancia temporal de ésta, según se alega, es objetiva y evidente, y aunque ciertamente la causa es compleja, esta dilación rebasa la proporcionalidad exigible, sin que sean perceptibles maniobras dilatorias u obstaculizadoras por parte de las defensas ni de los encausados más allá de los retrasos ocasionados consecuentes al ejercicio legítimo y razonable del derecho de defensa".

Subraya la defensa que el fundamento jurídico sexto de la sentencia, bajo el rótulo "penas imponibles", únicamente determina las penas a imponer a cada uno de los acusados, realizando una breve y genérica introducción de apenas seis líneas, pero sin fundamentar la individualización de la pena y su extensión. Se limita a decir que "El Tribunal, en atención a las circunstancias, objetiva gravedad de los hechos, relevancia de su participación delictiva, grado de culpabilidad apreciable en la conducta que les resulta imputable y circunstancias procesales concurrentes, que implican una desproporción en el tiempo de tramitación del procedimiento con el correspondiente desfase de la respuesta penal, considera adecuada las penas que se dirán". Y a continuación se señala que "[L]os hechos y los múltiples delitos están a caballo entre el CP TR de 1973 y el CP de 1995, en vigor desde 24 de mayo de 1996. El art 72 CP nos obliga a explicar el grado y la extensión de la pena".

Lo cierto es que el Tribunal a quo no hace referencia, ni siquiera de forma concisa, al grado, a la extensión de la pena y a las circunstancias tenidas en cuenta en relación a cada uno de los penados para su aplicación. La sentencia recurrida -prosigue diciendo la defensa- no motiva por qué se ha optado por imponer, dentro de los marcos penales aplicables en cada caso y para cada ilícito, determinadas penas de privación de libertad y la cuantía diaria (150 euros) de pena de multa, que es fijada en una cuantía absolutamente desproporcionada e injustificada, al no valorarse ni probarse la actual situación económica en la que se encuentra el recurrente.

Además, dentro de la ausencia de motivación, se desconoce si la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, considerada como muy cualificada, ha supuesto una reducción del marco penológico en uno o dos grados, conforme señala el artículo 66.6.2ª CP ; y ni siquiera se establece la duración de la pena accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

Por lo tanto, considera que deben reducirse las penas al mínimo previsto legalmente, habida cuenta de que los primeros hechos se remontan, de conformidad con el "factum", al año 1991.

2. Las objeciones que formula la parte recurrente albergan una dosis importante de razón, a tenor del grado de precariedad e insuficiencia que exhibe el apartado de motivación de la pena, exigüidad que acaba plasmándose en algunos errores ostensibles, toda vez que el caso concreto exigía además una atención especial en ese capítulo de la sentencia.

En efecto, la aplicación de algunos tipos penales que se hallan a caballo de los códigos penales de 1973 y de 1995 genera algunos problemas a la hora de determinar las penas y obliga a poner en el tema un especial cuidado. A ello ha de sumarse la dificultad de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Sobre este último extremo, se aprecia en la sentencia recurrida cierta opacidad e indeterminación al operar con la atenuante. En primer lugar, porque el argumento que la motiva no especifica como debiera si la Audiencia acoge la atenuante como muy cualificada ni tampoco si, en tal caso, considera que procede reducir la pena en un grado o en dos grados.

En el fundamento de derecho quinto de la sentencia se argumenta sobre ese particular lo siguiente: "La Sala tiene en cuenta la petición expresa de las defensas penales que solicitaron la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, bien fuera directamente por aplicación del nº 6 del art 21, en caso de aplicación del CP vigente o por analogía en caso de aplicación de la analógica del nº 10 del art 9 del CP del momento, con el carácter de muy cualificada, dada la gran dilación del procedimiento no imputable al comportamiento de las defensas. La dilación existente y la importancia temporal de ésta, según se alega, es objetiva y evidente, y aunque ciertamente la causa es compleja, esta dilación rebasa la proporcionalidad exigible, sin que sean perceptibles maniobras dilatorias u obstaculizadoras por parte de las defensas ni de los encausados más allá de los retaros (sic) ocasionados consecuentes al ejercicio legítimo y razonable del derecho de defensa".



El Tribunal no expresa, pues, con la debida claridad si aplica la atenuante como ordinaria o como muy cualificada, si bien, tal como sostiene el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, todo apunta a que la aplica como muy cualificada. En primer lugar, porque afirma que la dilación existente y su importancia temporal son objetivas y evidentes, con lo cual da a entender que acoge la tesis y los argumentos de la parte recurrente. Y en segundo lugar, porque en el fundamento sexto, al referirse a la pena imponible al recurrente Pedro Miguel con respecto al delito fiscal del ejercicio del año 1994, afirma que procede operar "igualmente con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada". Ello significa, lógicamente, que se ha apreciado con la misma cualificación para todos los delitos y todos los recurrentes.

Sin embargo, debió exponerlo expresamente así en todos los casos, tanto en los fundamentos de derecho como en el fallo. Y desde luego resultaba totalmente imprescindible que se concretara también si la pena la reducía el Tribunal en un solo grado o en dos, para cumplimentar lo que se dispone en el art. 66.2ª del C. Penal actual, o, en su caso, lo que determinaba el C. Penal de 1973 (art. 61.5ª).

Igualmente, el Tribunal debió también especificar cuál era la horquilla punitiva con que había de operarse en cada uno de los tipos penales aplicables, para después proceder a realizar la individualización en cada uno de los supuestos, máxime atendiendo al grado de complejidad que concurre en algunos de los supuestos punitivos.

Ante las referidas omisiones, y vistas las penas que se impusieron en la mayoría de los supuestos enjuiciados, ha de entenderse que la Sala de instancia operó con la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y con la reducción de la pena en un grado, criterio con el que también opera la acusación pública en el escrito de recurso que presentó, referido únicamente a la impugnación del apartado punitivo de la sentencia recurrida.

3. Centrados ya en el examen de la cuantificación de las penas correspondientes al recurrente Luis , y comenzando por el delito de insolvencia punible (del continuado de estafa ha resultado absuelto en esta instancia), al acusado se le impuso una pena de dos años de prisión y una multa de doce meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros, con arreglo al art. 260 del C. Penal anterior a la reforma de 2015.

La pena privativa de libertad que se contemplaba en ese precepto era la de 2 a 6 años de prisión. Por lo tanto, la pena correspondiente al grado inferior es la de 1 año a 2 años menos un día. Visto lo cual, la pena ha de ser fijada en este caso en un año de prisión. Y en lo que respecta a la pena de multa (comprendida entre 8 y 24 meses), se fija ahora en cuatro meses (la horquilla abarca de 4 a 8 meses menos un día), manteniéndose la misma cuota diaria de multa, dada la profesión de empresario del acusado, profesión que sigue ejercitando actualmente, según se desprende del contenido de las actuaciones.

En lo que atañe a los cuatro delitos contra la Hacienda Pública por los que fue condenado (dos con arreglo al art. 349 del C. Penal de 1973 y los otros dos conforme al art. 305 del C. Penal de 1995), se le impuso por la Audiencia una pena por cada uno de los dos primeros de un año de prisión menor y una multa de 1.359.791 euros y 1.141.744 euros, respectivamente, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Y por los dos delitos fiscales correspondientes al C. Penal de 1995, la pena por cada uno de ellos de un año de prisión y multas de 306.877 euros y 924.223 euros, respectivamente (duplo de la cuantía defraudada), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Las penas privativas de libertad llevaban consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

Ahora procede imponer en lo atinente a cada uno de los delitos relativos al C. Penal de 1973 una pena inferior en un grado a la de prisión menor; es decir, una pena de arresto mayor, lo que genera una horquilla comprendida entre un mes y un día y seis meses de arresto mayor, una multa de la mitad al tanto de la cuota defraudada, y de un año, seis meses y un día a tres años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

Así las cosas, ahora se le impondrán al recurrente por cada delito una pena de un mes y un día de arresto mayor; una multa de la mitad de la cuota defraudada, es decir: 339.948 euros y 285.436 euros, respectivamente; y una pena de 2 años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

En lo que atañe a los dos delitos fiscales subsumibles en el art. 305 del C. Penal de 1995 , a tenor de lo que se ha argumentado en los fundamentos séptimo y octavo de esta sentencia, procede ahora dictar un fallo



absolutorio, lo que evita entrar en el cálculo de las penas que podrían imponerse con respecto a la sentencia de instancia.

Se estima, pues, parcialmente este último motivo, y también parcialmente el recurso de casación de esta parte, con declaración de oficio de las costas de la casación (art. 901 LECrim).

B) Recurso de Candida

UNDÉCIMO. 1. En el motivo primero, al amparo del artículo 852 de la LECrim , se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución por falta de motivación, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

Recuerda la parte recurrente que la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condena a doña Candida como cómplice de un delito de insolvencia punible (art. 260.1 del CP , en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015), con la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 6 meses de prisión y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

En el hecho primero (pág. 17) se narra que el control del grupo empresarial se ejercía directa y principalmente por el fundador, Luis María , y, desde su incorporación a las empresas familiares, también por su hijo Luis , adquiriendo una intervención creciente a lo largo de la cronología de los hechos. Candida , cónyuge del fundador, sin tener intervención activa en la gestión de las empresas del grupo, participó de forma pasiva en los actos desarrollados por aquél.

Por tanto, señala la parte recurrente que de este primer apartado se desprende que la conducta criminal de doña Candida se funda en ser la "cónyuge del fundador", pero no se trataba de una conducta "activa", sino "pasiva", y que, por tanto, se le atribuiría un comportamiento típico de carácter omisivo.

En el segundo apartado de hechos (pp. 26 a 32 de la sentencia), se le atribuye a la recurrente una conducta activa por haber "gravado" con garantía hipotecaria, junto con su fallecido marido, don Luis , tres fincas de las que eran titulares, añadiéndose que estas operaciones -según la defensa- se llevaron a cabo "con la misma finalidad", desconociéndose a qué propósito se refiere. Se le atribuye haber constituido la entidad Grupo Arnoya S.L., sin concretar si la conducta penalmente reprochable se le atribuye a título omisivo o activo.

La parte reitera la falta de motivación de la sentencia, señalando que en el fundamento jurídico tercero, letra E) (pp. 83 a 93 de la sentencia), se vierte una escueta argumentación sobre la razón por la que fue considerada cómplice de la conducta delictiva de los principales autores, sin que se especifique el contenido incriminatorio de las pruebas y en qué sentido implican a la ahora recurrente. Solo se hacen meras referencias de paso y sin explicación alguna relativas a los "informes de la policía judicial actuante", "la documentación anexa", "las propias declaraciones de los acusados que ofrecen en el acto de la vista versiones exculpatorias, pero no verosímiles, que se desdican sin explicación de lo declarado en la fase de instrucción", "de la propia testifical de los testigos de cargo y de la defensa". Pero no se especifica nada en relación al resultado probatorio y en qué forma los medios de prueba implican a la acusada en los hechos. Pues, según la defensa, ni los coacusados ni ninguno de los testigos que depusieron en el acto del plenario la incriminaron. Los que la conocían era por el mero hecho de ser la esposa de Luis María , descartando rotundamente que hubiera tenido participación alguna en las operaciones mercantiles descritas en el "factum".

Resalta la parte recurrente que Doña Candida , como depuso en el acto del juicio, se dedicó a ser ama de casa y a atender a su familia tras contraer matrimonio, con apenas 20 años de edad, con el Sr. Luis María . Jamás intervino en las empresas fundadas por éste, carecía de poder de dirección y control, y su difunto marido jamás le informó de nada relativo a las cuestiones contables, patrimoniales ni de ningún otro género, del grupo empresarial. Los escasos documentos que suscribió lo hizo cuando se los puso a la firma el Sr. Luis María , sin conocer su contenido ni preocuparse por él. A los acusados don Sebastián y a Abelardo no los conoció hasta el acto del juicio oral, y a don Pedro Miguel solo lo vio en dos o tres ocasiones.

El 15 de marzo de 1983 suscribió un poder notarial otorgando a su marido las más amplias facultades de administración y disposición de sus bienes. El conocido como "poder de ruina", en este caso a favor de su esposo, que era quien firmaba por ella en todos los trámites referidos en el relato de hechos (folios 7.519 a 7.521 de la causa, tomo 35). Esta circunstancia fue la que ha motivado que se encuentre acusada y sometida al presente procedimiento penal desde hace casi 20 años.

En la escritura de préstamo concedido por el ICO a Luis María , éste intervino en nombre y representación de su esposa, doña Candida . Asimismo consta a los folios 12.889 a 12.901 (tomo 51) que aquél, a través del repetido poder de ruina, intervino en nombre y representación de su esposa el 14 de octubre de 1994



(hecho recogido también en el factum), cuando constituyeron la sociedad Grupo Arnoya, SL con un capital social de 500.000 pesetas (3005 €). Todas las operaciones mercantiles y empresariales que se le atribuyen se materializaron, según la defensa, por don Luis María a través del repetido poder absoluto de representación, según aduce la defensa.

Estima por tanto la defensa que ha sido condenada a pesar de reconocerse que, en todo caso, su participación fue pasiva y secundaria, que sólo era conocedora de aspectos generales y que cooperó con aportación de elementos no imprescindibles ni necesarios para el resultado final, siendo su actividad de carácter residual e innecesaria.

Y concluye alegando que no existe, por tanto, respecto de la Sra. Candida una explicación o discurso lógico del proceso intelectual llevado a cabo por el tribunal a quo para sustentar la condena hoy rebatida, ni se efectúa una valoración de la prueba practicada en el acto del plenario que la justifique. La única consecuencia lógica hubiera sido, pues, dictar una sentencia absolutoria, por ser evidente su absoluta desvinculación del objeto del procedimiento.

2. Los apartados de los hechos declarados probados que afectan a la acusada, según se aprecia en la sentencia recurrida, son los que reproducimos a continuación.

En el hecho probado primero se afirma que VINISUR, SA., la mercantil Vinícola del Suroeste SA (en adelante también VINISUR), se constituyó el 17 de septiembre de 1979. Su objeto social era la actividad de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general; la fabricación de alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados; etc. Desde el 15 de noviembre de 1985 se fijó su domicilio social en Almendralejo (Badajoz). El 19 de enero de 1984 se confirieron poderes al acusado Pedro Miguel . El 11 de julio de 1985 el Consejo de Administración delegó todas sus facultades en Luis María , imputado desde el inicio de este procedimiento y fallecido el día 10 de agosto de 2009. El 25 de mayo de 1992 se le nombra administrador único de VINISUR. El 13 de abril de 1993 se otorgan nuevamente poderes a favor de Pedro Miguel . En la Junta de Accionistas de 30 de Septiembre de 1.994 se acuerda el cese del anterior administrador y se nombra administrador único a Luis .

"El Grupo Arnoya, grupo o holding empresarial familiar, del que forma parte VINISUR, fue fundado y presidido por el fallecido Luis María desde el año 1960. Estaba integrado por las siguientes empresas: Arnoya Financiera SL, Aguas de Sousa SA, Arnoya Congelados SA; la Patena SA - ex Cava Fin de Siglo SA y hoy Viña Doval SA, Uvanosa SL que cambió posteriormente a Zumos y Vinos SL (conocida como ZUVINSA), Arnoya Posada SA, Rectoral Amandi SA, Cosecheros del Vino de Ribeiro SL, Promotora Marin SA, Residencial Campo de Santiago SA, Residencial Ribadavia SA, Valdamor SA, Viajes Compostela SA, Autos González SL, Autocares González SL, Fondos Galicia Dos SA, Gallega Lusa de Bebidas, Industria de la Uva SA, Leche Celta SA, Montealegre Club de Golf SA, Bodegas Arnoya (nombre comercial de Luis María en cuanto comerciante individual), Arposa SA, Grupo Arnoya SL, Arpon SA y Arnoya Agrícola SA., todas ellas dirigidas y controladas, incluso en los aspectos contables, desde las oficinas centrales conocidas como "La Torre".

"El control se ejercía directa y principalmente, por el fundador Luis María y, desde su incorporación al grupo empresarial familiar, también por su hijo Luis , adquiriendo una intervención creciente a lo largo de la cronología en la que se extienden los hechos. También Candida , cónyuge del fundador, la cual sin tener intervención activa en la gestión de las empresas del grupo, participó de forma pasiva en los actos desarrollados por aquél, en la forma en cómo se dirá después".

En el hecho probado sexto (pp. 26 a 32) se expresa lo siguiente: Luis María , en su condición de comerciante individual y como administrador primero único y después como administrador de hecho tras el nombramiento de su hijo - Luis - como administrador de VINISUR, este último plenamente conocedor de estos hechos, de sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil propia y de su sociedad, así como de la previsible iniciación de un procedimiento administrativo que pudiera dar lugar a la devolución de las subvenciones hasta el momento obtenidas, con ánimo de eludir el pago y defraudar el legítimo derecho de sus acreedores, comenzó a realizar una serie de actos de disposición, con la colaboración del resto de los acusados, con el fin último de despatrimonializar VINISUR y ocultar sus bienes.

Con fecha 7 de septiembre de 1994 Luis María , en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su cónyuge Candida firma escritura de préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial por importe de 300 millones de pesetas (1.803.036 €), destinado al reembolso o pago de los siguientes créditos y préstamos: póliza de crédito n° NUM028 del Banco de Santander por 75 millones de pesetas (450.759 €); póliza de crédito NUM029 de Caixa Vigo por 147 millones de pesetas (883.488 €); póliza de préstamo NUM030 de la misma entidad por 38 millones de pesetas (228.385 €); y póliza n° NUM031 del Banco Central Hispano por 40 millones de pesetas (240.405 €).



En garantía del cumplimiento del préstamo, VINISUR, que no era prestataria y en cuya representación intervino Luis María , constituye hipoteca como hipotecante no deudora a favor del ICO sobre las siguientes fincas de su propiedad: finca NUM032 , libro NUM033 , tomo NUM034 , del Registro de la Propiedad de Almendralejo; finca NUM035 , libro NUM036 , tomo NUM037 , del Registro de la Propiedad de Almendralejo; y finca NUM038 , libro NUM036 , tomo NUM037 del Registro de la Propiedad de Almendralejo.

El crédito resultó impagado, de modo que, tras el correspondiente procedimiento judicial sumario, las fincas fueron adjudicadas al ICO. Luis María y su esposa, la acusada Candida , con la misma finalidad, gravaron con hipoteca los bienes inmuebles de los que eran titulares, en garantía de préstamos concedidos por entidades financieras. Bienes que se especifican en este apartado de la sentencia.

El 14 de octubre de 1994, con un capital social de 500.000 ptas (3.005 €), se constituye por Luis María y su cónyuge Candida la sociedad Grupo Arnoya SL, de la que ambos se nombran administradores solidarios.

Y en la motivación de la autoría de los acusados, en el fundamento cuarto de la sentencia, se argumenta con respecto a la ahora recurrente que la Audiencia, según ya se transcribió supra, "aunque perfectamente consciente del papel secundario y pasivo de la encausada Candida , no obstante considera que por su formación e incluso actividad empresarial propia a la que se dedica en la actualidad y por su presencia física o por representación expresamente conferida por ella, que nunca revocó, en varias significativas operaciones que desembocaron en la insolvencia patrimonial punible descritas, era conocedora al menos en aspectos generales, pero en suficiente medida, del devenir de grupo económico familiar y del artificio económico y financiero que se estaba gestando, construido con fines de ocultar el patrimonio empresarial familiar, sin que por su parte hiciera nada para evitarlo, cooperó en los hechos mediante la aportación de elementos no imprescindibles, en el sentido de que no son considerados necesarios para el resultado final, o al menos su actividad tiene un carácter secundario en la conformación del hecho punible dominado por otros".

3. La parte recurrente, a pesar de que la acusada intervino en numerosas operaciones jurídicas -en la mayoría de los casos a través de los poderes que concedió al máximo responsable de la empresa, su esposo ya fallecido, Luis María -, pretende a través de su escrito de recurso constatar que Candida desconocía las operaciones que su marido hacía en su nombre mediante los poderes que le concedió, por lo que no estaría al tanto del vaciamiento patrimonial del Grupo Arnoya, integrado por numerosas empresas pertenecientes a la familia que componían con ella su esposo y sus hijos.

Entre las numerosas operaciones jurídicas en las que figuraba la acusada destacan la suscripción de la escritura de préstamo concedido por el ICO por la suma de 300 millones de pesetas (1.803.036 €), en la que intervino representada por su marido; las hipotecas constituidas por el matrimonio sobre importantes bienes de los que eran titulares a través del patrimonio conyugal; la constitución con su marido de Grupo Arnoya; y la transmisión de la propiedad de algunos bienes inmuebles con el fin de despatrimonializar a las sociedades del grupo y evitar que su patrimonio fuera ejecutado por el Estado y otros acreedores.

La recurrente trata de excluir su responsabilidad penal en todas las operaciones en las que figura su intervención -directa o por representación de su esposo- con el argumento más o menos explícito de que su rol en el grupo familiar era el de una mera ama de casa alejada de cualquier clase de negocio empresarial y carente de todo conocimiento sobre lo que se tramaba y ejecutaba. Sin embargo, ese argumento exculpatorio no ha convencido al Tribunal de instancia, que fue quien practicó la prueba y escuchó las diferentes versiones de los acusados y de los testigos. Por lo cual, acabó concluyendo que por su formación e incluso actividad empresarial propia a la que se dedica en la actualidad y por su presencia física o por representación expresamente conferida por ella en varias significativas operaciones descritas que desembocaron en la insolvencia patrimonial punible, conocía al menos en sus aspectos generales, en suficiente medida, el devenir de grupo económico familiar y el artificio económico y financiero que se estaba gestando, construido con fines de ocultar el patrimonio empresarial familiar, sin que por su parte hiciera nada para evitarlo.

La parte recurrente objeta que no se ha concretado cuál era la formación profesional de la acusada, a que se refiere de forma indefinida la sentencia impugnada. Sin embargo, alguna de las acusaciones (ASEFA, S.A.) sí da cuenta en sus alegaciones de que la formación profesional a que se refiere el Tribunal es la titularidad de profesora mercantil, tal como admitió tanto en su declaración de la fase de instrucción (folio 3869 de la causa) como en la vista oral del juicio. Por lo cual, no resulta factible admitir que se trate de una persona que carezca de conocimientos mercantiles y financieros, que le permiten actualmente desempeñar la función de gerente en una empresa de cosméticos propiedad de sus hijos.

También se contrapone a la tesis del rol de ama de casa el hecho de que fue la única miembro del órgano de administración de la entidad VINISUR, S.A., que no era consejero, sino que desempeñaba el cargo de Secretario del Consejo de Administración, función que ejerció hasta el 25 de mayo de 1992, y en la que suscribe en su condición de Secretaria algunas de las actas de las juntas de esa sociedad (folios 1567 y 1569 de la causa).



Asimismo, suscribió informes de gestión y memoria correspondientes a las cuentas anuales de VINISUR (folios 1549 a 1566, y 1591 a 1593 de la causa). E igualmente se le atribuye la función de administradora de la empresa del grupo Aguas de Sousas, S.A. (folios 2738 y 2758).

Por consiguiente, constan en la causa datos suficientes para avalar la convicción del Tribunal de instancia en el sentido de que la acusada conocía, consentía y asumía la conducta que se estaba llevando a cabo por los integrantes del grupo empresarial familiar con el objetivo de despatrimonializarlo, y que por tanto su intervención ya sea directa o ya por la autorización que le otorgaba a su marido para culminar las diferentes operaciones fraudulentas, tenía una intervención en los hechos que la sentencia recurrida considera accesoria o secundaria, pero en todo caso suficiente para incardinarla en el tipo penal de insolvencia punible por el que fue condenada en la condición de cómplice.

Así pues, el motivo se desestima.

DUODÉCIMO. 1. En el motivo segundo, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECrim, impugna la defensa de la acusada la aplicación del artículo 260 CP, en su redacción anterior a la reforma de marzo de 2015, respecto de doña Candida

Argumenta la parte recurrente que ni en el "factum" ni en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se describe la existencia de un concierto previo de doña Candida con su esposo y el resto de los acusados para despatrimonializar las sociedades del denominado Grupo Arnoya con el fin de ocultar bienes a sus acreedores.

Alega también que no se individualiza en el relato fáctico de la sentencia que la acusada tuviera expreso conocimiento de la supuesta actuación delictiva urdida por su difunto marido, don Luis María, y que la misma, por tanto, conociera que alguna de las operaciones mercantiles que se le atribuyen tuviera como propósito vaciar las empresas del grupo y, por tanto, evitar que los acreedores cobraran sus créditos. Y cita después para apoyar su versión la sentencia de esta Sala 1359/2005, de 18 de noviembre, aduciendo que en ella se prevé, expresamente, que no es suficiente "el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos".

Después alega que la Sala de instancia hace referencia a conductas omisivas y no activas, por lo que su intervención como cómplice se entendería perpetrada en su modalidad pasiva.

A continuación vuelve a describir extensamente la defensa los hechos declarados probados en los que figura que intervino la acusada, relato fáctico que ya consta plasmado en los fundamentos precedentes de esta resolución, alegando de nuevo, como ya hizo en el motivo anterior, que no intervino directamente en los episodios jurídicos principales que se reseñan en la sentencia como encauzados a despatrimonializar fraudulentamente el grupo empresarial familiar, ya que fue su esposo el que intervino en nombre de la acusada, desconociendo ésta la trama delictiva y el objetivo que perseguía.

E igualmente aduce en la misma línea argumental exculpatoria que tampoco consta acreditado en el caso de doña Candida el elemento objetivo del tipo, es decir, que las conductas atribuidas a la misma -que en cualquier caso fueron formalizadas por su esposo, en su nombre y representación-, tuvieran la entidad suficiente para provocar la supuesta situación de insolvencia descrita, y que condujo a la declaración de quiebra de VINISUR en el año 1998, así como que esa irrelevante actuación, haya sido la causante de la situación de crisis o de insolvencia.

Y acaba esgrimiendo la parte que el carácter omisivo de la conducta de la acusada, así como la accesoriadad y secundariedad de los actos que realizó su marido en su nombre no permiten sustentar jurídicamente su intervención como partícipe en los hechos.

2. Como puede fácilmente comprobarse, las consideraciones que vierte la parte en este motivo más que referirse al error del juicio de subsunción del Tribunal de instancia por aplicar indebidamente el art. 260 del C. Penal (redacción anterior al año 2015), se dirigen realmente a cuestionar de nuevo los hechos declarados probados y por tanto el sustrato fáctico del tipo penal y no la interpretación jurídica de la norma que lo contempla.

Por consiguiente, se hace preciso ahora dar por reproducido todo lo que se dijo en el fundamento precedente sobre los indicios concurrentes acerca de que la acusada sí conocía el proyecto de despatrimonialización que la familia estaba llevando a cabo en el grupo empresarial, así como la colaboración que prestaba a la conducta de su marido a través de los poderes que le otorgaba. Y ello porque, siendo necesaria la autorización de la recurrente para que se pudieran formalizar y llevar adelante las operaciones jurídicas fraudulentas, dio su plácet



al fallecido y a su hijo Luis para que el proyecto pudiera seguir su desarrollo. Y es que no puede obviarse que la acusada, aunque fue condenada como mero cómplice, tenía en algunos aspectos cierto dominio negativo de la realización del proyecto fraudulento familiar, dado que negando su autorización para ejecutar las operaciones jurídicas nucleares impediría o bloquearía parcialmente el desarrollo del plan.

Las referencias que hace la recurrente a la inexistencia de dolo directo en su conducta y a la insuficiencia del dolo eventual ya fueron respondidas al tratar del recurso de Luis . Allí se advirtió de que la forma gradual y premeditada en que se fue alejando el patrimonio empresarial desde la entidad matriz hacia empresas aparentemente ajenas al grupo, el otorgamiento para tales fines de contratos de arrendamiento simulados, junto con la cualificación profesional del recurrente Luis y la privilegiada posición que ocupaba en el entorno familiar que controlaba el grupo de empresas, abocaban necesariamente a concluir que conocía la relevancia de sus intervenciones para despatrimonializar las entidades que administraba y que quería el resultado patrimonial que se buscaba con el otorgamiento de los contratos. No podía, pues, cuestionarse que actuó con el dolo que exige el tipo penal.

Esos argumentos son ahora extrapolables a la conducta de la recurrente, pues la forma planificada, sinuosa, simulada y sesgada que se aprecia en el encadenamiento de las distintas operaciones jurídicas, permite hablar de la urdimbre propia de una trama proyectada y ejecutada con un fin defraudatorio concreto, poco conciliable desde luego con el concepto de dolo eventual y muy fácilmente insertable en cambio en el dolo directo.

Y en lo que concierne al cuestionamiento del elemento objetivo de la complicidad en el delito del art. 260 del C.Penal , conviene recordar que la conducta de la acusada, según se expone expresamente en la sentencia recurrida, tuvo unos aspectos omisivos y otros activos. Y que, tal como se reseñó en su momento, sus conocimientos profesionales, su inserción de pleno en el ámbito familiar, su proximidad a los hechos delictivos, el conocimiento de las operaciones para las que otorgaba sus poderes y la relevancia de éstos para que los actos delictivos se llevaran a cabo impiden excluir el elemento objetivo de la complicidad que cuestiona la defensa.

En consecuencia, el motivo resulta inviable.

DECIMOTERCERO. 1. Bajo el ordinal tercero, articulado por el cauce procesal del 849.1º de la LECrim, se reprocha la inaplicación del artículo 259.1 y 2 del Código Penal (conforme a la redacción vigente tras la entrada en vigor de la LO 1/2015), en relación con el artículo 2º.2 del Código Penal , dada la procedencia en el caso de la retroactividad de la ley penal posterior como más favorable.

Sostiene aquí la defensa que, habiendo sido condenada Doña Candida por un delito de insolvencia punible con arreglo a la redacción vigente (y más desfavorable) previa a la reforma operada por la LO 1//2015, de 30 de marzo, debió aplicarse en el caso el nuevo art. 259.1 y 2 del C. Penal , por imponer una pena inferior (de 1 a 4 años de prisión) que el anterior art. 260 del texto punitivo, que le fue aplicado a la ahora recurrente.

2. La cuestión suscitada ya ha sido planteada por el acusado Luis y rechazada en el fundamento noveno de esta sentencia de casación, al considerarse que la aplicación del nuevo texto legal no beneficiaba al acusado una vez que se comprobaba que en el art. no procedía aplicar el nuevo art. 259 sino el subtipo agravado del art. 259 bis. Nos remitimos, pues, a todo lo que allí se razonó y dirimió en sentido desestimatorio sobre el tema de la retroactividad, evitando así incurrir ahora en argumentaciones reiterativas y superfluas.

El motivo por tanto no puede prosperar.

DECIMOCUARTO. 1. Por último, en el motivo cuarto invoca la parte, bajo la cobertura procesal del art. 852 de la LECrim , la infracción de los artículos 24.1 y 25 de la Constitución en relación con el artículo 17, del derecho a la tutela judicial efectiva y de los principios de legalidad y proporcionalidad en relación con el derecho a la libertad personal.

Aduce la defensa de la acusada, argumentando en términos asimilables a los utilizados en el motivo décimo del recurrente Luis , que la Audiencia, tras apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, no ha aplicado sus consecuencias para reducir el quantum punitivo previsto en la norma, ni ha motivado el marco penal concreto en la imposición de las penas a la ahora recurrente.

Este aspecto de la sentencia de instancia también ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso.

Se queja la defensa de que la Audiencia no haya establecido los mínimos penológicos que el legislador ha previsto para los tipos delictivos aplicados, apartándose así de los criterios del Tribunal Constitucional y de la Sala de Casación sobre la motivación de la pena. Pues no se especifican en la sentencia las razones de la individualización punitiva, con mayor o menor extensión en función de las características del caso, y,



especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores (SSTS 164/2006, de 22 de febrero ; y 972/2016, de 21 de diciembre , entre otras).

Alega la defensa que en el fundamento quinto de la sentencia de instancia, bajo el epígrafe de las "circunstancias modificativas de la responsabilidad penal", se aplica la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada, sin que se concrete si el marco penal aplicable se reduce en uno o en dos grados respecto del establecido por la ley, ex artículo 66.1.2ª CP .

El fundamento jurídico sexto de la sentencia, bajo el rótulo de "penas imponibles", únicamente se determinan las penas a imponer a cada uno de los acusados, realizando una breve y genérica introducción de apenas seis líneas, pero sin fundamentar la individualización de la pena y su extensión.

La sentencia recurrida -prosigue diciendo la defensa- no motiva por qué se ha optado por imponer, dentro de los marcos penales aplicables en cada caso y para cada ilícito, determinadas penas de privación de libertad y la cuantía diaria (150 euros) de pena de multa, cuantía absolutamente desproporcionada e injustificada, al no valorarse ni probarse la actual situación económica en la que se encuentra la acusada.

Y especifica que a Dª Candida se le impone la pena de seis meses de prisión y una multa de doce meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados, sin determinarse durante cuánto tiempo.

La sentencia recurrida no motiva por qué se ha optado, dentro de los marcos penales aplicables en cada caso y para cada ilícito por imponer a la hoy recurrente la pena privativa de libertad de seis meses, y la pena de multa de doce meses, a razón de 150 euros diarios, cuantía valorada por la parte como absolutamente desproporcionada e injustificada, al no ponderarse ni probarse la actual situación económica en la que se encuentran mi representada.

Además, se desconoce si la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, ha supuesto una reducción del marco penológico en uno o dos grados, conforme señala el artículo 66.6.2ª CP ; y ni siquiera se determina, de acuerdo con el marco penal abstracto previsto en el artículo 40.1 del texto penal sustantivo, la duración de la pena accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

A la vista de las penas impuestas a doña Candida , por aplicación del marco penal del artículo 260 CP , la pena de prisión se le redujo en un grado (seis meses) y la pena de multa no fue reducida en ningún grado (doce meses).

En consecuencia, no existiendo motivación alguna al respecto, la pena que se le debe imponer a la hoy recurrente, dadas las circunstancias concretas del caso, que constan expuestas en la sentencia, y sopesando que los hechos atribuidos a la misma se remontan al año 1994 (hace 23 años), debe ser la mínima legalmente prevista; a saber: tres meses de prisión y un mes de multa (en caso de que se aplique el artículo 260 CP); o, pena de un mes y 15 días de privación de libertad y multa de un mes (en caso de que se estime el motivo décimo tercero).

2. En el fundamento décimo de esta resolución ya se pusieron de relieve las insuficiencias e infracciones que se apreciaban en la determinación e individualización de las penas, tanto en lo que respecta a su motivación como a la cuantificación de la penas aplicables, argumentos que ahora deben tenerse por reproducidos en lo referente a las directrices que en ellos se marcaban.

La recurrente fue condenada como cómplice de un delito de insolvencia punible, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de 6 meses de prisión y multa de 12 meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

Por lo tanto, al ser condenada la acusada como cómplice y apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, procede aplicar a la recurrente la pena inferior en dos grados. Ello significa que la horquilla punitiva debe comprender un mínimo de 6 meses de prisión y un máximo de 1 año menos un día de prisión. Y en cuanto a la pena de multa, un mínimo de 2 meses de multa y un máximo de 4 meses menos un día.

Así pues, aplicando la cuantía mínima del marco legal concreto, corresponde imponer a la acusada una pena de 6 meses de prisión y una multa de 2 meses, con una cuota diaria de 150 euros en caso de impago.



En la cuantificación de la cuota diaria se pondera la condición de la acusada de gerente de una empresa de productos cosméticos. Se mantiene, pues, la cuota diaria establecida en la sentencia de instancia.

Y en lo que se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados, su duración será durante el tiempo correspondiente a la pena privativa de libertad, dada su naturaleza de pena accesoria.

Se estima así parcialmente el último motivo de impugnación y también parcialmente el recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de LECrim).

C) Recurso de Sebastián

DECIMOQUINTO. 1. Con el fin de seguir un orden metodológico procesal que facilite el estudio de los problemas suscitados y que propicie al mismo tiempo una mayor claridad expositiva para la intelección de la sentencia, se posterga el examen del primer motivo para analizarlo cuando, si procediera, se dirima el motivo octavo, que tiene relación con el primero, al referirse ambos a la motivación y determinación de la pena, dando ahora prioridad a la cuestión probatoria que se suscita en el motivo segundo.

Comenzando, pues, por el examen del motivo segundo, en él invoca la defensa del recurrente Sebastián , al amparo de los artículos 852 de la LECrim y 5.4º de la LOPJ , la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 de la Constitución , que, respectivamente, amparan los derechos de acceso a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, en directa relación con la imputación al recurrente de la comisión de un delito de estafa agravada.

La defensa considera que la sentencia recurrida incurre en una infracción de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución , al haber sido condenado el acusado Sebastián como reo de un delito de estafa agravada, sin que de la prueba practicada en las actuaciones se deriven los más mínimos indicios probatorios que permitan constituir ese título de imputación por el que ha sido condenado. La racional interpretación de este motivo requiere, en régimen intrasistemático, su puesta en común, bajo una pauta integradora, con lo alegado en los motivos tercero, noveno y décimo, tal y como se anunció en el escrito de preparación del recurso.

Aduce el recurrente que en la sentencia cuestionada, y por lo que hace al delito de estafa, la valoración de la prueba de cargo, su suficiencia y su motivación, inexorablemente ha de conducir a un resultado negativo y a la consecuente intangibilidad del principio de presunción de inocencia, toda vez que ni existió prueba de cargo, ni ésta era suficiente a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente; ni tampoco quedaron explicitados en la sentencia, de forma racional y lógica, los razonamientos que condujeron a la Sala a quo a la efectiva imputación de un delito de estafa al ahora recurrente.

Después de teorizar, valiéndose de citas jurisprudenciales, sobre el concepto, contenido y alcance del derecho a la presunción de inocencia, alega la defensa del acusado que la prueba de cargo existente en los autos por lo que respecta al delito de estafa se circunscribe a la efectiva suscripción en el año 1991 de una póliza de afianzamiento con la aseguradora ASEFA de la que era tomador la mercantil ARPOSA y de la que se erigieron en fiadores las empresas vinculadas al Grupo Arnoya, para garantizar cualesquiera operaciones designadas por el tomador (i); las sucesivas solicitudes de avales vinculadas a las operaciones de exportación realizadas por Vinisur (ii); así como al sobreseimiento de pago final, propiciado por una deliberada situación de insolvencia, por parte del entramado empresarial constituido en torno al Grupo Arnoya, que desembocó en el incumplimiento de las obligaciones económicas asumidas en el marco de dicha póliza, relativas a la ejecución de los avales pactados como cobertura del documento contractual de afianzamiento (iii).

Señala la parte que la prueba no soporta el juicio de suficiencia, como tampoco el de motivación y razonabilidad. Y ello porque no consta prueba documental ni de ningún otro tipo que justifique, ni siquiera mediante indicios, que el acusado Sebastián conociera que Luis María había suscrito una póliza de fianza con ASEFA para habilitar las restituciones comunitarias que recibía Vinisur, o que esa garantía de afianzamiento resultara ser un requisito de procedibilidad, desde el punto de vista de los requerimientos administrativos exigidos para la percepción de las subvenciones comunitarias concedidas al exportador español.

Tampoco existe, según el impugnante, soporte probatorio acerca de la participación de Sebastián en cualesquiera de las actuaciones vinculadas a ese afianzamiento: ni negociación de condiciones, ni firma, ni intervención, directa o indirecta, en el otorgamiento de esa póliza y en la constitución de las contragarantías demandadas por la sociedad aseguradora.

Y porque, a la vista de lo expuesto, la motivación de la Sala sentenciadora resulta ser absolutamente ilógica en términos de razonabilidad jurídica, e inaceptable por imprevisible en cuanto axioma jurídico.



Adicionalmente, pone de manifiesto el error de hecho cometido por la Sala a quo en la apreciación de la prueba de descargo.

En idéntica línea argumental, también considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la motivación de la imputación parte de premisas inexistentes, como la concurrencia de un concierto previo sobre el que no existe soporte probatorio, careciendo la motivación de desarrollo argumental al mismo tiempo que incurre en quiebras lógicas.

Por todo lo cual, estima que procede la libre absolució n del recurrente respecto del delito de estafa al que ha sido condenado.

2. Pues bien, en lo que respecta a los hechos que se atribuyen al recurrente relacionados con la estafa a la entidad aseguradora ASEFA, S.A., se afirma en el apartado segundo de la premisa fáctica de la sentencia recurrida lo siguiente:

"B) Contratación de seguros de fianza para obtener la restituciones a la exportación.

Para que VINISUR, S. A. pudiera recibir del SENPA las subvenciones o ayudas a la exportación de productos vitivinícolas referidas, resultaba imprescindible obtener de una entidad aseguradora los avales necesarios en favor de la administración, que debía presentar y entregar al SENPA en garantía del cumplimiento de los compromisos que se fueran contrayendo.

Para ello, Luis María , en ejecución del plan previsto con Sebastián , negoció con ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, un contrato de afianzamiento, pero ocultando que se pretendían utilizar los avales para la obtención indebida de subvenciones a la exportación de mosto, aparentado falsamente en la negociación, por otra, la solidez, solvencia y seriedad de las empresas que garantizaban a su vez el contrato y que se agrupaban o así fue presentado, como GRUPO ARNOYA.

Así, el 11 de julio de 1991, Luis María , en representación de Arnoya Posada SA (ARPOSA), sociedad domiciliada en Orense dedicada a la "importación y exportación de toda clase de mercancías y bienes" especializada en comercio exterior y marketing internacional de los productos del grupo de empresas que se integran en el llamado GRUPO ARNOYA, suscribió con ASEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, un contrato de seguro de fianza a favor de la Administración, siendo su objeto garantizar a cualquier entidad pública o privada que exigiera el tomador (ARPOSA) y/o cualquier persona física o jurídica que el tomador indicara.

En virtud de dicha cláusula ARPOSA (tomador) indicó a ASEFA (aseguradora) las provisiones de fianza que ésta debía hacer ante las entidades de la Administración para garantizar las operaciones que con tales Entidades realizasen las personas físicas o jurídicas designadas por el tomador.

Previamente, y en la misma fecha, ASEFA procedió tanto con la tomadora del seguro como con las compañías y personas físicas designadas por ésta a la suscripción de un contrato (convenio) General de Indemnización, por el que tanto ARPOSA, como las demás compañías se comprometían a indemnizar a ASEFA con un aval de carácter solidario. El convenio indemnizatorio fue suscrito como fiadores solidarios por sí y con el deudor. Intervino Luis María en representación de VINISUR, COSECHEROS DEL VINO DE RIBEIRO, AGUAS DE SOUSA, BODEGAS ARNOYA, INDUSTRIA DE LA UVA, ARNOYA CONGELADOS y LA PATENA; Valeriano en representación de GÓMEZ DE CASTRO y de AUTOS GONZÁLEZ, así como Luis María en nombre propio y en el de su mujer, la acusada Candida .

En cumplimiento de este contrato de Seguro de Fianza a favor de la Administración, se fueron prestando por ASEFA, S.A., aquellos avales necesarios para la obtención de los anticipos de las subvenciones por las operaciones que VINISUR, S.A. realizaba.

Se constituyeron los siguientes avales:

AVAL NUNERO FECHA IMPORTE

NUM000 17-08-93 2.199.254

NUM001 17-08-93 21.922.542

NUM002 17-08-93 28.849.719

NUM003 25-08-93 50.205.866

NUM004 30-08-93 28.522.082

NUM005 10-09-93 39.197.896

NUM006 30-08-93 20.915.487



NUM007 10-11-93 34.269.040
NUM008 27-10-93 29.699.834
NUM009 07-10-93 44.522.045
NUM010 07-10-93 43.567.795
NUM011 18-10-93 36.925.455
TOTAL 385.660.609 pts

3. En el fundamento tercero A.b) de la sentencia recurrida (pp. 56 y ss.), argumenta la Audiencia la prueba de cargo de que dispuso para enervar la presunción de inocencia del acusado Sebastián .

El Tribunal sentenciador afirma que la obtención indebida de subvenciones a la exportación en la cuantía indicada en los hechos probados constituye un dato no controvertido, que no ha sido objeto de discusión en ningún momento y que se tiene por plenamente acreditado.

De todas formas, como el fraude de las subvenciones a la exportación se halla directamente vinculado con la estafa a la entidad AFESA, generada por la contratación de los seguros de fianza para obtener las restituciones a la exportación, se expondrán primero los episodios del fraude de subvenciones como antecedente inmediato determinante de la estafa a la entidad aseguradora (pp. 56 y ss. de la sentencia, fund. tercero). Entre otras razones porque ello es necesario para poder indagar y constatar si el ahora recurrente, Sebastián , actuó en connivencia con el fallecido Luis María en la estafa contra la entidad aseguradora que ahora se examina. De modo que la motivación de la prueba referente a la defraudación de subvenciones permite conocer la enjundia de los hechos y su posible repercusión en la estafa sobre la entidad aseguradora que figura como acusación particular en la causa.

El hecho consiste en la directa recepción por parte de la entidad VINISUR, SA, por ser ésta quien actúa frente a la Administración pública como entidad beneficiaria, de la cantidad de 2.037.023.953 pesetas (12.242.760 €) en los ejercicios del 1991 a 1994, ambos inclusive, a título de subvenciones por exportaciones por mosto de uva a Suecia.

Al respecto, constan en la causa los expedientes completos -Piezas separadas documentales 15 a 22- de las exportaciones que dieron lugar a las subvenciones en la cuantía señalada, con toda la documentación relativa a ellas. Por otra parte, los expedientes de la reclamación por parte del SENPA a VINISUR, SA de las cantidades en conceptos de subvenciones indebidamente recibidas, como también el procedimiento contencioso-administrativo, consecuencia de las resoluciones administrativas, evidencian todos ellos la cantidad a la que ascendió el fraude de subvenciones en el indicado periodo a que se refiere el Ministerio Fiscal.

Así, tenemos, tal como se ha hecho constar en los hechos probados, que con fecha 26 de septiembre de 1994, el SENPA notificó a VINISUR, S.A. el acuerdo de fecha 16 de septiembre de 1994 de incoación del expediente núm. NUM012 , para el reintegro de las restituciones a la exportación de mosto de uva con destino a Suecia antes relacionadas. Por resolución de 7 de febrero de 1996, el Director General del FEGA, fijó la reclamación a VINISUR, S.A. en la cantidad de 2.218.692.579 pesetas (13.334.611€) de restituciones que le habían sido abonadas en los expedientes que se relacionan en la resolución. Ésta se confirmó en el ámbito administrativo por Orden de 15 abril de 1996, del Ministro de Agricultura Pesca y Alimentación. El recurso contencioso administrativo interpuesto fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 16 de diciembre de 1999 (f.12.567 y ss.) y el subsiguiente recurso de casación lo fue igualmente por sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2004 (f 12543 y ss.).

Queda igualmente acreditado, a juicio de la Sala de instancia, el hecho de que las exportaciones de mosto de uva no entraron en el mercado sueco, que era el destino declarado, sino que fueron indebidamente reexportadas a un tercer país, mayoritariamente EEUU, pero también Canadá o Dinamarca, lo que viene a constituir el elemento determinante imprescindible del fraude para la obtención de subvención indebida, en los términos en que se hace constar en el apartado de la calificación jurídica de los hechos, elemento requerido de forma indiscutible por el tipo penal de la acusación, relativo al fraude de subvenciones (art. 350 del anterior Código Penal , introducido por LO 2/1985 de 29.04 y art 308 del actual), en este caso a las exportaciones.

La prueba de ello lo constituye, fundamentalmente, además de las propias declaraciones del encausado Sebastián en el acto de la vista y en relación con las anteriores, las prestadas durante la instrucción judicial de la causa ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (f. 12833 a 12840 del T. 51) y la prestada a través de Comisión rogatoria a Suecia (f. 12323 y ss.) el 19.03.2004 (f. 12329 a 12331 del T. 50), en las que ha venido manifestando el acusado de forma más o menos explícita que no todas las exportaciones de mosto recibidas eran inmediatamente reexportadas, es decir, que lo eran solamente algunas, pero que además eran



objeto de transformación, por los problemas de higiene y baja calidad que tenía el mosto, razón por lo que era tratado en la factorías que tenía SPAIN TRADE AB en Suecia y otros países. Que esta mercantil no era una empresa constituida para defraudar, sino una empresa cuya actividad era comercializar internacionalmente mosto que importaba de diversos países y a través de varias empresas, de las que una de ellas era VINISUR SA y que no sabía que el mosto no se pudiera reexportar, ya que no existe prohibición de hacerlo en la legislación sueca, ni estaba al tanto de la normativa comunitaria en torno al régimen de subvenciones diferenciadas a las exportaciones agrícolas, ni conocía que el mosto que le exportaba VINISUR se hubiera beneficiado de un régimen de subvenciones comunitarias.

Sin embargo, el Tribunal considera que no resulta mínimamente acreditada la afirmación de que se trataba de algo puramente episódico, residual, y sin importancia real, y menos en relación con la frecuencia de las partidas de mosto exportado que fueron objeto de subvenciones indebidas. Los interesados no lo han constatado en ningún momento, pudiéndolo haber acreditado fácilmente desde la fecha en que se iniciaron por la administración los expedientes de devolución de las restituciones (1994), lo mismo desde VINISUR, que desde su empresa SPAIN TRADE AB, probando cómo les era factible si hubiera sido cierto que la mayoría de la mercancía entró y se distribuyó en el mercado sueco.

Debemos recordar que también lo declaran expresamente las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento Contencioso Administrativo - sentencia de 16 de diciembre de 1998 - y del TS que la confirma -sentencia de 27 de enero de 2004 - , en las que se discutía este mismo tema y en las que se pone de manifiesto palmariamente la no aportación de ninguna prueba en aquel momento por la actora VINISUR SA, respecto de la entrada en el mercado sueco y que, por el contrario, constaban en el expediente elementos documentales, tales como varios faxes de compañías norteamericanas y télex, en los que aparecía que los productos exportados tenían como destino Estados Unidos, y se significaba especialmente la carta enviada por "Vinisur" a "Spain Trade AB" el 9 de abril de 1992.

Esos mismos elementos documentales que sirvieron en el ámbito contencioso-administrativo para sentar determinadas conclusiones son los mismos que se deben tener en cuenta ahora para considerar no solo que no quedara acreditada la circunstancia de no puesta en el consumo interno del mosto en Suecia, sino que lo que se había creado era una estructura estable de envío de mostro a EEUU y Canadá, por vía de Suecia, para verse favorecidos por el régimen de subvenciones comunitario al que no se tenía derecho, en claro fraude de los intereses comunitarios.

La abundante documentación existente en la causa referida a VINISUR pone de manifiesto que en las reclamaciones por subvenciones indebidas por parte del SENPA nunca se pudo acreditar el cumplimiento del requisito de salida del producto del territorio aduanero de la Comunidad, llegada a destino y despacho a consumo en Suecia, con integración efectiva en su circuito económico, ya que el mosto nunca llegó a entrar en el mercado sueco, sino que era directamente reexportado por SPAIN TRADE a Dinamarca, Canadá y, sobre todo, EEUU, a varias empresas estadounidenses: PITTRA INCORPORATED, WALDO'S MULTI-SERVICE, HEUBLEIN INC, JOSEPH W. CIATTI&CO INC, S3 BATES, SPANISH IMPORTS CTD INC. Esta exportación se llevó a cabo incluso en los mismos contenedores en los que el producto había salido de España. En numerosas ocasiones VINISUR remitía directamente muestras de producto a EEUU. Por su parte, los compradores estadounidenses visitaron las instalaciones de VINISUR junto con Sebastián en calidad de gerente de SPAIN TRADE.

Los documentos que avalan dichas conclusiones fueron obtenidos a través de dos fuentes diferentes. En la sede de VINISUR por la Inspección Tributaria del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, de fecha 28 de febrero de 1994, y, a través de la labor de la comisión realizada en Suecia del 14 al 18 de marzo de 1994 por Funcionarios adscritos al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), en que visitaron a la empresa SPAIN TRADE AB, comprobándose que aglutinaba la casi totalidad de importaciones desde España, siendo su proveedor más importante VINISUR. Allí tuvieron la ocasión de tener contacto con la documentación que posteriormente es remitida oficialmente por las autoridades suecas (Piezas documentales 23 a 33; f. 11824 a 12077).

También los aportados a través de la comisión rogatoria a EEUU (f. 12145 a 12155, 12194 a 12210 T. 50), en relación con las exportaciones a empresas norteamericanas. Las autoridades de Estados Unidos remitieron documentación, cierto que incompleta, porque parte de ella ya no estaba disponible por razón del tiempo transcurrido. Pero a juicio del Tribunal resulta suficiente y deja perfectamente acreditado que la mercancía se remitía en muchos casos directamente desde España e inmediatamente a Estados Unidos, aunque pudiera pasar otros países intermedios sin llegar a ser descargada.

Como prueba de cargo complementaria, directamente relacionada con la anterior, ya que explica el sentido que es necesario dar a la documental, tiene en consideración el Tribunal la prueba testifical realizada por funcionarios públicos expertos en el curso de una misión oficial, y a la que debe darse plena verosimilitud, por la



coincidencia entre las testificales aunque partan de fuentes de conocimiento diferentes, y por la consistencia, coherencia, y corroboración documental, sin que quepa ninguna tacha de parcialidad.

Esta prueba aparece integrada por las declaraciones testificales de los funcionarios Inspectores de Hacienda D^a Paulina , D. Lázaro y D. Mariano , quienes en el acto de la vista se ratificaron en sus previos informes de inspección, de fechas 8 de abril de 1994 y 8 de abril de 1999, que constan en el procedimiento -folios 6723 a 6726, T. 31 y folios 7803 a 7808 T. 36- e ilustraron a la Sala del contenido de los mismos.

Igualmente se cita la de los Inspectores D. Olegario y D. Patricio , quienes igualmente se ratificaron en su informe de 4 de marzo de 1994 relativo a su visita de inspección de 28.02.1994 (folios 12965 a 13149 T. 52) y explicaron ampliamente al Tribunal el desarrollo de la diligencia de inspección y los resultados obtenidos.

La Sala de instancia destaca los aspectos más relevantes de sus manifestaciones e informes, lo que determina que por la Subdirección General de Inspección e Investigación del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales se inicien investigaciones en el año 1.993, al generarse con las exportaciones a Suecia una "restitución diferenciada", perdiéndose el derecho a la misma al reexportarse la mercancía a otro país (art. 5 apdo. 1. del Reglamento CEE 3665/87), pues el producto tendría necesariamente que haber sido puesto en el mercado de Suecia y haber ingresado en su circuito económico, sin posibilidad de derivarse a ningún otro tercer país.

En las investigaciones reciben información procedente de las autoridades aduaneras suecas, que confirman exportaciones de mosto de uva efectuadas por empresas españolas a Suecia, reexportándose a EE.UU en el mismo momento de la llegada, información ampliada posteriormente en el sentido de que, entre dichas empresas, se encontraba la mercantil sueca SPAIN TRADE AB.

A partir de ese momento se llevó a cabo también de forma prácticamente simultánea una Inspección Fiscal a la mercantil VINISUR, SA. en Almendralejo, por parte del Inspector Olegario y Patricio , que dio lugar a la diligencia de 28 de febrero de 1.994 del Servicio de Inspección del Departamento de Aduanas, con las incidencias que se produjeron en dicha inspección y el resultado aportado al Tribunal.

Tras una reunión en Bruselas, se decide enviar una misión a Suecia con miembros de la Comisión y funcionarios de Aduanas españoles, con el fin de inspeccionar las operaciones de las empresas suecas, entre ellas SPAIN TRADE AB.

Participaron en ella tres miembros de la Comisión, además de los testigos Paulina y Mariano . Llevaron a cabo varias visitas a las aduanas de Goteborg y Lidköping. Las autoridades suecas les permitieron acceder a la documentación de SPAIN TRADE AB, y entrevistar a su propietario el acusado Sebastián .

Obtuvieron las conclusiones que relacionan en su informe: La empresa SPAIN TRADE AB compraba mosto de uva principalmente en España, la mayoría a la empresa VINISUR SA. El mosto que se exportaba en contenedores no se comercializaba en el mercado interior sueco. Ni tan siquiera se descargaba en Suecia sino que una vez despachado a consumo se reexportaba directamente en el mismo contenedor a EEUU y Canadá, según comprobaron en la Aduana de Wallham, principal puerto sueco donde se daba salida a la mercancía. Los contenedores de mosto se reexportaban tal como llegaban, sin que sufrieran ninguna transformación esencial o mezcla con ningún otro.

Prácticamente todo este mosto era reexportado a EE.UU y Canadá, aunque también se efectuaron exportaciones a Dinamarca. De la documentación interna de la empresa SPAIN TRADE AB (télex, cartas, fax) coligen que la producción en realidad se organizaba desde EE.UU -envíos de muestras, visitas de responsables de las empresas americanas a España, etcétera-.

SPAIN TRADE AB poseía filiales en otros países y según se dedujo de la correspondencia interna de la empresa, las utilizaría para destino de la mercancía en caso de que se cortaran las restituciones a la exportación en Suecia.

Señala la Audiencia que con esta operativa se acogían a los beneficios de la restitución a la exportación. La empresa española tenía pleno conocimiento del destino final de la mercancía que se realizaba a través de la empresa sueca. Existía una connivencia entre VINISUR SA y SPAIN TRADE en la realización de estas operaciones, según se desprende de la documentación que examinaron y que consta en el procedimiento (informes, faxes, correspondencia). La empresa española se entendía directamente con las empresas americanas en muchos temas referidos a la producción, etiquetaje, etc., de tal manera que la producción de mosto por VINISUR se organizaba desde aquéllas. Cuando se llevó a cabo la visita a Suecia en 1994 ya había cesado el régimen de restitución en las exportaciones que se hacían hacia aquel país, pero detectaron que las exportaciones se estaban ya canalizando hacia Noruega a través de Suecia, para que quedaran sometidas al régimen de restitución fiscal con aquel país y seguir siendo reexportadas a EEUU, que era su destino final.



Respecto de la documentación obtenida a consecuencia de su visita y que se encuentra unida a la causa (piezas separadas 23 a 33 y traducción a T.36, f. 7712 y ss.), aunque tuvieron acceso a toda la documentación de SPAIN TRADE AB, inicialmente no pudieron fotocopiarla, si bien comprobaron los originales y señalaron los que estimaron necesarios para el expediente, los cuales fueron enviados posteriormente por las autoridades aduaneras de Goteborg, constando en la referidas piezas separadas. Los que figuran en las fotocopias unidas al expediente NUM012 con números 109 en adelante son las de las autoridades aduaneras de Lidköping en Suecia, lugar donde se encontraba la sede de la empresa SPAIN TRADE AB.

Destaca la Audiencia de forma especial la plena coincidencia entre los documentos que se obtuvieron a consecuencia de esta actuación en Suecia, en posesión de Spain Trade y Sebastián, y la otra Inspección Fiscal a VINISUR, SA. en su domicilio social en Almendralejo, que dio lugar a la diligencia de 28 de febrero de 1.994 del Servicio de Inspección del Departamento de Aduanas.

En las conclusiones (F. 12698 y ss. T. 52) a que llegan en su informe los testigos peritos Sres. Olegario y Patricio, obtenidas de su apreciación directa de la situación y del análisis experto de la documentación, cabe destacar su apreciación de que son numerosas las pruebas que acreditan la actuación conjunta de todas las empresas que consideraban implicadas (la española VINISUR SA, la sueca SPAIN TRADE AB y las norteamericanas: HEUELEIN INC; S.J. BATES; JOSEPH W - CIATTI CO INC; MICHELSON LABS INC, según se puede comprobar en el Anexo I (F. 12975 y ss. T. 52) de la Diligencia de fecha 28 de febrero de 1.994, que se adjunta a su informe.

Se reseña en la motivación de la prueba las visitas de las empresas americanas a la empresa española; de la empresa española a la sueca y a las empresas americanas; los envíos de muestras de las mercancías exportadas a EE.UU.; el método de análisis de muestras Monier Williams, siguiendo las indicaciones de los clientes americanos; la programación de suministros a EE.UU; la indicación del precio en Galones, que es la medida en EE UU (ver hoja 35 Anexo), y otra documentación relativa a las reuniones, en la que destaca la carta remitida por SPAIN TRADE AB a VINISUR SA, firmada por el ahora recurrente, Sebastián, en que por parte de SPAIN TRADE AB se hace resumen de los acuerdos llegados en una reunión que tuvieron en la Manga (Murcia).

El Tribunal de instancia pone de relieve su coincidencia con el análisis que hacen los peritos respecto de esta documentación sustancial para sustentar la acusación. Señalaron como especialmente significativo, tanto de la operativa seguida, como de la existencia del acuerdo de la concertación o acuerdo de voluntades que existió entre Sebastián y Luis María, que incluso llegó a materializarse en reuniones para tal fin, de las que se deja constancia escrita en un documento (f. 12975 y 12976, T.52) que corresponde a una carta, firmada por el ahora recurrente, que SPAIN TRADE AB dirige a VINISUR SA, en que por parte de la primera se hace resumen de los acuerdos llegados en una reunión que tuvieron en la Manga (Murcia), entre el propio Sebastián y Luis María, reunión que fue expresamente reconocida en su declaración, asumiendo Sebastián la autoría de su firma, lo mismo que el contenido de la carta, si bien dando como explicación que se trataba de una conversación sobre la posible próxima entrada de Suecia en la CE, sin mayor trascendencia. Pero claramente ello no es así, a tenor del contenido de la carta que se plasma en la sentencia.

En esa carta, aparte de las referencias a otros extremos que se especifican en la sentencia, se dice lo siguiente:

"4. Discutimos también sobre el futuro de las restituciones de la cual sabemos hasta el 1 de enero de 1.993 y nos mantendremos bien informados referente a importación para Suecia. En caso de desaparecer dichas restituciones para Suecia, VINISUR vendería a alguna filial de SPAIN TRADE en el país en el cual exista restitución".

Este comentario pone de relieve el pleno conocimiento por parte de Sebastián del sistema de restituciones comunitarias y de que beneficiarse de éstas a través de un artificio creado "ad hoc" era la auténtica razón de ser de la relación comercial, o al menos uno de sus aspectos básicos, que mantenían SPAIN TRADE con VINISUR, para la exportación de mosto en condiciones de precio ventajosas al mercado norteamericano, hasta el punto de que ante la posibilidad de que el régimen cambiase con Suecia, buscar otras alternativas para poder seguir disfrutando de subvenciones indebidas, mediante la exportación intermedia a otros países a través de la estructura empresarial internacional de SPAIN TRADE.

Todo ello pone de manifiesto, según el Tribunal de instancia, no solo que el mostro se reexportaba a EEUU por SPAIN TRADE, sino que directamente las Compañías norteamericanas establecerían directa relación con VINISUR, para facilitar la exportación según las exigencias y particularidades de aquel mercado, lo que sería gestionado por Sebastián.

Igualmente deben tenerse en cuenta otros documentos altamente significativos dentro de la misma documentación en los que se pone de relieve de manera reiterada en el mismo sentido, y por ello manifiesta e indudable, que las exportaciones se entendían directamente desde VINISUR con EEUU, aunque intermediara



en ellas SPAIN TRADE (sobre estos documentos fue preguntado Pedro Miguel en el acto de la vista, que los reconoció, aunque diera explicaciones alternativas sobre su significado, que el tribunal tampoco las tiene por verosímiles).

Así, también se cita el folio 12977 del Tomo 52, que se refiere a un escrito de Vinisur que envía a Spain Trade fechado 19 julio 1992, donde se habla del viaje a California con el fin de ir programando su tiempo. Folio 12982 T52 sobre un escrito de Vinisur a Spain Trade de 9 de abril de 1992, relativo a la certificación sobre un container vacío para no tener problemas.

Igualmente envíos de muestras de mosto concentrado por parte de Pedro Miguel (F folio 13.030, 13031, 13033 T. 52) a otras Compañías norteamericanas "S3 Bates", pero con intervención de Spain Trade.

En otros documentos que igualmente reconoce Pedro Miguel en su declaración se habla sin ambages de mosto fraudulento a Suecia.

Igualmente múltiples documentos (Folio 13006 es otro fax que manda Spain Trade a Vinisur) sobre visita a EEUU, lo mismo que visita de los técnicos de las Compañías norteamericanas a las instalaciones de Vinisur, todas ellas en el marco de relación con Spain Trade.

Respecto de otros temas fáctico-probatorios, la defensa ha alegado que el acusado desconocía la imposibilidad de reexportar el mosto, que la actividad era lícita en Suecia y que desconocía la legislación comunitaria sobre restituciones diferenciadas y que era algo que competía en exclusiva a los exportadores. A lo que contraponen los elementos documentales sobre los que expresamente fue preguntado el acusado en el juicio que ponen de manifiesto su completo conocimiento de la situación, asumiendo las funciones que le competían dentro del concierto que estableció con el fallecido Luis María, no solo para realizar una o varias operaciones de exportación con obtención fraudulenta de subvenciones, sino para la creación de una estructura estable de negocio a varios años y con previsiones de adaptación en el futuro, que se basaba en las ventajas y situación de privilegio que les daba a sus empresas para competir en el mercado internacional de mosto de uva, al permitirles operar con un precio primado a través de la obtención de subvenciones indebidas a la exportación.

4. En lo que concierne a la prueba relativa a la contratación fraudulenta de seguros de fianza para obtener las restituciones a la exportación, se trata aquí de dilucidar si en ese comportamiento delictivo intervino el acusado, ya que ello es el objeto principal del motivo segundo del recurso que ahora se está examinando, aunque lo hayamos complementado con las referencias a la defraudación de subvenciones.

Sobre los hechos concretos relativos a la estafa a la entidad aseguradora, señala la Audiencia que consta en los folios 30 a 32 Tomo I (igualmente a F. 13279 a 13291, T 52), el documento en que queda plasmada la contratación, con fecha 11 de julio de 1991, con ASEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, por parte de Luis María, en representación de Arnoya Posada SA (ARPOSA). Se trata de una póliza de seguro de fianza a favor de la Administración con su correspondiente anexo, que fue aportado ya en copia en la querrela inicial presentada por ASEFA.

Se acompaña de un Convenio General de Indemnización (F. 33 a 41) por el que tanto ARPOSA como las demás compañías representadas por Luis María: VINISUR, Cosecheros del Vino de Ribeiro, Aguas de Sousa, Bodegas Arnoya, Industria de la Uva, Arnoya Congelados y La Patena; y por Valeriano en representación de Gómez de Castro y de Autos González, pactan la responsabilidad solidaria entre sí y con Luis María por la realización de los avales emitidos.

Argumenta el Tribunal sentenciador que la contratación de esta póliza de afianzamiento a favor de la Administración en una compañía de seguros especializada en esta materia tenía como finalidad obtener los avales que fueran necesarios, imprescindibles para garantizar la obtención de subvenciones comunitarias anticipadas a la exportación de determinados productos agrarios a ciertos países; en este caso de mosto de uva concentrado a Suecia con la intención de que fuera reexportado a terceros países, dentro del plan concertado y según habían pactado ejecutarlo Luis María y Sebastián a través de sus empresas VINISUR y SPAIN TRADE.

La operación materialmente la efectuó el primero, que era quien se encargaba de las labores de producción y exportación del mosto concentrado desde España a país sometido a régimen diferenciado, elaborando toda la documentación necesaria para obtener la bonificación de la exportación, pero remarca la Audiencia que de ella se beneficiaban los dos, al redundar en un menor precio del producto que lo hacía mucho más competitivo para su venta a terceros mercados demandantes, y a donde era reexportado por vía de SPAIN TRADE, que aparecía en la simulación, como una empresa sueca destinaria del producto para la puesta en consumo interno en Suecia.



En la sentencia recurrida se advierte que no se pusieron en conocimiento de la entidad aseguradora lo que realmente se pretendía con los avales, aparentando en todo momento falsamente la solidez, solvencia y seriedad de las empresas que garantizaban el contrato y que se agrupaban en lo que se presentó como Grupo Arnoya controlado por el contratante.

Por ello, en los que aparentaba un cumplimiento ordinario del contrato, se fueron prestando por ASEFA, S.A. distintos avales a petición de VINISUR, S.A. (F.702 a 758 T4), en garantía de numerosas solicitudes de restituciones al SENPA (testigo Da Azucena , representante legal de ASEFA SA.)

El Tribunal sentenciador especifica que todas estas operaciones se realizaron dentro del marco de ejecución de actividades de la estructura fraudulenta concertada entre Luis María y Sebastián a través de sus empresas VINISUR y SPAIN TRADE. Al mismo tiempo que matiza que el hecho de que materialmente la contratación la efectuara el primero para nada descarta el conocimiento y aceptación del tema por parte del segundo, ya que formaba parte de las acciones necesarias dentro de su concierto para obtener las subvenciones "y no resulta en absoluto descartable que estuviera perfectamente al tanto de toda la operativa y de que fuera necesaria la obtención de avales" (el entrecorillado y la cursiva no figura en la sentencia recurrida), lo que implicaba la necesidad de que se firmara una póliza con una compañía de seguros y de que se le solicitaran los avales necesarios para cada operación, con ocultación todo ello de que el riesgo que se asumía por parte de la aseguradora era muy superior al declarado.

Y a continuación, incidiendo la Sala de instancia todavía más en este tema concreto, que es el objeto específico de este motivo del recurso, argumenta que "aunque el recurrente no hubiera conocido los pormenores, en el concierto entre ambos estaba implícita la realización consentida por ambos de todos los actos ilícitos instrumentales que resultaran necesarios para conseguir su propósito, dentro, por supuesto, de un determinado margen, el de lo previsible e implícitamente aceptado, pero que en este caso no resulta extravasado por el engaño incorporado en la obtención de las pólizas de afianzamiento exigidas por la administración, que estaba perfectamente implícito" (el entrecorillado y la cursiva no figura en la sentencia recurrida).

5. Por consiguiente, atendiendo a lo que se expone en los apartados precedentes, es claro que, según el criterio y razonamientos del Tribunal de instancia, el recurrente era conocedor del destino final de las partidas de mosto de uva que remitía la empresa del imputado fallecido a Suecia, puesto que consta abrumadoramente probado por los razonamientos probatorios que se han descrito en el apartado 3 de este fundamento de derecho. En él se aportan pruebas más que suficientes de que el ahora impugnante participaba con pleno conocimiento en la recogida de las partidas de mosto en Suecia y después las desviaba a EE UU, Canadá y otros países, defraudando así la normativa europea y española que legitimaba la percepción de las retenciones por la exportación de zumo de uva a países de la Unión Europea.

Ahora bien, si la base fáctica del delito de fraude de subvenciones aparece evidenciada por los datos probatorios objetivos y también por los razonamientos que hace la sentencia recurrida sobre ellos, no puede decirse en cambio lo mismo en lo que respecta a la estafa agravada a la entidad aseguradora AFESA, que también se le imputa al acusado en la sentencia impugnada y por la que resultó condenado.

Con respecto a este conflictivo episodio, se alega por la parte recurrente en diferentes apartados de su recurso que en los hechos declarados probados de la sentencia se afirma que para que VINISUR, S. A., pudiera recibir del SENPA las subvenciones o ayudas a la exportación de productos vitivinícolas referidas, resultaba imprescindible obtener de una entidad aseguradora los avales necesarios en favor de la Administración, que debía presentar y entregar al SENPA en garantía del cumplimiento de los compromisos que se fueran contrayendo.

Para ello, Luis María , según se acaba de expresar en el apartado anterior, en ejecución del plan previsto con Sebastián negoció con ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, un contrato de afianzamiento, pero ocultando que se pretendían utilizar los avales para la obtención indebida de subvenciones a la exportación de mosto, y también aparentado falsamente en la negociación la solidez, solvencia y seriedad de las empresas que garantizaban a su vez el contrato y que se agrupaban o presentaban como GRUPO ARNOYA.

El 11 de julio de 1991, Luis María , en representación de Arnoya Posada, SA (ARPOSA), sociedad domiciliada en Orense, dedicada a la "importación y exportación de toda clase de mercancías y bienes", especializada en comercio exterior y marketing internacional de los productos del grupo de empresas que se integran en el llamado GRUPO ARNOYA, suscribió con ASEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, un contrato de seguro de fianza a favor de la Administración, siendo su objeto garantizar a cualquier entidad pública o privada que exigiera el tomador (ARPOSA) y/o cualquier persona física o jurídica que el tomador indicara.



En virtud de dicha cláusula, ARPOSA (tomador) indicó a ASEFA (aseguradora) las provisiones de fianza que ésta debía hacer ante las entidades de la Administración para garantizar las operaciones que con tales entidades realizaran las personas físicas o jurídicas designadas por la entidad tomadora. Previamente, y en la misma fecha, ASEFA procedió tanto con la tomadora del seguro como con las compañías y personas físicas designadas por ésta a la suscripción de un contrato (convenio) General de Indemnización, por el que tanto ARPOSA como las demás compañías se comprometían a indemnizar a ASEFA con un aval de carácter solidario. El convenio indemnizatorio fue suscrito por las personas y entidades que se refirieron en el apartado precedente del presente fundamento.

La parte recurrente esgrime como argumentación contraria a la de la sentencia que Sebastián no participó en ningún acto relativo a la concertación de esa póliza ni tampoco intervino ninguna empresa vinculada a él, tal como puede colegirse de todos los documentos aportados a la causa. Y es más, tampoco tenía ni siquiera conocimiento de ello, pues ignoraba cómo operaba el acusado en lo concerniente a la obtención de las subvenciones y al modo de garantizarlas y conseguir las retenciones. Por todo lo cual, concluye afirmando que el único elemento fáctico que se cita en la sentencia para incriminarlo en toda la operación relativa a la estafa de que fue víctima la entidad aseguradora es la mera presunción contra reo de que existía un concierto entre Luis María y el recurrente para realizar toda la operación de las subvenciones y que dentro de ese concierto formaba parte el fraude a la entidad aseguradora.

Sin embargo, con respecto a ese hecho de que en el concierto concreto referente a la compra del mosto y a la obtención de subvenciones hubiera un acuerdo interno que incluyera la estafa a la entidad aseguradora, le asiste la razón a la parte recurrente de que no constan elementos de prueba que así lo acrediten, pues no figuran hechos objetivos evidenciadores de que el recurrente interviniera en una operación concreta de esa índole con respecto a la entidad aseguradora, ni tampoco la Sala de instancia opera al respecto con argumentos probatorios que contengan una base razonable rigurosa que permita constatar una connivencia fraudulenta del acusado con Luis María para estafar a la aseguradora querellante.

Nos llevan a esa conclusión no solo las lagunas apreciables en el razonamiento probatorio de la Audiencia sobre este apartado de los hechos, sino también y de una manera especial la quiebra argumental que revela el razonamiento nuclear del Tribunal de instancia.

En efecto, para sustentar la existencia del concierto fraudulento contra la entidad víctima de la estafa arguye el Tribunal de instancia, según se anticipó supra, que "El hecho de que materialmente la contratación la efectuara el primero para nada descarta el conocimiento y aceptación del tema por parte del segundo ya que formaba parte de las acciones necesarias dentro de su concierto para obtener las subvenciones y no resulta en absoluto descartable que estuviera perfectamente al tanto de toda la operativa y de que fuera necesaria la obtención de avales para obtener las subvenciones, lo que implicaba la necesidad de que se firmara una póliza con una compañía de seguros y de que se le solicitaran los avales necesarios para cada operación, con ocultación todo ello de que el riesgo que se asumía por parte de la compañía de seguros era muy superior al declarado".

Pues bien, el argumento de que "no resulta en absoluto descartable que estuviera perfectamente al tanto de toda la operativa y de que fuera necesaria la obtención de avales para obtener las subvenciones", no se considera suficiente para enervar la presunción de inocencia en lo referente al elemento subjetivo del delito de estafa. Porque el que no sea descartable la hipótesis del conocimiento propio del dolo defraudatorio base de la estafa no significa que esté probada, sino más bien todo lo contrario: que existe una exigua probabilidad de que lo esté. Y es a las acusaciones a quienes corresponde acreditar probatoriamente que esas posibilidades no sean escasas sino muy elevadas, situación que aquí no se da, habida cuenta que el juicio probatorio que hace la Sala sentenciadora deja abierto un espectro de posibilidades que ponen de relieve una notable debilidad y fragilidad en su más bien tácito o incierto razonamiento inferencial. Digamos que se está ante un caso en que, al operar con inferencias manifiestamente indeterminadas, ambiguas y abiertas cruje ostensiblemente el grado de conclusividad inferencial exigible para enlazar los hechos indiciarios con los indiciables o hechos consecuencia que integran la hipótesis de la acusación en lo relativo al elemento subjetivo del delito, generando así márgenes de incertidumbre que impiden verificar la autoría del acusado. Ello significa que las incógnitas y los interrogantes no resultan desplazados o superados probatoriamente por auténticas certezas.

Las expresiones que se utilizan por tanto en el núcleo del juicio probatorio dejan entrever de forma notablemente clara una situación de duda de la Sala que incluso podría encauzarse a través del principio in dubio pro reo, dado el grado de equivocidad y ambigüedad que expresa el Tribunal en las palabras clave que utiliza en su razonamiento, mucho más propias de las conjeturas y de las especulaciones que de las afirmaciones concluyentes que requiere el lenguaje relativo a los hechos que se declaran probados.

Ello tampoco se solventa con el argumento que se expone en el párrafo siguiente de la sentencia recurrida, cuando se dice que "es más, aunque no hubiera conocido los pormenores, en el concierto entre ambos



estaba implícita la realización consentida por ambos de todos los actos ilícitos instrumentales que resultaran necesarios para conseguir su propósito, dentro, por supuesto, de un determinado margen, el de lo previsible e implícitamente aceptado, pero que en este caso no resulta extravasado por el engaño incorporado en la obtención de las pólizas de afianzamiento necesarias exigidas por la administración, que era que estaba perfectamente (...)"

En este argumento complementario se viene a decir que, una vez que el coacusado interviene en una operación de compra de mosto de uva concentrado en la que se van a conseguir unas subvenciones ilegales por tener la mercancía subvencionada un destino final encubierto distinto al que permite la ley, ya que se acaba comercializando en otros países ajenos a la Unión Europea, cualquier delito a mayores que se cometa con relación al fraude de subvenciones, como puede ser el estafar a una entidad aseguradora, debe también atribuírsele dolosamente al coautor aunque no hubiera sólidos datos probatorios que así lo acrediten.

La parte recurrente se queja muy especialmente de este argumento y habla de que el Tribunal de instancia opera con "presupuestos que son más propios de un Derecho penal felizmente superado, más vinculado al versarismo -versari in re ilícita- que a los avances dogmáticos y jurisprudenciales..."

Todo aparenta, sin embargo, que se está aplicando indebidamente una especie de dolo de consecuencias necesarias, dado que el Tribunal da a entender que por el mero hecho de conocer que las subvenciones son fraudulentas también tiene que saber el recurrente que las relaciones autónomas que el acusado fallecido contrató en España para asegurar la concesión de las subvenciones tenían que ser necesariamente fraudulentas, cuando realmente no tiene por qué ser así. Cabía perfectamente que el recurrente conociera que infringía la normativa y defraudaba el objetivo de las subvenciones al desviar las ventas del mosto de uva hacia terceros países, y que en cambio no estuviera al tanto del tema de la contratación y pago de los avales a la entidad aseguradora. Y es que no tenía por qué conocer las condiciones en que se habían contratado los avales, y mucho menos que el imputado fallecido tuviera proyectado no pagarlos y estafar así a la entidad aseguradora. Sobre ello es patente que no contamos con indicios probatorios tangibles, inequívocos y concluyentes.

Al mismo tiempo es importante reseñar que ese control de la prueba en casación ha de extenderse a los distintos elementos probatorios, tanto desde una perspectiva individualizada de los medios de prueba como también atendiendo al conjunto del cuadro probatorio en el que se integran los elementos de convicción. De modo que si se aprecian fisuras en la verificación racional de los hechos que permitan aflorar dudas razonables sobre la certeza del contenido de las imputaciones fácticas, debe primar o prevalecer la presunción de inocencia del acusado. Pues ha de tenerse siempre muy en consideración que el grado de la duda y su razonabilidad no se configura mediante razonamientos subjetivos basados en un criterio singular o particular del Tribunal, sino atendiendo a baremos intersubjetivos que se ajusten a pautas de objetividad controlables socialmente.

A tenor de lo razonado, es patente que la argumentación probatoria del Tribunal sentenciador no fundamenta ni los elementos objetivos o externos que verifiquen la autoría del recurrente, ni tampoco el elemento subjetivo de la estafa que se le atribuye al acusado.

Por consiguiente, este motivo ha de ser estimado, lo que determina que en la segunda sentencia se absuelva al acusado del delito de estafa agravada, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

DECIMOSEXTO. 1. En el motivo tercero se invoca, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851.1, párrafo 3 de la LECrim, el quebrantamiento de forma por incluirse en los hechos referencias que suponen la predeterminación del fallo en la sentencia recurrida.

Entiende la parte recurrente que el motivo formulado debe prosperar por cuanto se han consignado en la sentencia como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo y que fueron convenientemente identificados con ocasión de la preparación del recurso de casación.

Aduce la defensa que en la relación de hechos probados se expresa que " Luis María (...) y Sebastián (...), se concertaron y planificaron lo necesario dentro de esa relación comercial que mantenían, para lucrarse ilícitamente mediante la obtención indebida de ayudas a la exportación (...), simulando la exportación de partidas de mosto de uva concentrado (...)"

Y al respecto, objeta que la inclusión de los conceptos transcritos predetermina la condena por el delito de fraude de subvenciones previsto en el artículo 350 del Código Penal de 1973 (actual artículo 308 del vigente Código Penal de 1995).

De otra parte, en el apartado B) de la relación de hechos probados, por lo que hace al hecho probado "Segundo", sobre la contratación de seguros de fianza para obtener restituciones a la reexportación, refiere la sentencia



que "Para ello, Luis María , en ejecución del plan previsto con Sebastián , negoció con ASEFA un contrato de fianzamiento (...)".

La inclusión de esa afirmación -a criterio de la parte recurrente- predetermina la condena por el delito de estafa tipificado en los artículos 528 y 529.7 del Código Penal de 1973 , en lo que se refiere a la comisión por parte del recurrente de esa conducta típica (artículos 248 , 249 , 250.1.6 ° y 7 °, y 2 del Código Penal de 1995 , en la redacción anterior a la LO 5/2010).

2. Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECr . es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico- jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4 ; 1121/2003, de 10-9 ; 401/2006, de 10-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 131/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; y 449/2012, de 30-5 , entre otras muchas).

También se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues esta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2 ; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3 ; 249/204, de 26-2; 280/2004, de 8-3 ; 409/2004, de 24-3 ; 893/2005, de 6-7 ; y 755/2008, de 26-11).

Pues bien, la frase que dice "se concertaron y planificaron lo necesario dentro de esa relación comercial que mantenían, para lucrarse ilícitamente"; y también la que expresa que "para ello, Luis María , en ejecución del plan previsto con Sebastián , negoció con ASEFA" un contrato de fianzamiento, no tienen un carácter técnico-jurídico ni albergan locuciones propias o exclusivas del ámbito discursivo ni del léxico de los profesionales del derecho, sino que se trata de expresiones asequibles al ciudadano común utilizadas y compartidas en el uso coloquial del lenguaje. Y si bien es cierto que contribuyen a condicionar la fundamentación jurídica y a determinar el fallo de la sentencia, ello no debe considerarse como un vicio procesal sino como algo imprescindible, toda vez que no cabría condenar a un sujeto si los hechos que se describen en la premisa fáctica de la sentencia no resultaran subsumibles en un precepto penal.

Las personas se concertan para planificar múltiples actividades, lícitas o ilícitas, y cualquier ciudadano común entendería que con tales expresiones se quiere decir simplemente que se está planificando o proyectando algo con un objetivo determinado, sin que precise ser un experto en derecho para saber lo que significa el planificar o proyectar y el concertarse para ello.

Por consiguiente, lo que le incomoda a la parte recurrente es que a través de esos verbos se consiga describir una "acción" que después por su contenido resulte ilícita. Sin embargo, tal como se ha anticipado, la descripción de conductas inculpativas en una premisa fáctica resulta imprescindible para poder después realizar el juicio de subsunción de un hecho en la norma pena como requisito imprescindible para aplicar un tipo penal y dictar una sentencia condenatoria.

Así las cosas, el motivo resulta inabordable.

DECIMOSÉPTIMO. 1. El motivo cuarto lo dedica la parte recurrente, bajo la cobertura procesal del art. 849.2º de la LECrim , a denunciar la existencia de error de hecho en la valoración de la prueba en el que incurriría la sentencia objeto del recurso, respecto de las conductas de fraude de subvenciones y estafa agravada a las que ha sido condenado el recurrente Sebastián .

A tales efectos, la parte señala los siguientes documentos:

1) Folios núms. 30 a 32 del Tomo I (así como los folios núms. 13.279 a 13.291 del Tomo 52), consistente en la Póliza de Seguro de fianza a favor de la Administración, de fecha 11 de julio de 1991, suscrito entre Luis María , en representación de Arnoya Posada, S.A. (ARPOSA) y ASEFA SA, Seguros y Reaseguros.

2) Documentos aportados por la defensa de Sebastián con ocasión de la celebración del acto de juicio oral, que se encuentran sin foliar, consistentes en las facturas justificativas de la venta de zumo de uva concentrado por parte de la mercantil Spain Trade, AB, durante el año 1991, a terceros países como Suecia, Noruega o Finlandia.



- 3) Documentos aportados por el recurrente con ocasión del acto de juicio oral, sin foliar, comprensivos de las facturas que adveran la venta de zumo de uva concentrado por parte de Spain Trade, AB, durante el año 1992, a Suecia, Finlandia, Holanda e Inglaterra.
- 4) Documentos aportados por la parte durante la celebración del acto de juicio oral, también sin foliar, y que comprenden facturas justificativas de la venta durante 1993, por Spain Trade, AB de zumo de uva concentrado en Suecia.
- 5) Documentos aportados por el recurrente al inicio del acto de juicio oral, sin foliar, consistentes en las facturas de proveedores argentinos de la mercantil Spain Trade, AB, del producto zumo de uva concentrado.
- 6) Documentos aportados por la defensa de Sebastián con ocasión de la celebración del acto de juicio oral, que se encuentran sin foliar, relativos al pago por parte de Spain Trade, AB, de determinadas indemnizaciones a clientes americanos.
- 7) Documentos aportados por la parte durante la celebración del juicio oral, sin foliar, consistentes en las facturas satisfechas por Spain Trade, AB en concepto de sometimiento del zumo de uva concentrado a un proceso de pasteurización.
- 8) Documentos aportados por el recurrente en ese mismo acto, que se encuentran sin foliar, relativos a las facturas que evidencian determinadas inversiones llevadas a cabo por Spain Trade, AB, para la creación de una planta propia de tratamiento del zumo de uva concentrado en el puerto.
- 9) Folios núms. 12.975 y 12.976 del Tomo 52, que se corresponde con una carta, que Spain Trade, AB dirige a VINISUR, en relación con los puntos tratados en una reunión mantenida en La Manga (Murcia).
- 10) Folios núms. 12.977 y 13.006 del Tomo 52, que se corresponden, respectivamente, con una comunicación de VINISUR a Spain Trade AB, acerca de un viaje para visitar a un cliente en California, y con un fax enviado por Spain Trade AB a VINISUR, sobre la visita a las instalaciones de los clientes en EEUU, y acerca de la visita de los técnicos americanos a las instalaciones de VINISUR.
- 11) Folios núms. 13.030, 13.031 y 13.033 del Tomo 52 de la causa, acerca del envío de muestras de zumo de uva concentrado a clientes americanos.
- 12) Folio núm. 12.982 del Tomo 52, consistente en la comunicación enviada por VINISUR a Spain Trade, AB, en relación con la certificación sobre un contenedor sin carga.
- 13) Folio núm. 12.997 del Tomo 52, comprensivo de un fax enviado a VINISUR por parte de Spain Trade, AB, acerca de las condiciones de transporte del zumo de uva concentrado.
- 14) Folios núms. 11.824 a 12.077, de las piezas documentales 23 a 33, relativos al resultado de la comisión Rogatoria enviada a Suecia.
- 15) Folios núms. 12.145 a 12.155, 12.194 a 12.210, del Tomo 50, acerca del resultado de la comisión rogatoria enviada a EEUU.
- 16) Informe emitido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, aportado por el Ministerio Fiscal al inicio del acto del plenario (folios núms. 1.271 a 1.394 del Tomo V del Rollo de Sala).

Las alegaciones de la parte relativas al error en la valoración de la prueba en virtud de lo dispuesto en el art. 849.2º de la LECrim, deben examinarse solo con relación al delito de fraude de subvenciones, una vez que se ha declarado supra no probado el sustrato fáctico en el que se basó la condena en la instancia por el delito de estafa agravada.

2. Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECrim), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio poder demostrativo directo del documento (lo que algunas sentencias califican como la autosuficiencia o literosuficiencia del documento); es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; 207/2012, de 12-3 ; 474/2016, de 2-6 ; y 883/2016, de 23-11 , entre otras).



Pues bien, el examen de los argumentos que utiliza la parte recurrente en este motivo constata su pretensión de desvirtuar con la documentación que cita en el recurso los principales hechos que la incriminan como autor de un delito de fraude de subvenciones carecen de consistencia alguna.

En efecto, la defensa intenta cuestionar a través de la documentación que cita la tesis del Tribunal relativa a los hechos principales que la incriminan. De modo que por esta vía procesal impugna la acreditación probatoria de que las exportaciones a Suecia eran simuladas, en el sentido de que las exportaciones de mosto concentrado de uva no entraron en el circuito económico del mercado sueco. También cuestiona a través de la documental citada el hecho de que el mosto de uva concentrado adquirido por Spain Trade AB no llegara a ingresar en el mercado sueco. Igualmente alega que los documentos que cita prueban que no es cierto que el acusado reconociera la posibilidad de reexportar el mosto de uva blanco concentrado desde Suecia, vulnerando en tal caso el régimen de restituciones comunitarias. También la prueba documental refuta y descarta que el mosto de uva adquirido por parte de Spain Trade fuera reexportado directamente sin realizar transformación alguna sobre el producto. En igual sentido desmiente la documentación que la mercantil Spain Trade AB funcionara a modo de estructura empresarial creada para delinquir mediante la obtención indebida de subvenciones. Y finalmente, quedaría asimismo desvanecido que el mosto de uva adquirido por parte de Spain Trade era reexportado directamente a EE UU.

Para excluir todos estos hechos que incriminan al acusado como autor del delito de fraude de subvenciones la parte presenta en un importante número de casos meras facturas que esperó a aportarlas en la vista oral del juicio y que ni siquiera están foliadas. A ellas le suma una serie de folios de la causa que en modo alguno cumplimentan los requisitos imperativos que exige la jurisprudencia, dado que se trata de documentos que por sí mismos no evidencian ni tienen un poder demostrativo directo que acredite una autosuficiencia que contradiga la prueba de cargo referente a los hechos declarados probados, sin necesidad de acudir a la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

Ello todavía resulta más patente si ponderamos las pruebas de cargo que se citan y argumentan en la sentencia recurrida y que hemos sintetizado en el fundamento decimosegundo de esta sentencia, en el que se observa el carácter plural, sólido y rico en contenido incriminatorio que alberga el acervo probatorio de cargo.

Así pues, el motivo no puede acogerse.

DECIMOCTAVO. 1. En el motivo quinto, canalizado procesalmente a través del art. 849.1º de la LECrim , se cuestiona la aplicación del artículo 131 del Código Penal , en la redacción de la LO 10/1995, de 23 de noviembre -o en su defecto, el artículo 113 del Código Penal de 1973 -, y el artículo 132, también del Código Penal , en su vigente redacción de la Ley Orgánica la LO 5/2010, de 22 de junio, en lo que hace a la prescripción del delito de fraude de subvenciones que ha sido objeto de condena.

El motivo lo centra la parte en la determinación del dies a quo y el dies ad quem para la fijación del plazo de prescripción de la conducta penal de fraude de subvenciones. Esos plazos de prescripción y su eventual interrupción se examinan conforme a la regulación del art. 132 del Código Penal establecida por la LO 5/2010, de 22 de junio. A su vez, el motivo se extiende sobre el análisis del marco de pena correspondiente a esa conducta delictiva, bajo el principio de aplicación de la ley más favorable, sin desconocer la exigencia de uniformidad codificadora en la aplicación de las normas.

Según la tesis de la defensa, la conducta delictiva de fraude de subvenciones está prescrita, y lo está desde la perspectiva de la aplicación del Código Penal de 1995, art. 131 , en la redacción correspondiente a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, y bajo la normativa vigente reguladora del artículo 132 del propio Código Penal , implantada por la LO 5/2010. Esta afirmación conlleva que el examen del instituto de la prescripción deba sujetarse a los preceptos de la parte especial del Código Penal de 1995, por lo que se refiere a la modalidad típica del fraude de subvenciones -ex artículo 308-, descartando entonces las previsiones normativas de ese mismo delito sancionado en el Código Penal de 1973 , en su artículo 350.

A los efectos del desarrollo de este motivo, refiere la parte que conviene comenzar por la determinación tanto del dies a quo como del dies ad quem que permitan establecer el íter cronológico sobre el que se sustenta la prescripción de la conducta delictiva del delito de fraude de subvenciones.

Como la propia sentencia recurrida pone de manifiesto, no hay evidencia cierta para la determinación del dies a quo respecto de ninguno de los dos delitos imputados al recurrente, así se trate del de fraude de subvenciones o del de estafa. No obstante, respecto de aquél, y con un alcance aproximado, puede compartirse el criterio de la Sala a quo acerca de que tal delito, en régimen de continuidad delictiva, terminó por consumarse a principios del año 1994, coincidiendo con las últimas operaciones de exportación de mosto de uva blanco realizadas por Vinisur a Suecia.



La defensa sostiene que el dies a quo, en lo que afecta tanto al delito de fraude de subvenciones como al de estafa, ha de situarse en una fecha indeterminada, a principios del año 1994 -previsiblemente en el mes de febrero, coincidiendo con el inicio de las actuaciones de la Inspección de Aduanas española-, momento en el que cabe considerar agotados ambos delitos, el de fraude de subvenciones con causa en la terminación de las operaciones de exportación de mosto de uva blanco a Suecia que daban lugar a las restituciones comunitarias que se reputan fraudulentas, y el de estafa, con carácter simultáneo, toda vez que la conclusión de esas operaciones de exportación correlativamente supuso que se dejaron de solicitar avales a ASEFA con causa en la póliza de afianzamiento suscrita en el mes de julio de 1991.

Respecto del dies ad quem, a criterio de la defensa, y so pretexto de la imperativa aplicación del artículo 132 del Código Penal, en su redacción de LO 5/2010, de 22 de junio, inexcusablemente ha de situarse en la formalización de la comisión rogatoria dirigida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, el día 14 de noviembre de 2002, interesando de las autoridades judiciales de Suecia que se procediera a tomar declaración en calidad de imputado a Sebastián, bajo su condición de administrador de la mercantil Spain Trade AB. Por más que esta evidencia también sea cuestionada por la sentencia recurrida, es indiscutible que la recta aplicación del vigente artículo 132 del Código Penal no autoriza otra interpretación distinta de la que establezca que el dies ad quem ha de fijarse en la fecha que el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, entendiéndose, bajo el dictado legal, que sólo se considerará dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito. O dicho de otra manera, cuando se trate de una persona que no figure expresamente en una querrela como querrellado, la prescripción sólo se interrumpirá con el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra esa determinada persona y que se sustantiva en la decisión judicial de citarle en calidad de imputado. La parte cita al respecto las sentencias de esta Sala 14/2015, de 26 de enero, y la STS 905/2014, de 29 de diciembre. En esta última se afirma que "cuando se trate de una persona que no figure expresamente en la querrela como querrellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona que interrumpe el plazo de prescripción es la decisión judicial de citarle en calidad de imputado".

En contra de ello, y con evidente impropiedad según la parte recurrente, la sentencia recurrida pretende razonar que el dies ad quem debe residenciarse en el auto de admisión a trámite de la querrela formulada por ASEFA dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almedralejo, el día 13 de febrero de 1998. Por más que en esa resolución ninguna mención se hace a Sebastián, ni tampoco a la mercantil Spain Trade AB, la Sala a quo hace descansar su razonamiento en que en el escrito de querrela promovido por ASEFA, datado el 26 de diciembre de 1997, tangencialmente se alude a la mercantil Spain Trade AB, en ningún caso a Sebastián. Es evidente que sobre ese fundamento mal puede establecerse el dies ad quem, y si así se hace, es so pretexto también de una predeterminación del fallo que persigue eliminar la concurrencia del instituto de la prescripción.

En definitiva, sobre la base de lo hasta aquí expuesto, el dies a quo ha de situarse en una fecha indeterminada a principios del año 1994, probablemente en el mes de febrero. El dies ad quem ha de residenciarse en la fecha expresa en la que el Juzgado Central de Instrucción núm 5 dirigió el procedimiento contra Sebastián, con causa en la comisión rogatoria dirigida a los tribunales de Suecia emitida el día 14 de noviembre de 2002.

Así planteada la cuestión, no hay duda, a criterio de la defensa, de que el delito de fraude de subvenciones estaría prescrito, con independencia incluso de su apreciación bajo los presupuestos del delito continuado que serán objeto del posterior motivo; y lo está en el orden de la confrontación del artículo 308 del vigente Código Penal con el artículo 131 de ese mismo texto legal, que establece los plazos de prescripción de los delitos.

2. Tras haberse estimado en el fundamento decimoquinto la absolución del recurrente por el delito de estafa a que fue condenado en la instancia, la alegación de la prescripción referente a ese delito carece ya de todo fundamento o razón de ser, tanto en lo concerniente a esa figura delictiva entendida autónomamente, como a su vinculación concursal con el delito de fraude de subvenciones que también se le atribuye al acusado. Nos centraremos por tanto en la prescripción del delito de fraude de subvenciones en sí mismo y desconectado por tanto de toda modalidad concursal con el delito de estafa.

La defensa del acusado interesa que se aplique la versión del C. Penal correspondiente a la LO 5/2010, y en concreto el art. 132, según el cual el plazo de prescripción del delito previsto en el art. 308 del C. Penal (delito continuado de fraude de subvenciones sería el de cinco años), descartando totalmente la versión del delito que se prevé en el Código Penal de 1973 (art. 350). Y como no resulta factible fijar una fecha concreta para establecer el dies a quo, lo ubica a principios del año 1994, sobre el mes de febrero, que fue cuando se dejaron de remitir partidas de mosto de uva a Suecia con destino a la empresa Spain Trade AB del ahora recurrente. Mientras que señala como dies ad quem la fecha expresa en la que el Juzgado Central de Instrucción núm 5 dirigió el procedimiento contra Sebastián, con causa en la comisión rogatoria dirigida a los tribunales de



Suecia emitida el día 14 de noviembre de 2002. Por lo cual, habrían transcurrido los cinco años de prescripción que establece la norma penal.

3. Con respecto a la prescripción delictiva, y complementando las citas jurisprudenciales que ya se hicieron en el fundamento cuarto, procede consignar que en la sentencia de esta Sala 649/2018, de 14 de diciembre, se hace hincapié en que, tal como hemos explicitado en la STS 760/2014, de 20 de noviembre, para computar el dies ad quem el principio general -recuerda la STS 885/2012, de 12.11 - es que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (art. 132.2).

Se dice también en la referida sentencia que no interrumpe la prescripción la actuación investigadora del Ministerio Fiscal extramuros del proceso, pero esto ya se había declarado expresamente en la STS 672/2006, de 19 de junio, que trata específicamente de esta materia. Y en lo relativo a los hechos denunciados, la STS 1807/2001, de 30 de octubre, ya declaró que la denuncia o imputación genérica, o inconcreta, no puede interrumpir la prescripción. Se exige alguna determinación de la comisión delictiva, siquiera sea muy general, pero de donde pueda deducirse de qué infracción penal se trata.

En la sentencia 832/2013, de 24 de octubre, se especifica que una de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 es la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La nueva norma hace una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Pues, como es sabido, el supremo intérprete de la norma constitucional ha venido exigiendo con anterioridad a la reforma de 2010 un acto de interposición o de intermediación judicial para que tenga efectividad la interrupción (SSTC 63/2005, 147/2009, 195/2009, 206/2009 y 59/2010).

Las dificultades y problemas surgen a la hora determinar cuál es el contenido mínimo de ese acto de interposición judicial. A este respecto, la jurisprudencia viene entendiendo que, admitida judicialmente la querrela o la denuncia, e incoada una causa penal contra el querrellado por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto a mayores de imputación formal contra el querrellado. A este respecto, en la sentencia 794/2016 se afirma de forma reiterada que, admitida judicialmente una querrela o una denuncia contra el querrellado o denunciado por la participación en los hechos presuntamente delictivos, queda interrumpida la prescripción y no se requiere un auto adicional de imputación formal (ver STS 832/2013, de 24-10).

4. Pues bien, en lo que se refiere al recurrente Sebastián, lo cierto es que, a diferencia del coacusado Luis, no figura citado como querrellado ni tampoco como denunciado en el auto dictado por el Magistrado del Juzgado 1 de Almendralejo el 13 de febrero de 1998. Solo figuran en él como querrellados Luis María y su hijo. Y si bien se introduce en la querrela la cláusula genérica e indeterminada de que también se dirige la querrela "contra cualesquiera otras personas que resultaran penal o civilmente responsables en el curso de la investigación", la realidad es que ni se cita el nombre del ahora recurrente en la querrela ni por supuesto en el auto de la admisión a trámite. Y no solo eso, sino que tampoco constan hechos individualizados que fueran ejecutados por el referido ciudadano sueco.

La primera vez que el Instructor dicta una resolución catalogable como auténtica interposición judicial dirigiendo el procedimiento contra él es cuando dicta la providencia de 7 de febrero de 2002 acordando dirigir una comisión rogatoria a Suecia con el fin de recibir declaración como imputado a Sebastián. Decisión que, no habiéndose ejecutado, se volvió a reiterar por providencia de 14 de noviembre de 2002.

Por lo tanto, si se repara en que, tal como admite el Ministerio Fiscal y las restantes partes, los actos integrantes del delito de fraude de subvenciones se ejecutaron en el periodo comprendido entre el año 1991 y los primeros meses de 1994 (ninguna de las partes acusadoras concretó una fecha determinada), y ponemos ese dato en relación con que el delito tiene un plazo de prescripción de cinco años (la pena imponible no alcanza los cinco años, a tenor del C. Penal de 1995 en su primera redacción), es claro que el delito está prescrito. Pues la interposición judicial no tiene lugar hasta que el 7 de febrero se dicta la providencia acordando recibir declaración al ahora recurrente en la condición de imputado.

En lo que concierne a la cuantía de la pena, conviene advertir que lo más favorable para el recurrente es que se opere con la norma penal vigente en el periodo comprendido entre los años 1995 y 2004. Y ello porque en ese interregno la pena imponible en el art. 308 del nuevo Código Penal no excedía de cuatro años y tampoco la continuidad delictiva (art. 74) figuraba exasperada hasta la pena superior en grado.

Por todo lo cual, ha de estimarse el recurso de casación también en lo atinente al delito de fraude de subvenciones, al considerarlo prescrito. Y es que, habiendo centrado las partes acusadoras la exclusión de la



prescripción en el curso medial del delito de estafa con el de fraude de subvenciones, una vez que aquél resulta inaplicable tiene que operar necesariamente la prescripción para éste, al desaparecer la base concursal sobre la que se asentaba la aplicación conjunta de los dos tipos delictivos.

Al resultar el acusado absuelto de ambos delitos, carece ya de razón el examen de los restantes motivos del recurso.

Se estima así el motivo, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

D) Recurso de Pedro Miguel

DECIMONOVENO. 1. En el motivo primero se invoca, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., la infracción de los arts. 113 y 114 del Código Penal de 1973 , al no haberse declarado la prescripción del delito contra la Hacienda Pública del ejercicio 1994 por el que ha resultado condenado el recurrente.

Señala la defensa del acusado que los razonamientos del Tribunal a quo para desestimar la prescripción planteada en relación al delito fiscal por el IVA de la empresa VINISUR correspondiente al ejercicio 1994 y por el que ha resultado condenado Pedro Miguel , carecen del necesario nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines de la citada institución.

Según la parte recurrente, no puede considerarse que en el caso tenga capacidad para interrumpir la prescripción del delito fiscal correspondiente al IVA de 1994 por el que ha resultado condenado el acusado: (i) ni la simple remisión al Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo en fecha 13 de diciembre de 1999 de unas diligencias informativas por la Fiscalía a partir de la denuncia de la Agencia Tributaria Especial de Extremadura sobre VINISUR; (ii) ni tampoco el posterior auto de 14 de diciembre de 1999 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo de incoación y acumulación a las D. Previas 1/1998, resolución en la que se no se hacía referencia a persona física alguna sino únicamente a la persona jurídica, ni se acordaba la práctica de diligencias. Por lo cual, no existió por parte del Juzgado de Instrucción de Almendralejo durante el tiempo que dicho órgano judicial instruyó las citadas D.P. 1/1998 un acto del que se derivara una imputación formal contra D. Pedro Miguel por el delito fiscal por el IVA del ejercicio 1994 que se imputaba a la sociedad VINISUR.

Aduce igualmente que la primera vez que el acusado fue citado a declarar como imputado por un presunto delito fiscal lo fue en virtud de providencia de fecha 7 de febrero de 2002 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, después de que el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo acordara la inhibición a favor de la Audiencia Nacional y cuando ya había transcurrido con creces el plazo de cinco años previsto por la norma, resolución en la que por otro lado ni siquiera se le citaba a declarar como imputado por un presunto delito fiscal del IVA de la sociedad del ejercicio 1994 sino por el IVA de los ejercicios de 1996 y del Impuesto de Sociedades de 1997.

A la vista de ello, no considera el impugnante que contenga naturaleza interruptiva el planteamiento acogido por la sentencia en cuanto a la errónea interpretación que las acusaciones hicieron sobre el vigente art. 31 CP , en el sentido de que en la medida en que la responsabilidad criminal recae sobre las personas que representaren a las entidades, dicha responsabilidad incluiría "per se" a D. Pedro Miguel , Gerente de VINISUR, estimando en consecuencia la Sala que el auto de 14 de diciembre de 1999 llevaba implícita la imputación del mismo por el delito fiscal del ejercicio 1994 que se atribuía a la mercantil.

Dicho entendimiento de la norma penal por parte del Tribunal "a quo" resultó a partir de una interpretación notoriamente extensiva y analógica in malam partem respecto del acusado y claramente contraria al sentido literal del art. 114 del Código Penal de 1973 , que recoge literalmente que la prescripción sólo habrá de entenderse interrumpida desde "que el procedimiento se dirija contra el culpable".

Subraya la parte recurrente que el procedimiento se inicia por querrela de la entidad ASEFA contra Luis María y Luis y contra cualesquiera otras personas que resultaran penal o civilmente responsables en el curso de la investigación, siendo las personas querelladas en su doble condición de autores como personas físicas y como intervinientes en nombre y representación de las sociedades: VINISUR, S.A y Grupo Arnoya, S.L., por delitos de estafa, alzamiento de bienes, fraude de subvenciones, falsedad en la información social y apropiación indebida, precisamente por las actividades posiblemente constitutivas de dichos delitos realizadas por la entidad VINISUR, S.A. La querrela fue admitida a trámite por auto de 13 de febrero de 1998 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo (folio 207 y ss. Tomo 1).

El ahora recurrente designa procuradora y letrado (Tomo 7 F. 1488) en el mismo procedimiento en el que comparece y presta declaración como imputado el 20 de mayo de 1998 (folios 1262 y ss), manifestando su condición de gerente de VINISUR, S.A.

El auto de 14 de diciembre de 1999 (folio 7675, T.35), en el que se deja constancia de haberse recibido denuncia del M. Fiscal sobre delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social perpetrado en la localidad de



Almendralejo e imputado a la entidad VINISUR S.A, se les notifica al impugnante a través de su procuradora al día siguiente de ser dictado (Tomo 35, f. 7679).

Recuerda a continuación la parte recurrente los principales hitos del discurrir procesal con el fin de resaltar las omisiones procesales que denuncia. Y así, en fecha 26 de diciembre de 1997 fue interpuesta querrela por la entidad de seguros ASEFA, S.A. por los delitos de alzamiento de bienes, estafa, fraude en la subvención, falsedad en la información social y apropiación indebida contra D. Luis María y D. Luis (Tomo 1, folio 1 y ss.).

Por auto de fecha 13 de febrero de 1998 se acordó la admisión de la citada querrela, lo que dio lugar a las Diligencias Previas 1/1998 incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo (folio 207 y 208).

Por escrito de 31 de marzo de 1998 la representación procesal de DIRECCION000 C.B. solicitó que declararan como imputados D. Abelardo y D. Pedro Miguel (folio 554).

El 20 de mayo de 1998 prestó declaración como imputado D. Pedro Miguel en relación a los hechos objeto de la querrela interpuesta por ASEFA y la ampliación formulada por los DIRECCION000 (folio 1663 y ss.).

En fecha 13 de diciembre de 1999, por Decreto de la Sra. Fiscal García Boró (folio 7676), se acordó la remisión al Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo, para su acumulación a las D.P. 1/1998, de las diligencias informativas iniciadas respecto de la sociedad VINISUR conforme a la denuncia y a los documentos de la Agencia Tributaria Especial de Extremadura que la acompañan (tomo 33, folios 7153 y ss.).

El siguiente día 14 de diciembre de 1999 fue dictado auto por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo por el que, una vez recibidas las actuaciones del Ministerio Fiscal sobre delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social atribuidos a VINISUR, se acordaba la incoación de diligencias previas y su acumulación a las D.P. 1/1998 (folio 7677). El auto fue notificado al día siguiente a todas las partes personadas, entre ellas a la representación del recurrente.

En fecha 24 de enero de 2000 fue emitido informe por la Sra. Fiscal García Boró por el que se solicitaban distintas diligencias; entre ellas, que fuera recibida declaración como imputados a Luis María y a Luis, así como que se realizara el oportuno ofrecimiento de acciones a la Abogacía del Estado y se recibiera declaración como testigos a los inspectores de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Departamento de Aduanas (folio 9355).

El 24 de febrero de 2000 el Ministerio Fiscal emitió nuevo informe en el que solicitaba que se requiriera a los imputados a fin de que prestaren fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias y asimismo solicitaba la apertura de pieza separada de acuerdo con el art. 789 LECrim. en relación con el delito contra la Hacienda Pública por la elusión del pago del IVA del Ejercicio 1996 (folio 9353).

Por providencia de fecha 10 de mayo de 2000 se acordó la declaración de los imputados Luis María y de su hijo Luis para el siguiente día 16 de junio, así como también las testificales solicitadas por el Ministerio Público y otras diligencias (folios 9568 y 9569).

En consonancia con lo también solicitado por el Ministerio Fiscal, el 11 de mayo de 2.000 la Sra. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo emitió exhorto al Juzgado de Instrucción Decano de Mérida solicitando la práctica de las siguientes actuaciones: "(i) Que se haga saber a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que en este Juzgado se siguen diligencias Previas 1/1998 por delitos de estafa contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y otros contra Luis María y su hijo Luis, y (ii) "Que se le haga el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y de la LECrim" (folio 9819).

En fecha 3 de marzo de 2001 fue acordada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo la inhibición del procedimiento a favor de la Audiencia Nacional (folio 10.502).

Por escrito de fecha 18 de enero de 2002 dirigido al Juzgado Central de Instrucción nº 5, el Fiscal Anticorrupción D. Antonio Romeral solicitó, entre otras diligencias, "Que se reciba declaración como imputados a los administradores solidarios de ZUVINSA Luis y Luis María, así como al gerente Pedro Miguel por delito fiscal en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1997, y por un delito fiscal por falta de retenciones a cuenta del capital mobiliario en el ejercicio 1996, por importe de 25.530.000 pesetas (153.438 €), derivado de la obligación asumida por la sociedad el día 3 de noviembre de 1994 de satisfacer a los accionistas de VINÍSUR, en noviembre de 1996, 102.120.000 pesetas (613.754 €) en concepto de dividendos" (folio 10.647).

En fecha 7 de febrero de 2002 fue dictada providencia por el Juzgado Central de Instrucción por la que, a la vista de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, se acordaba recibir declaración, en calidad de imputados, a Luis María y Luis, como administradores de la sociedad ZUVINSA, así como al ahora recurrente por un presunto delito fiscal por falta de retenciones a cuenta del capital mobiliario en el Ejercicio de 1996 y otro por un delito fiscal en el Impuesto sobre Sociedades del Ejercicio 1997 (folio 10.652).



Atendiendo a los antecedentes precedentes, resulta notorio para la parte recurrente que el planteamiento de las acusaciones que acoge la sentencia recurrida, en el sentido de que el plazo de prescripción del delito fiscal por el IVA de la sociedad VINISUR del ejercicio 1994 se habría visto interrumpido respecto de Pedro Miguel en virtud de las diligencias informativas remitidas por la Fiscalía junto con la denuncia de la Administración Tributaria sobre VINISUR y dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Almendralejo el Auto de 14 de diciembre de 1999, de incoación y acumulación a las D.P. 1/1998 -en el que recordemos no se referenciaba a persona física alguna-, deviene insostenible.

Y ello porque el procedimiento no se dirige contra el culpable respecto del supuesto delito fiscal del IVA de VINISUR del ejercicio 1994 hasta después del 31 de enero de 2000, que era la fecha en la que prescribía el presunto delito fiscal por el pago del IVA del ejercicio 1994.

Es evidente, para la parte recurrente, que la sola presentación de una denuncia sobre la mercantil VINISUR por la Agencia Tributaria Especial de Extremadura y la posterior decisión de la Fiscalía para la remisión al Juzgado de las diligencias informativas incoadas al efecto no puede tener efecto interruptor alguno.

Se comprueba así que en ese momento no puede considerarse todavía que el procedimiento (por un supuesto delito fiscal por el IVA del Ejercicio 1994 en relación a VINISUR) se hubiera dirigido contra la persona del ahora recurrente; en primer lugar, porque tras las acumulación a las D.P. 1/98 el Ministerio Fiscal no consideró necesario llamar inicialmente a declarar como imputado a D. Pedro Miguel por un presunto delito fiscal de la sociedad. Y, sobre todo, porque el Juzgado de Instrucción nº 1 no le atribuyó la condición de imputado al hacerle el ofrecimiento de acciones a la Administración Tributaria, lo que sin duda resulta ciertamente indicativo de la falta de congruencia de los razonamientos alcanzados por la sentencia recurrida.

Así las cosas, no fue sino hasta casi dos años después cuando por providencia de fecha 7 de febrero de 2002 del Juzgado Central de Instrucción, después de haberse dispuesto la inhibición a favor de la Audiencia Nacional, y a la vista de lo solicitado por el Fiscal Anticorrupción Ilmo. Sr. Romeral, se acordó recibir declaración, en calidad de imputados, a Luis María y Luis , como administradores de ZUVINSA, así como al gerente Pedro Miguel por un presunto delito fiscal por falta de retenciones a cuenta del capital mobiliario en el Ejercicio de 1996 y otro por un delito fiscal en el Impuesto sobre Sociedades del Ejercicio 1997 (folio 10.652). Es decir, que ni siquiera en febrero de 2002, cuando el Juzgado Central de Instrucción acordó la declaración como imputado del Sr. Pedro Miguel , el presunto ilícito penal por el que se le atribuía la condición de imputado se refería un supuesto delito tributario por el IVA de la sociedad VINISUR del Ejercicio 1994.

Y acaba el recurrente solicitando que se proceda a revocar la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional, que consideró que los hechos enjuiciados respecto del ahora recurrente por un delito fiscal por el IVA del Ejercicio 1994 de la sociedad VINISUR no habían prescrito, y se dicte nueva sentencia en la que se declare su prescripción.

2. La respuesta a la pretensión de la parte recurrente ha de tener el mismo sentido desestimatorio y por similares razones que la pronunciada en el fundamento cuarto de esta sentencia con respecto a la solicitud de prescripción que formuló la defensa del coacusado Luis , habida cuenta que la cuestión suscitada por los dos recurrentes abunda en la misma tesis y las circunstancias que se dan en ambos casos son sustancialmente iguales.

En efecto, y dando ahora por reproducidas las mismas citas jurisprudenciales que se plasmaron en el fundamento cuarto de esta sentencia, la única diferencia que se aprecia entre ambos supuestos es que en el caso del acusado Luis la querrela presentada contra éste el 13 de febrero de 1998 iba dirigida nominalmente contra él y su padre, no citando a Pedro Miguel , toda vez que en ella solo se recogía la frase formularia referente a "cualesquiera otras personas que resultaran penal o civilmente responsables en el curso de la investigación".

Sin embargo, esa disparidad quedó solventada cuando el ahora recurrente fue imputado en la misma causa al ser citado a declarar, prestando declaración como imputado el día 20 de mayo de 1998 (folio 1488 del tomo 7), diligencia en que manifestó su condición de gerente de VINISUR. A partir de esa fecha ya ocupaba el mismo estatus procesal que Luis , por lo que cuando, el 14 de diciembre de 1999, fue acumulada la denuncia del Ministerio Fiscal por delitos contra la Hacienda Pública en virtud de los informes y documentación aportados por la Agencia Tributaria relacionados con las entidades en que intervenían ambos imputados, es claro que, según lo argumentado con respecto a Luis en el fundamento cuarto de esta sentencia, también quedaba interrumpida la prescripción en lo que atañe al coimputado en la causa principal Pedro Miguel .

Y es que también en este caso la persona del imputado en la causa principal resultaba claramente determinable a través de la denuncia y la relevante documentación que la acompañaba, toda vez que en ella figuraba el expediente relativo al impuesto del IVA correspondiente al ejercicio fiscal del año 1994, en donde consta que



la declaración fraudulenta fue presentada por el acusado Pedro Miguel (folios 7348 y ss. de la causa, Tomo XXXIV), figurando firmada en las páginas correspondientes por el ahora impugnante.

Al admitirse a trámite la denuncia por los delitos fiscales por auto de 14 de diciembre de 1999 y acordarse por auto su acumulación a la causa principal donde ya figuraba como imputado el acusado, es claro que, poniendo en relación esos dos datos con la documentación que acompañaba a la denuncia, la persona de Pedro Miguel resultaba necesariamente imputado en el proceso. De manera que, a pesar de ser cierto que no se le citaba nominalmente como denunciado en el escrito del Ministerio Fiscal, sí aparecía como meridianamente determinable, no pudiendo retrasarse la interrupción de la prescripción hasta la fecha que se cita en el recurso; esto es, hasta que se acuerda formalmente recibirle declaración en la condición de imputado.

Constaba ya como imputado en la causa por actos cometidos con motivo de su intervención como gerente y apoderado en la entidad VINISUR, que era la obligada tributaria, y en la documentación que acompañaba a la querrela constaba documentalmente como la persona que firmó la declaración fiscal conflictiva y asumió su presentación ante la Hacienda Pública.

Se desestima, en consecuencia, el primer motivo del recurso.

VIGÉSIMO. 1. En el motivo segundo, con sustento procesal en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, invoca la defensa la infracción del art. 24 de la CE: vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Recuerda la parte recurrente que cuatro son los delitos de los que se considera penalmente responsable al Sr. Pedro Miguel en la sentencia de instancia: el delito fiscal relativo a una supuesta defraudación del IVA devengado por VINISUR en el ejercicio del año 1994; el fraude de subvenciones relativo a la obtención por parte de ARPOSA de ayudas públicas a la exportación de mercaderías a Rusia; la estafa a la entidad DIRECCION000 CB por adquirirles fraudulentamente un vino que resultó impagado; y un delito de insolvencia punible por haber supuestamente contribuido el acusado a la distracción y desviación de activos de la sociedad VINISUR, declarada en quiebra en el año 1998.

Según la parte impugnante, no existe material probatorio que permita deducir la autoría ni la participación del Sr. Pedro Miguel en dichas conductas delictivas que se declaran probadas, al limitarse en todo momento su labor al desempeño, en la forma más diligente que le era exigible, de los cometidos propios de su gestión como gerente en Almendralejo de la sociedad VINISUR, sin que contara con conocimientos fiscales, contables y financieros, labores que eran suplidas por los departamentos internos de que disponía a tales efectos el Grupo Arnoya.

Subraya la defensa que el Grupo era controlado muy personalmente desde las oficinas centrales de Orense por su presidente y socio fundador, Luis María, y desde su incorporación al grupo empresarial familiar, también por su hijo, Luis. El ahora recurrente se limitaba a ejercer la gerencia de VINISUR en la localidad de Almendralejo (Badajoz), a 800 kilómetros de Orense. Su apoderamiento en VINISUR obedecía a la necesidad de los administradores de tener una persona con facultades de representación de la empresa en los distintos negocios y actos administrativos en que ésta intervenía para el desempeño de su actividad rutinaria, sin que por ello pudiera asimilarse el Sr. Pedro Miguel a nada parecido a un administrador de hecho, según la defensa.

Tal como ya se anticipó en su momento en otro apartado de esta sentencia, las alegaciones sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTs 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras).

2. En lo que respecta a la exclusión de responsabilidad penal de Pedro Miguel en el delito fiscal referente al fraude del IVA relativo al ejercicio del año 1994, se alega en el recurso que la condena se basa en el hecho de haber plasmado su firma en la declaración del resumen anual del referido impuesto. De manera que considera el impugnante que, más allá de esa circunstancia formal, no existe motivo por el que le sea imputable la elusión del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 1994, cuestionando que la mera y simple suscripción de una declaración fiscal en nombre de una persona jurídica, concebida, elaborada e ideada por otros, pueda acarrear "per se" responsabilidad alguna en el ámbito penal, conclusión que entiende apoyada en la mínima referencia que se hace a Pedro Miguel en los hechos probados que atañen a ese delito.



Se hace después hincapié en que eran Luis y Luis María , administrador de hecho, quienes dirigían la empresa en todas sus vertientes, incluida la administrativa y financiera, y que fueron ellos quienes determinaron lo correspondiente en el ámbito contable y de gestión de impuestos para eludir el pago de una parte muy sustancial del IVA de 1994, según refiere la sentencia, en la que solo se le atribuye a Pedro Miguel una intervención como colaborador, en su condición de gerente y apoderado de VINISUR.

Objeta la parte que de lo único que se tiene constancia con respecto al recurrente es de que fue totalmente ajeno a las dos operaciones societarias que habrían sido indebidamente contabilizadas (la ampliación de capital de UVANOSA suscrita por VINISUR el 3 de noviembre de 1994, por importe de 500 millones de pesetas -3.005.060 €, y la contabilización el 7 de noviembre de 1994 de unos gastos de arrendamiento por importe de 380 millones de pesetas -2.283.846 €-).

Y añade después que su falta de conocimientos contables y tributarios, hace ciertamente inverosímil que pudiese el Sr. Pedro Miguel tener algún tipo de capacidad decisoria sobre la adopción de tales operaciones contables, no exentas, como es lógico, de cierta complejidad. La contabilidad de VINISUR era llevada por el personal administrativo que trabajaba en las oficinas de Almendralejo bajo la tutela y asesoramiento del gabinete técnico existente en las oficinas centrales de Orense, integrado por los economistas Braulio y Benjamín .

Remarca la defensa del acusado que del análisis de la prolija documental obrante en autos (folios 7318 y siguientes) y de las testificales de los Sres. Benjamín , Braulio , Azucena y Pedro Miguel , de la propia declaración del acusado, Luis , y de las ratificaciones periciales de los actuarios de Hacienda, solo cabe deducir que no son predicables de Don Pedro Miguel los necesarios elementos - cognitivo y volitivo - del tipo penal, al constatar dicho análisis probatorio su desconocimiento acerca del contenido, alcance y consecuencias de la declaración tributaria por él suscrita.

En la diligencia de constancia de hechos extendida por el responsable de la delegación de la Agencia Tributaria de Cáceres con motivo del supuesto fraude del IVA generado por VINISUR en el año 1994 (ff. 7318 y ss.) se detallan a su vez determinados aspectos relevantes de cara a descartar cualquier asomo de intervención del Sr. Pedro Miguel en la operación societaria que nos incumbe.

Para la parte recurrente, es claro que no existe, ni, como es lógico, se ha probado, intervención del Sr. Pedro Miguel en la planificación y acción conjunta con los administradores beneficiarios de la conducta presuntamente defraudadora, ni su aporte, consistente en la firma de la declaración tributaria, es propio de un codominio funcional del hecho.

3. Las alegaciones de la defensa que se acaban de reseñar no desvirtúan sin embargo la consistencia incriminatoria que alberga la prueba de cargo en que se apoya la condena del recurrente por el delito fiscal de fraude del IVA.

En efecto, en la sentencia recurrida se afirma que "el 30 de enero de 1995, VINISUR, S.A. presentó la declaración de Resumen Anual del IVA del ejercicio de 1994, firmada en este caso por Pedro Miguel , Gerente y apoderado de la sociedad, tras presentar durante el año 1994, las correspondientes declaraciones mensuales por dicho impuesto". Y más adelante, en la pág. 102, según reseña la propia parte recurrente, se expresa que "el administrador formal de la sociedad en el momento de los hechos eran Luis y que junto con Luis María , administrador de hecho, eran quienes dirigían la empresa en todas sus vertientes, incluida la administrativa y financiera y que fueron quienes determinaron lo correspondiente en el ámbito contable y de gestión de impuestos, para eludir el pago de una parte muy sustancial del IVA de 1994 que correspondía pagar a VINISUR y con quienes colaboró Pedro Miguel , que como gerente y apoderado de la sociedad realizó la declaración fiscal en fraude de la Hacienda Pública".

Estas aseveraciones del Tribunal de instancia son utilizadas por la parte recurrente para interpretar la intervención del acusado Pedro Miguel como un mero autor formal, equiparable a un simple testaferro a quien se busca únicamente para que ponga su firma a pie de página en un documento, sin conocer su significado y sus consecuencias, y estando por tanto ajeno a lo que allí se dice y al contenido de las operaciones que en la documentación se consignan. Sin embargo, nada más lejos de la realidad que esa versión exculpatoria de una conducta perpetrada por un sujeto inmerso en la ignorancia y movido solo por un mero afán de colaborar por el bien de la empresa.

El recurrente era el gerente y apoderado de la entidad VINISUR y ejercía como tal, de forma que estaba al tanto de todas las operaciones que la sociedad realizaba, especialmente en la compra y venta de vinos, por lo que conocía y dirigía de hecho la operativa de VINISUR, aunque la planificación general y las directrices de alto nivel las marcaran, como se dice en la sentencia, Luis María padre y Luis hijo.



Era Pedro Miguel quien residía en Almedralejo y estaba a pie de obra de todo lo que se hacía empresarialmente en VINISUR, según consta en las diferentes actividades del grupo empresarial en que intervenía el acusado. Para corroborarlo es suficiente con comprobar sus actuaciones en la exportación de vinos a Rusia, su contribución en los actos que generaron la insolvencia fraudulenta de la entidad y también en el contrato criminalizado de compra de vinos a DIRECCION000 CB.

Por consiguiente, era gerente y ejercía como tal en la empresa principal del Grupo Arnoya y conocía perfectamente la estructuración del grupo empresarial, su forma de operar y las líneas generales de las principales actividades fraudulentas que están en el origen de la presente causa penal. Sin olvidar tampoco la función de administrador que desempeñó y los poderes que se le otorgaron en la fase anterior a que se ejecutaran los principales actos delictivos, ya que al inicio de los hechos probados se afirma que VINISUR, SA., se constituyó el 17 de septiembre de 1979, y ya el 19 de enero de 1984 se confirieron poderes al acusado Pedro Miguel, poderes que se le otorgaron de nuevo el 13 de abril de 1993.

Así pues, firmó y presentó la declaración fraudulenta del impuesto de IVA del ejercicio 1994 a sabiendas de las maniobras espurias que se realizaban en la entidad, tanto en lo que se refiere a la compra y venta de vinos como a la insolvencia fraudulenta que se instrumentó cuando, debido al impago de los avales relativo al fraude de subvenciones, se procedió a ocultar el patrimonio empresarial con el fin de evitar la ejecución de las deudas por parte de la entidad aseguradora ASEFA.

Además, estaba al tanto, en su condición de gerente de VINISUR, de las operaciones de ampliación de capital de UVANOSA suscrita por aquélla el 3 de noviembre de 1994, por importe de 500 millones de pesetas (3.005.060 €), y también de la contabilización el 7 de noviembre de 1994 de unos gastos de arrendamiento ficticios por importe de 380 millones de pesetas (2.283.846 €), operaciones que están en el origen del delito de fraude del IVA por no haber sido debidamente contabilizadas en la declaración del ejercicio de 1994.

El hecho de que sea cierto que la iniciativa en los planes delictivos no la llevara el acusado sino los principales administradores de la sociedad, no excluye la colaboración del recurrente, tal como se dice en la sentencia, y por tanto la concurrencia en cuanto al delito fiscal que ahora se dirime del elemento objetivo y subjetivo en la conducta del acusado Pedro Miguel.

4. La parte recurrente también impugna la acreditación probatoria de la actuación llevada a cabo por Pedro Miguel en relación con la obtención de restituciones a la exportación a Rusia, por la que se le condena como cooperador necesario de un delito de fraude de subvenciones del art. 308 del Código Penal, hecho recogido en el apartado cuarto de la sentencia de instancia bajo el rótulo de "exportación de mostos a Rusia bajo código arancelario diferente al que correspondía obteniendo restituciones indebidas."

Sobre estos hechos se declara probado en la sentencia lo siguiente: "La empresa ARNOYA POSADA SA (en adelante, ARPOSA), con domicilio social en Orense, y siendo Presidente del Consejo de Administración Luis María, solicitó restituciones durante los años 1996 y 1997 por la exportación de "vino blanco de mesa materia" a Rusia (código de mercancía 22.04.29.65 correspondiente a "vino blanco excepto Sicilia y Veneto").

Por estas exportaciones solicitó y percibió indebidamente en dicho concepto un total de 207.423.326 ptas.

Las autoridades aduaneras rusas informaron que el producto que fue importado a su país era el recogido en la posición arancelaria NC 22.04.30.990 en 1.996 y NC 22.04.30.980 en 1.997, correspondiente a "mosto de uva de masa volumétrica superior a 1,33g/cm³ a 20°C y de grado alcohólico adquirido igual o inferior a 1% sin ser concentrado", pagando en base a este concepto los aranceles de importación. Este producto, distinto del que se hace constar en las peticiones de restitución no estaba acogido a restituciones cuando se trataba de exportaciones a países distintos a los indicados en el Reglamento CEE 2805/95. Entre los países del régimen diferenciado no estaba incluida Rusia.

El régimen diferenciado es el siguiente:

a) Durante los años 1996 y 1997, ARPOSA solicitó restituciones por valor de 119.432.696 ptas. por la exportación de vino blanco de mesa desde el mes de junio de 1996 hasta enero de 1997, código de la mercancía NC 22.04.29.65. Las muestras para obtener los certificados de análisis para la exportación fueron presentadas por el acusado Pedro Miguel, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de VINISUR. Sin embargo, en los documentos aduaneros de importación rusos aparecía que el producto importado era el de código 22.04.30.990 y 22.04.30.980, ambos correspondientes a un producto distinto del declarado al exportar.

b) Por otro lado, durante los meses de marzo a abril de 1997, el propio Luis María facilitó a ARPOSA producto exportado con el código 22.04.29.65. En estos casos los análisis eran presentados por Pedro Miguel, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de Luis María. Por



estas exportaciones ARPOSA solicitó la cantidad de 16.513.519 ptas. Una vez más, el producto despachado en la aduana rusa fue el NC 22.04.30.980.

c) Durante los meses de abril y mayo. de 1997, Pedro Miguel , apoderado de VINISUR, en representación de la mercantil ZUMOS Y VINOS SL presentó muestras para obtener certificados de análisis a la exportación, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, que fueron utilizados por ARPOSA. También en esta ocasión el producto declarado era el NC 22.04.29.65, solicitando restituciones por valor de 10.125.332 ptas. El producto declarado a la entrada en la Federación Rusa era el NC 22.04.30.980.

d) Abelardo y Pedro Miguel , en representación de LUSA EXTREMEÑA SL presentaron producto para su análisis y posterior exportación por ARPOSA, durante mayo, julio y agosto de 1997. La exportación volvió a llevarse a cabo bajo la posición NC 22.04.29.65, y la importación en Rusia con el NC 20.04.30.980, por estas exportaciones se solicitaron indebidamente 32.757.829 ptas.

e) Abelardo , en representación de ARPOSA y con documentos de acompañamiento D-500 de LUSA EXTREMEÑA SL solicitó certificados de análisis que fueron presentados para la exportación de mismo producto código NC 22.04.29.65. Nuevamente el producto declarado a la entrada en Rusia vuelve a ser el NC 22.04.30.980. Por estas expediciones se solicitaron en septiembre, noviembre y diciembre de 1997 un total de 28.593.950 ptas.

ARPOSA, durante los años 1996 y 1997 no figuraba inscrita en los Registros Territoriales de Impuestos Especiales."

Alega la defensa del acusado que la participación por la que se considera culpable de dicho delito al recurrente consistió, según los hechos probados consignados en las páginas 23 y 24 de la sentencia, en la obtención de los certificados de análisis para la exportación emitidos por los organismos pertinentes de la Junta de Extremadura, así como de la cumplimentación de los Documentos Administrativos de Acompañamiento (DAA) modelo 500, imprescindibles para desplazar productos vinícolas de un sitio a otro dentro de cualquier país comunitario.

La intervención del Sr. Pedro Miguel se circunscribió, por consiguiente, al envío de determinadas cisternas de vino blanco de VINISUR a la empresa participada por el Sr. Luis María y el Sr. Rubén denominada Arnoya Posada, S.A. (ARPOSA), dedicada al trading y exportación de mercancías varias. Aduce la defensa que con la entrega del vino a ARPOSA, la entidad VINISUR, y por ende el Sr. Pedro Miguel , terminaron su intervención en los hechos, a pesar de lo cual se le hace responsable de que en los documentos aduaneros de importación emitidos por las autoridades rusas apareciese que "el producto importado era el de código 22.04.30.990 y 22.04.30.980, ambos correspondientes a un producto distinto del declarado al exportar."

La tesis judicial da por buena, con ello, la hipótesis de que lo suministrado por VINISUR a ARPOSA no fuera efectivamente el vino blanco que se certificaba en los análisis emitidos por la Junta de Extremadura y en los modelos de acompañamiento, descartando así lo afirmado y sostenido por la parte desde el inicio de la investigación sumarial: que la mercancía transportada desde Almendralejo a los puertos de Bilbao y Sevilla (desde los cuales era reenviada por ARPOSA a Rusia) era efectivamente vino blanco de mesa.

En la valoración de la prueba de estos hechos (p. 79 de la sentencia) el tribunal de instancia asume, según la parte recurrente, la existencia de la duda que suscitarían sendas hipótesis reseñadas: la de que la mercancía exportada fuera realmente vino y la de que lo exportado fuese en realidad mosto concentrado. Lo explica así:

"En el caso de que efectivamente se hubiera exportado vino falseando la entrada en Rusia, las restituciones no deberían haber sido percibidas porque la reglamentación comunitaria clasificaba las exportaciones de vino como diferenciadas, exigiendo para cobrar la restitución una prueba de la importación en el país destinatario, prueba que no se presentó en ningún momento, puesto que la documentación con la que se realizó el despacho de la importación en Rusia declaraba que lo importado era mosto concentrado, no vino, por lo que se habría falseado la mercancía a la entrada en Rusia para el pago de menores aranceles."

Adviértase -refiere la defensa del acusado- que del razonamiento judicial transcrito lo que se infiere es que la improcedencia de la restitución obtenida por ARNOYA POSADA, S.A concurriría en el supuesto de que lo exportado fuera vino, por haberse, en todo caso, alterado o falseado la documentación aportada en Rusia durante el despacho de la importación, con el propósito de la importadora de pagar menos aranceles.

Huelga decir -precisa la parte recurrente- que en dicho supuesto, reconocido como probable por la propia sentencia recurrida, la intervención y/o participación del Sr. Pedro Miguel habría sido simplemente inexistente, puesto que jamás tuvo relación alguna con la tramitación en Rusia de dicho despacho de importación.

La otra hipótesis que baraja la resolución recurrida es la de que la exportación hubiera sido efectivamente de mosto concentrado y no de vino. Sobre esta segunda opción se argumenta en la sentencia recurrida que "En el



caso de que la exportación hubiera sido efectivamente de mosto concentrado y no de vino, se habría falseado esta circunstancia en la aduana española, dado que este producto no tenía derecho a cobrar restituciones si la exportación era a Rusia, al no estar dentro del régimen de exportaciones diferenciadas."

Objeta el recurrente que no se compadece con los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo adoptar la hipótesis más desfavorable para el acusado. Si es una posibilidad cierta y real que lo transportado incluso a Rusia fuese efectivamente el vino blanco que se refería en los documentos de acompañamiento y en los certificados de análisis emitidos al efecto, la actuación del Sr. Pedro Miguel estaría revestida de toda licitud y legalidad, al ser obvio que fue completamente ajeno a lo ocurrido en Rusia.

Subraya la defensa que, ciñéndose en todo caso a la concreta y delimitada actuación del Sr. Pedro Miguel (que empieza con la expedición del vino en Almendralejo y termina con la recepción del mismo en el Puerto de Bilbao) no es extraño que, a la luz de lo expuesto, rehusase el Ministerio Fiscal acusarle de dicho delito de fraude de subvenciones, acusación que frente a él sostuvo exclusivamente la Abogacía del Estado.

5. El episodio de fraude de subvenciones examinado en el numeral anterior (pp. 23 y 24 de la sentencia recurrida), a pesar de no aparecer descrito con la claridad conveniente, sobre todo en la redacción de algún párrafo de la motivación (pp. 76 y ss.), se centra, no obstante, según se expone en la pág. 76 de la resolución impugnada, en "las actividades de exportación de mostos a Rusia bajo código arancelario diferente al que correspondía, obteniendo restituciones indebidas, realizadas por Arnoya Posada SA (ARPOSA), a través de varios expedidores durante los años 1996 y 1997, declarando que era vino blanco de mesa materia" (código de mercancía 22.04.29.65 correspondiente a "vino blanco excepto Sicilia y Veneto") (F 6639 T 30). Sin embargo, consta a través de la comunicación oficial remitida por la Secretaria de la Comisión Europea a la Guardia Civil que llevaba la investigación, que las autoridades aduaneras rusas habían informado que el producto que fue importado a su país era distinto, correspondiendo a mosto de uva de mesa, códigos 22.04.30.990 y 22.04.30.980, pagando en base a este concepto los aranceles de importación (F. 5893 y ss T. 27 y F. 6639 T.30).

La parte recurrente, según se constató, alega como argumento nuclear que la Sala de instancia expone dos hipótesis alternativas y después, en la duda, se queda con la que más perjudica al reo, por lo que habría infringido el derecho a la presunción de inocencia e incluso el in dubio pro reo, al elegir en la duda la versión más desfavorable para el recurrente.

Sin embargo, ello no es así, habida cuenta que el Tribunal justifica y razona que la mercancía enviada a Rusia era realmente mosto de uva de mesa y no vino de mesa, tal como consta en la comunicación oficial de la Secretaría de la Comisión Europea a la Guardia Civil. De tal forma que la conducta fraudulenta se la atribuye el Tribunal de forma diáfana al recurrente, que fue la persona que preparó la documentación y la mercancía a través de VINISUR, exportando realmente mosto en lugar de vino, que fue lo que hizo constar en la documentación inveraz.

En la fundamentación de la sentencia se argumenta que ARPOSA cobró por la exportación de vino blanco de mesa y no por mosto de uva. Y se especifica que lo que se remitió a Rusia fue lo contrario: mosto y no vino de mesa, por lo que en la aduana rusa se despachó como mosto.

La Audiencia arguye en su resolución que esa forma fraudulenta de actuar era habitual en el grupo empresarial de los acusados. Alegación que no puede considerarse arbitraria ni gratuita si se pondera el fraude de subvenciones perpetrado en connivencia con una empresa sueca por cuyos hechos fue imputado el coacusado Sebastián , que ha quedado exculpado del delito de fraude de subvenciones por haber prescrito el delito, circunstancias que se dejaron recogidas en fundamentos precedentes de esta sentencia.

Por lo demás, si la importación de mosto en Rusia conlleva un arancel muy inferior a la importación de vino, debemos considerar lógico y razonable que la información que consta en la causa relativa a que la importación de la mercancía se cobró como mosto y no como vino tiene que haber sido avalada por una comprobación empírica de que lo que se importa es aquél y no éste, dadas las consecuencias de pago que se derivan de un dato de esa índole.

A tenor de lo que antecede, no puede considerarse erróneo ni arbitrario el razonamiento que efectuó el Tribunal de instancia, resultando así debidamente enervada la presunción de inocencia del acusado.

6. En cuanto al episodio fáctico de la compra fraudulenta de vino a la entidad DIRECCION000 alega la defensa que no hay prueba alguna que justifique la condena del Sr. Pedro Miguel como autor de un delito de estafa.

Se condena al acusado como autor de un delito de estafa a resultas de su intervención en la venta a la CB DIRECCION000 de determinada cantidad de litros de vino. Y se le hace responsable de ello arguyendo razonamientos -según la defensa- carentes de lógica que, de forma forzada, intentarían suplir el absoluto vacío



probatorio que con respecto al conocimiento de las condiciones y circunstancias concretas en que se produjo tal transmisión de vino tuvo el Sr. Pedro Miguel .

La parte recurrente cuestiona la solidez probatoria de la prueba testifical y de la documental en que se sustenta la condena. Aduce de forma muy especial que quien realizó la conducta defraudatoria fue el acusado Luis María , ya fallecido, afirmación que se acreditaría por el hecho de que fue la persona contra la que dirigió la querrela la empresa querellante y no contra el ahora recurrente. Y también señala que las facturas aportadas a la causa por la representación de DIRECCION000 acreditan asimismo que la mercancía fue adquirida a título personal por el Sr. Luis María (f. 2590), cliente con NIF NUM046 .

Igualmente devalúa la defensa desde la perspectiva probatoria los contratos de 14 de noviembre de 1996 y 21 de enero de 1997 suscritos por VINISUR en Almendralejo, alegando que no pueden asociarse con las facturas de 21 de enero y 17 de marzo de 1997 emitidas por DIRECCION000 al cliente D. Luis María , con domicilio en la CARRETERA000 , localidad de Orense (folio 2.590).

Realza la parte el testimonio de Onesimo , aduciendo que manifestó que negoció y cerró personalmente con el Sr. Luis María la compraventa, sin intervenir para nada Don Pedro Miguel . Este extremo fue igualmente reconocido por Don Santos en su declaración del Juicio Oral, y no fue negado, en su confusa declaración, después de tantos años desde la fecha en que acontecieron los hechos, por su hermano Silvio .

La conducta del recurrente habría quedado circunscrita a la suscripción de los pagarés que resultaron impagados, indicio insuficiente, según la defensa, para inferir que conocía el carácter fraudulento de la operación contractual.

Discrepa igualmente el recurrente de que el total impagado ascienda a 21.577.501 pesetas (129.683 €), alegando que el pagaré NUM018 por importe de 5.500.000 pesetas (33.056 €) con vencimiento el 15 de marzo de 1997 fue, según la sentencia, el único que fue satisfecho.

Hace referencia también a la certificación bancaria emitida por el director de la sucursal de BBV de Mérida obrante a los folios 1496 y siguientes, en la que se recogen los movimientos registrados en la cuenta abierta por VINISUR en dicha oficina, cuenta con cargo a la cual se emitieron los pagarés entregados a DIRECCION000 , resaltando que solo entre marzo y mayo de 1997 (período coincidente con el de las fechas de emisión y vencimiento de los pagarés litigiosos) VINISUR realizó pagos a distintos proveedores y entidades por un importe aproximado de más de 300 millones de pesetas (1.803.036 €).

Y enfatiza que, atendiendo a los datos bancarios, no tenía el Sr. Pedro Miguel en ese momento razones para pensar que la compraventa de vino adquirido por el administrador de VINISUR fuera en puridad una estafa encubierta.

7. En el apartado 6 del fundamento primero de esta sentencia se transcriben los hechos probados que sirven de soporte a la condena por el delito de estafa al acusado ahora recurrente. Allí se dice que Luis María , actuando como administrador de hecho de VINISUR, S.A., acordó la compra de vino blanco de mesa a DIRECCION000 C.B., en las siguientes fechas: el 21 de enero de 1997, 254.380 litros de vino blanco de mesa, campaña 96/97, por 11.490.344 pesetas (69.058 €); y el 17 de marzo de 1997, 26.232 "hectógrados" de vino blanco de mesa campaña 96/97, por 10.087.157,- pesetas (60625 €), en total 21.577.501 pesetas (129.683,39 euros). En la negociación intervino también Pedro Miguel , gerente y apoderado de la sociedad, que junto con Luis María , y para obtener el vino, hicieron creer a los vendedores que VINISUR, S.A. tenía una economía saneada, respaldada además por un importante patrimonio con el que atender obligaciones como la del pago que contraían con esa compra.

De esta manera, consiguieron que aquellos aceptaran en pago de la mercancía los pagarés, firmados por Pedro Miguel , cuyo impago se hace constar en la resolución.

En la motivación de la condena del ahora impugnante (pp. 80 y ss. de la sentencia) se arguye que en el contrato correspondiente al 21 de enero de 1997 no solo consta VINISUR como contratante, sino que también uno de los documentos se extiende en modelo de contrato de compra de vino con membrete de VINISUR, S.A., y firmado por Pedro Miguel , lo que no deja ningún margen de duda respecto de quién era la compradora, acreditándose así los aspectos básicos de la operación mercantil que en él se documenta.

También destaca la Audiencia que, a pesar de que en su declaración Pedro Miguel persiste en manifestar de forma incongruente que el vino fue adquirido por el fallecido Luis María , actuando éste como comerciante individual y que aquél solo actuó bajo sus órdenes por ser su empleado, ello entra en directa contradicción con la literalidad de los referidos contratos y con el resto de documentos, tales como los pagarés firmados por el ahora recurrente contra una cuenta de VINISUR, documentación que deja clara constancia de que no fue así y de que Pedro Miguel actuaba en su condición de representante de la mercantil y por cuenta de ésta.



Se basa también el Tribunal de instancia en las declaraciones testificales de Silvio , uno de los hermanos que contrató con el recurrente, quien declaró en la vista que el vino se lo adquirió VINISUR, que esta empresa andaba buscando comprar vino, que para ello contactó la vendedora con Pedro Miguel , que era a quien tenían de encargado en VINISUR, lo hizo a través de un intermediario y negoció la venta también con él.

En el mismo sentido depuso el testigo Santos , también integrante de la CB propietaria del vino, quien aunque no intervino directamente en la operación, confirmó en su declaración que el vino se lo vendieron a Luis María , persona muy conocida en el medio, de VINISUR; es decir, no a él como comerciante individual, sino para su sociedad.

Por otra parte, señala la Audiencia que tanto Luis María como Pedro Miguel hicieron creer a los vendedores que VINISUR, S.A., importante y conocida empresa, disponía de suficiente solvencia, de manera que consiguieron que los vendedores aceptaran realizar la venta a crédito, con pago de la mercancía entregada por medio de pagarés a 120 días firmados por el representante de la Cia, Pedro Miguel . Les dieron unos pagarés firmados por Pedro Miguel contra la cuenta de VINISUR en el BBVA, de los que luego no pagaron los últimos. No establecieron garantías de pago porque tenían la confianza de que iban a cobrar, ya que antes habían hecho otras operaciones y se las habían pagado.

Como indicio de las intenciones fraudulentas de los vendedores cita la sentencia recurrida que se da de baja fiscal a VINISUR SA en febrero de 1997, coincidiendo con la constitución de Zumos y Vinos SL (folios 3382 a 3385, T. 16), produciéndose la detracción patrimonial que determina el impago de los pagarés, que coincide con claros actos de despatrimonialización de VINISUR y el resto del grupo empresarial.

Por tanto, si sopesamos la forma en que se ejecutaron los hechos, la intervención directa que tuvo en los mismos el recurrente, y la circunstancia del conocimiento privilegiado que tenía de la situación económica de la empresa, dada su condición de gerente y apoderado y su intervención en el grupo empresarial desde los años ochenta, así como su control directo e inmediato de todo lo referente a la empresa VINISUR, que gestionaba personalmente, solo cabe concluir que se considera evidenciado el dolo fraudulento con que actuó y su comportamiento objetivo encuadrable en el delito continuado de estafa que se le atribuye.

Se considera, pues, enervada la presunción de inocencia también con respecto al sustrato fáctico de ese delito de estafa.

8. Por último, en lo que atañe a la insuficiencia de prueba de cargo relativa a los hechos incardinables en el delito de insolvencia punible, aduce la defensa que por el mero hecho de haber suscrito el 27 de marzo de 1997 un contrato de alquiler de industria en nombre de la mercantil ZUVINSA se considera en la sentencia a Pedro Miguel partícipe de un delito de insolvencia punible, calificación que se aplica al hecho declarado probado en el ordinal sexto, relativo a "operaciones y actos de disposición para despatrimonializar VINISUR, S.A. y evitar las consecuencias económicas de los actos ilícitos anteriores".

El razonamiento que lleva al Tribunal sentenciador a condenar por tales hechos al recurrente infringe, según la defensa, las reglas de toda lógica y racionalidad, habida cuenta de los inocuos efectos que, en términos de perjuicio u obstaculización para los acreedores de VINISUR, tuvo la suscripción del mentado arrendamiento de industria suscrito por una tercera empresa, ZUVINSA, con la sociedad Luso Extremeña S.A. Se trata pues de un razonamiento carente -para la parte- de lógica y vulnerador de la presunción de inocencia que le asiste.

La parte cataloga como irrelevante el acto concreto de la firma de un contrato de arrendamiento de industria si atendemos a la propia secuencia cronológica de los hechos que la sentencia considera encaminados a la despatrimonialización de VINISUR. Y ello es así por tres motivos esenciales: (i) porque no supuso empeorar la posición de ningún acreedor de VINISUR; (ii) porque el presunto vaciamiento de activos de la sociedad ya se había producido con anterioridad; y (iii) porque dicho arrendamiento no perseguía más que dar continuidad a la actividad de la empresa y atender, precisamente, determinadas deudas adquiridas con sus proveedores.

La defensa procura resaltar la secuencia cronológica de los hitos más relevantes que precedieron al indicado alquiler de industria suscrito por el Sr. Pedro Miguel . Y en este sentido describe las operaciones previas, ya ejecutadas en años anteriores, en las que VINISUR hipotecó determinadas fincas de su propiedad para garantizar un préstamo otorgado por el ICO a Don Luis María y su esposa. También la aportación de 74.000 acciones de VINISUR para suscribir la ampliación de capital del Grupo Arnoya, SL. Señala con la misma finalidad exculpatoria la aportación por el Sr. Luis , en nombre de VINISUR, de terrenos, construcciones, instalaciones, maquinaria y créditos acreedores de dicha sociedad por valor de 500 millones de pesetas para suscribir determinada ampliación de capital de la mercantil UVANOSA. Y la transmisión de VINISUR de sus participaciones de UVANOSA por valor de 500 millones de pesetas (3.005.060 €) a Grupo Arnoya, S.L. Todas estas operaciones fueron ejecutadas en el año 1994.



Por consiguiente, estima el recurrente que los efectos del precitado alquiler resultan inapreciables para los acreedores (no se refiere en la sentencia un solo perjuicio ocasionado con tal motivo) si se compara con las operaciones que se acaban de describir.

A ello añade el desconocimiento que tenía el acusado de las intenciones con que los administradores del grupo empresarial realizaban el contrato de arrendamiento, ya que el impugnante no había intervenido en las operaciones anteriores ni en la planificación de la insolvencia de la entidad.

9. En las pp. 87 y ss. de la sentencia se recoge la operación relativa al contrato simulado de arrendamiento. La parte recurrente no cuestiona en su impugnación esa operación, pues dedica el grueso de su escrito de recurso a debilitar la relevancia de un contrato de arrendamiento de esa entidad, para lo cual, como se ha comprobado en el apartado precedente, hace una compulsión del valor de ese contrato con todas las operaciones previas que habían realizado los principales acusados en los años precedentes a la simulación contractual, especialmente en el año 1994, argumentando a partir de esos datos la insignificancia de la conducta del recurrente.

En las págs. 31 y 32 de la sentencia se declara probado lo siguiente: "Una vez traspasados los activos y actividad productiva de VINISUR a ZUMOS Y VINOS SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con LUSA EXTREMEÑA SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de otra mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del GRUPO ARNOYA, pero en realidad no siéndolo así, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por parte de la familia Luis María Luis Maite Candida .

El contrato de arrendamiento tiene las siguientes características: En representación de ZUMOS Y VINOS SL actuó Pedro Miguel , y en representación de LUSA EXTREMEÑA SL Abelardo .

El contrato contenía, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Se arrienda la industria con todos los elementos y enseres que la componían. No se realiza un inventario.
- b) El plazo de duración del contrato sería de cinco años, quedando la duración del mismo al arbitrio de una de las partes sin contraprestación e indemnización alguna para la otra.
- c) La renta se fija en cinco millones de pesetas anuales: el precio fijado como renta será aplicado en primer lugar a amortizar la deuda que la entidad arrendadora mantiene con la entidad arrendataria con anterioridad a este acto y que está suficientemente documentada entre las partes.
- d) Será responsable el arrendatario de las deudas u obligaciones contraídas por la entidad arrendadora, cualesquiera que sean sus fechas.

La mercantil LUSA EXTREMEÑA había iniciado su actividad el 16 de agosto de 1994, radicando su domicilio social en Santa Marta de los Barros (Badajoz), comenzando sus relaciones comerciales con VINISUR el día 31 de mayo de 1995.

En estas relaciones comerciales y de producción LUSA EXTREMEÑA aportaba mercancías a VINISUR constantemente, sin recibir un pago por cada servicio, sino que se iban librando letras de cambio por valor nominal de cuatro millones de ptas aproximadamente al ritmo de entrada de productos. A la vez VINISUR vendía productos a LUSA EXTREMEÑA realizándose pagos de forma similar.

Con esta operativa se emiten las cinco últimas letras de este período por valor de cuatro millones de ptas cada una, siendo la fecha del libramiento los días 1,2, 3, 4 y 5 de febrero de 1997 y el vencimiento los días 1, 2, 3, 4, y 5 de mayo. El librado era VINISUR y el librador LUSA EXTREMEÑA, figurando como avalista Luis María (no ZUVINSA).

El día 6 de febrero de 1997 LUSA EXTREMEÑA descuenta las cinco letras, en cuentas corrientes de su titularidad. El día 9 de abril de 1997 VINISUR ingresa un cheque del BBV por valor de 3.451.509 ptas a nombre de LUSA EXTREMEÑA en su cuenta del Banco Central Hispano.

El 30 de abril de 1997 se compensan las deudas de proveedor y cliente entre ambas empresas, dando un saldo a favor de LUSA EXTREMEÑA de 14.988.632 ptas, según consta en el libro diario de VINISUR de 1997.

Con fecha 2 de mayo de 1997 se realizan dos traspasos desde la cuenta del BBV cuyo titular es LUSA EXTREMEÑA a una cuenta del mismo banco titularidad de VINISUR por importe de cuatro millones de pesetas para hacer frente a los efectos con vencimientos de fecha 1 y 2 de mayo. Con fecha 5 de mayo se repite la misma operación pero con Caja de Badajoz en relación a las otras tres letras con vencimiento los días 3, 4 y 5 de mayo de 1997. Los días 1, 2, 3, 4 y 5 de mayo se produce el vencimiento de las letras a que se alude como posible origen de la deuda constatada el día 30 de abril.



En sentencia de 28 de julio de 1998 dictada en la Quiebra n°337/97 por el Juzgado de Primera Instancia n°2 de Almendralejo se confirmó el auto de 26 de enero de 1998 por el que se declaraba en estado de quiebra tanto a VINISUR como a Luis María . Dicha resolución fue confirmada por la Sentencia de 11 de junio de 2001 de la Sección la de la Audiencia Provincial de Badajoz . El Tribunal Supremo en Auto de 1 de Febrero de 2005 inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación instando contra la citada resolución de la Audiencia Provincial."

A tenor de los hechos que se acaban de describir, el argumento de la defensa relativo a la escasa entidad del perjuicio ocasionado a los acreedores por el acto de insolvencia fraudulenta y la insignificancia que ello puede determinar con respecto a la cuantía de otras operaciones fraudulentas previas en el tiempo, no excluye la tipicidad de la conducta del acusado en este caso. En primer lugar, porque el importe del contrato no es una nimiedad a tenor de las cantidades que se barajaron. Y en segundo término, la conducta del recurrente, actuando en representación tanto de VINISUR como en este nuevo contrato en nombre de ZUVINSA, en modo alguno permite hablar de cantidades inocuas, cuando se está realmente ocultando el patrimonio que VINISUR había transmitido a ZUVINSA en una primera fase, y ahora ya a Lusa Extremeña S.A. en la última etapa de evasión del patrimonio de VINISUR.

Para excluir la nimiedad del perjuicio ocasionado a los acreedores se hace preciso reproducir la motivación de los hechos probados que figura en las págs. 90 y ss. de la sentencia impugnada:

"Destacamos el carácter simulado del contrato LUSA EXTREMEÑA, actuando como tercero ajeno al Grupo empresarial ARNOYA de la familia Luis María Luis Maite Candida y ZUVINSA, por falta objeto contractual, o incluso de la más mínima lógica empresarial, lo que nos lleva a negar su real existencia, a no ser que se tenga por una situación de sucesión de empresas, en contra de lo que viene siendo declarado por los acusados e incluso intentado probar a través de una serie de documentos bancarios con lo que se pretende probar la suscripción de la ampliación de capital por parte del acusado Abelardo y su cónyuge, resulta, ante la inexistencia de prueba directa de ello, ya que se trata de una simulación de la realidad, del análisis realista de una serie de elementos indiciarios que exponemos a continuación.

La falta de acreditación de la razón de ser declarada en el contrato, ya que no aparece la existencia real de una deuda entre la propietaria de los activos ZUVINSA, que se arriendan y Lusa Extremeña, que se pretendería compensar con el contrato, sin que acredite dicha existencia, ni sirva de justificación mínima del contrato unas letras libradas por VINISUR, descontadas por Lusa Extremeña y pagadas por ésta, en una relación que parece no tener nada que ver con ZUVINSA.

En los libros diarios de VINISUR aparece que desde el 26 de marzo de 1.997 en que se realiza el contrato y el vencimiento de las letras del 1 al 5 de mayo, se producen pagos a otros proveedores en cantidad superior a 300.000.000 de pesetas, lo que pone en cuestión la razón de ser del contrato, en el sentido de que no se justifica en otra razón distinta de que fuera la propia voluntad de transmitir el patrimonio empresarial, o al menos los activos materiales empresariales, por vía de arrendamiento, en unas condiciones económicas y contractuales que resultan absolutamente fuera de toda lógica y realidad del mercado, incompatibles con el desarrollo productivo y comercial y beneficios económicos que posteriormente tuvo Lusa Extremeña según hacen constar los informes económicos (En ese periodo se produjo un incremento de más de un 1550 % en su actividad, multiplicando por 100 la media normal).

Existen varios signos que avalan estas deducciones, que se hacen constar en los diferentes informes, tales como que los trabajadores de la industria siguen estando de alta a nombre de VINISUR S.A. aunque prestan sus servicios a LUSA EXTREMEÑA S.L., así como las facturas propias del consumo de la industria que vienen giradas a nombre de VINISUR. El gerente de VINISUR utilizaba para su servicio un vehículo propiedad de AUTOS GONZALEZ, sociedad propiedad de Luis María , satisfaciendo los gastos de mantenimiento LUSA EXTREMEÑA. Esta compañía, a su vez, utilizaba un vehículo que figuraba a nombre de AGUAS DE SOUSA, satisfaciendo sus gastos de mantenimiento. El rótulo de VINISUR figuró colgado de los depósitos de almacenamiento aún después de haber cesado esta compañía en su actividad y habiendo continuado en ella LUSA EXTREMEÑA, figurando en el despacho del Gerente las fotos de las industrias de Luis María . El 6 de agosto de 1997 VINISUR traspasó a AUTOS GONZALEZ el turismo marca Mercedes modelo 190 D 2.5 matrícula EQ-....-Q que utilizaba habitualmente Pedro Miguel y que siguió utilizando con posterioridad a la transmisión, por la que no se satisfizo importe alguno.

Existen igualmente multitud de signos que evidencian una mezcla y permanente intercambio de actividades entre los acusados Abelardo , Pedro Miguel y Luis María y las empresas VINISUR, ARPOSA, LUSA EXTREMEÑA, que se reflejan por ejemplo en las exportaciones a Rusia con las que se obtuvieron importantes subvenciones indebidas, según hemos visto en los anteriores, que representan son una parte del total, confusión de actividades en el año 1997 entre ZUVINSA y LUSA EXTREMEÑA que quedan igualmente



acreditadas a través de los testimonios de varios testigos - Mateo , Santiago , Miguel , etc, comparecientes al acto de la vista.

Por otra parte, conforme con la información facilitada por el Registro Mercantil de Badajoz y de la Agencia Estatal Tributaria sobre las cuentas de LUSA EXTREMEÑA S.L., aparecen datos altamente significativos que muestran la irrealidad de la operación tal como se muestra y lo que se produjo en realidad detrás de ésta.

En ese periodo de tiempo, tras el contrato, sus gastos de explotación aumentaron 40.522.752 pesetas, su inmovilizado 30.840.015 pesetas, las existencias en la cantidad de 235.144.140 pesetas, los gastos de personal en 5.702.682 (en 1.994 ascendían a la cantidad de 107.121 pesetas) y los ingresos de la explotación en 531.713.438 pesetas, lo que se traduce en un incremento de más de un 1550 % cuando según la tendencia del sector observando los datos del Instituto Nacional de Estadística sitúa el crecimiento alrededor del 17 %.

Estas importantísimas diferencias que existen en las cifras de los años 1.994 y 1.995 de LUSA EXTREMEÑA y las posteriores ofrecen un claro indicio de que se produce un traspaso de la actividad productiva y empresarial de VINISUR, empresa especializada en mosto de uva con una gran preponderancia en el mercado de esta materia a favor de LUSA EXTREMEÑA, que era una empresa sin experiencia en esta actividad (así lo declara el propio Abelardo , que justifica en sus declaraciones el paso de Pedro Miguel a Lusa Extremeña, en la experiencia que este tenía en la actividad del mosto de uva ya que la suya era exclusivamente en vino y justifica, con explicaciones incompletas y no verosímiles el crecimiento exponencial de Lusa Extremeña). La razón es la ocultación y encubrimiento del origen de los bienes y concuerdan con la utilización por parte de LUSA EXTREMEÑA de la utilización de la estructura productiva y empresarial de otra empresa de gran volumen de actividad a la que sustituía.

En definitiva, el episodio de sucesión de empresas de VINISUR a LUSA EXTREMEÑA es el colofón de un amplio elenco de actividades y operaciones mercantiles tendente a la finalidad tantas veces dicha de opacificación de la estructura económico y financiera, de ocultación de activos y de defraudación fiscal.

La conclusión que extrae la Sala del conjunto y secuencia de operaciones a que se han hecho referencia es una total confusión de patrimonios de las empresas vinculadas con la familia Luis María Luis Maite Candida y la creación a partir de un momento que se concreta en la segunda parte del año 1997 de un artificio financiero, que se manifiesta en la utilización indistinta de sus sociedades para las actividades sin otra razón explicable que la dicha, sin tampoco razón explicable para ello en el tráfico mercantil ordinario.

Protagonista principal de estos hechos, junto con el fallecido Luis María , es su hijo Luis , con quien cooperaron de forma relevante, imprescindible para el resultado alcanzado Pedro Miguel y Abelardo , y en menor medida, aunque de forma pasiva, pero consciente la encausada Candida .

Constituye, pues, la prueba principal más evidente de todo lo dicho, los plurales y consistentes indicios que esta forma de actuar en el tráfico mercantil proyectan reflejo en la realidad. Son datos objetivos en muchos casos, perfectamente acreditados en la causa a través de la amplísima documental existente, haciendo mención especialmente de la anexa a los informes de la policía judicial actuante, ratificados en el acto de la vista (Guardias Civiles pertenecientes a la Unidad Central Operativa, Grupo de Delincuencia Económica CPn° NUM047 y NUM048 , en relación a sus informes obrante a los folios 3870 y ss y documentación anexa a T.19 y ss. y F.8655 y ss. a T.38,), en relación con las propias declaraciones de los acusados que ofrecen en el acto de la vista versiones exculpatorias, pero no verosímiles, que se desdicen sin explicación de lo declarado en la fase de instrucción, y carecen de la necesaria solidez, correspondencia y apego a la realidad que, por otra parte, resulta ampliamente evidenciada por otros medios. Además de la propia testifical de los testigos de cargo y de la defensa, que venimos desgranando, que resulta de valor probatorio relativo y secundario, pero sin que en el peor de los casos constituyan una contraprueba consistente, ni tampoco sus testimonios alcancen valor para restar credibilidad a la hipótesis resultante a la que el tribunal da, más allá de cualquier duda razonable, el carácter de hecho probado en sentencia."

El examen de la motivación probatoria que se expone en la sentencia recurrida impide, pues, acoger la tesis de la defensa, que se centra en la nimiedad o exigüidad de las transmisiones que hay detrás del contrato de industria estipulado entre ZUVINSA y la entidad Lusa Extremeña S.L. a que se refiere el Tribunal. Los indicios que se acaban de consignar recogidos de la motivación probatoria permiten fundamentar la tesis de la Audiencia cuando afirma que esa última etapa es el colofón final de la transferencia fraudulenta sucesiva del patrimonio de VINISUR hacia otra empresa que interviene como destinataria artificial de los bienes de aquélla, con el fin de extraerlos del patrimonio del grupo empresarial y ponerlos fuera del alcance de los acreedores.

El Tribunal de instancia explica en los párrafos anteriormente transcritos el ingente trasiego recíproco de bienes, de dinero y de personal entre las entidades ZUVINSA y Lusa Extremeña, y también da cuenta del asombroso incremento del patrimonio de esa última entidad, que viene a acreditar la transferencia del



patrimonio de VINISUR a Lusa Extremeña, operación realizada valiéndose de la intermediación de ZUVINSA, que era representada por Pedro Miguel, a su vez también apoderado de VINISUR. De tal modo que llega a considerarse el incremento de los ingresos de Lusa Extremeña en un 1550 %.

Se desestima, en virtud de los razonamientos precedentes, el segundo motivo del recurso.

VIGÉSIMO PRIMERO. 1. El motivo tercero lo dedica la parte, bajo la cobertura procesal del art. 849.1 LECrim., a denunciar la indebida aplicación del art. 349, en relación con el art. 15 bis, ambos del CP de 1973, vigente en el momento en que se produjo la elusión del pago del IVA correspondiente al ejercicio de 1994 por parte de VINISUR S. A., que la sentencia recurrida ha declarado probada, en la medida en que el comportamiento en ella atribuido al recurrente no cumple los requisitos necesarios para poder ser considerado constitutivo de delito.

El acusado ha sido condenado como autor responsable de un delito fiscal, relativo al impago del IVA de VINISUR en el ejercicio de 1994, igualmente con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 1.141.744 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Los hechos que determinaron la condena del acusado, según ya se consignó en su momento, se centran en el ocultamiento de dos operaciones relevantes en la declaración de la base imponible del impuesto. El 3 de noviembre de 1994, VINISUR, S.A., suscribió la totalidad de la ampliación de capital realizada por UVANOSA, S. L., por 500 millones de pesetas (3.005.060 €). Esta operación de aportación de activos fue contabilizada por 380.000.000.- pesetas (2.283.846 €), con una cuota de IVA repercutido de 57.000.000.- pesetas (342.577 €).

El día 7 de noviembre de 1994, contabilizó como gasto por arrendamientos 380 millones de pesetas (2.283.846 €), con un IVA soportado de 57.000.000.- pesetas (342.577 €), por el supuesto arrendamiento por Arnoya Financiera, SL a VINISUR, SA, de los inmuebles, instalaciones y maquinaria transmitidos a UVANOSA, SL.

Ninguna de estas operaciones se incluyó en la declaración de IVA de noviembre de 1994, ni en ninguna otra por los administradores de la sociedad, que eran Luis y Luis María -administrador de hecho-, con la finalidad de evitar el pago de los impuestos debidos.

La cuota que dejó de ingresar por el impuesto sobre el valor añadido correspondiente al ejercicio de 1994 de la entidad VINISUR, S.A., fue de 94.985.059 pesetas (570.872 euros), de acuerdo con la liquidación que figura en las pp. 36 y 37 de la sentencia impugnada.

A partir de esta base fáctica plasmada en la sentencia impugnada, la parte recurrente, que no cuestiona la nueva liquidación efectuada por la Agencia Tributaria, alega como principal argumento para exculpar al impugnante que el único hecho que se le atribuye a Pedro Miguel es que la declaración de Resumen Anual del IVA de VINISUR S.A. correspondiente al ejercicio de 1994 se presentó con su firma, en cuanto gerente y apoderado de dicha sociedad.

El resto del motivo se centra en reiterar las objeciones que ya había formulado en el motivo anterior con respecto a la falta de acreditación de la autoría del acusado por el mero hecho de presentar y suscribir la declaración del impuesto. Cuestiona que el término "colaboración" que se utiliza en la sentencia sea suficiente para condenarlo como autor o coautor. Atribuye al Tribunal de instancia una concepción meramente formal de la autoría y una utilización errónea del art. 15 bis del C. Penal de 1973 o del art. 31 del texto de 1995. Y acaba interesando que, cuando menos, se le reduzca su intervención de los hechos a la condición de partícipe por complicidad, reduciendo la pena en un grado.

2. Como puede fácilmente constatarse, las cuestiones que suscita la parte recurrente se vuelven, pues, a centrar en la verificación probatoria de la autoría, enfocadas desde la premisa de que su conducta se limitó a firmar y presentar formalmente una declaración fiscal que elaboraron otros y que él ni conoce ni controla.

Pues bien, sobre su protagonismo en los hechos, su conocimiento de su relevancia jurídica y su dominio sobre la gestión y llevanza de la entidad VINISUR en su condición de gerente ejerciente, nos remitimos a todo lo expuesto en el fundamento anterior de esta sentencia, apartados 4 y 5, dando por reproducido todo lo que allí se afirma al efecto de evitar reiteraciones superfluas. Y también nos remitimos a lo que se expuso en cuanto a la autoría del mismo delito por parte del coacusado Luis en el fundamento sexto de esta resolución.

El hecho de que el recurrente Pedro Miguel gestionara la empresa VINISUR de forma personal y directa, y además de que conociera mejor que nadie todos los entresijos de la entidad, tanto en lo referente a la comercialización de los productos como en las labores del día a día, evidencia que concurre en el caso el elemento del dolo, tanto en lo que atañe a las dos operaciones ocultadas a la Hacienda Pública como en las consecuencias que "grosso modo" ello podría generar en el ámbito fiscal. Por lo que no cabe cuestionar los argumentos de la sentencia recurrida tanto en el ámbito fáctico como jurídico.



Desde la perspectiva del elemento objetivo, el recurrente ha sido condenado como autor del delito, calificación que se ajusta a los datos probatorios que figuran en la causa, puesto que fue él quien suscribió la declaración fiscal fraudulenta y la presentó ante la Hacienda Pública, actuando en todo momento en su condición de apoderado y gerente de VINISUR, por lo que, aunque no fuera como persona física el obligado tributario sí actuaba en representación de la entidad que sí lo era (arts. 15 bis del C. Penal de 1973 y 31 del actual).

El motivo resulta así inviable.

VIGÉSIMO SEGUNDO. 1. En el motivo cuarto denuncia la defensa, al amparo del art. 849.1 LECrim., la indebida aplicación por la sentencia recurrida del art. 308, en relación con los arts. 28 b) y 74, todos del CP en su redacción vigente en el momento de los hechos, en la medida en que el comportamiento atribuido al acusado no cumpliría los requisitos necesarios para poder ser considerado constitutivo de una cooperación punible en el delito continuado de fraude de subvenciones por el que, como cooperador necesario, ha sido condenado.

El recurrente ha sido condenado como cooperador necesario en un delito de fraude de subvenciones, con aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un periodo de 3 años.

Los hechos en que se pretende fundamentar esta condena han sido ya reseñados en el fundamento vigésimo, apartado 4, de esta sentencia, hechos que damos aquí por reproducidos.

Precisa la parte impugnante que en esta parte del relato de hechos probados se hace referencia, como vimos en su momento, a una serie de solicitudes de restitución a la exportación de vino blanco de mesa a Rusia, que fueron efectuadas entre los años 1996 y 1997, no por VINISUR S.A. y Lusa Extremeña S.L., empresas de las que fue empleado el Sr. Pedro Miguel, sino por ARPOSA, una empresa del grupo Arnoya, en la que el ahora recurrente nunca tuvo responsabilidad.

A consecuencia de esas solicitudes, la empresa exportadora, que -remarca la parte recurrente- era ARPOSA y no VINISUR S.A., ni Lusa Extremeña S.L., habría obtenido indebidamente restituciones que, en conjunto, alcanzaron un importe total de 207.423.326 ptas (1.246.639 €). El carácter indebido de tales restituciones habría derivado de la discrepancia entre el tipo de producto que ARPOSA hizo constar en las peticiones de restitución como efectivamente exportado a Rusia (vino blanco excepto Sicilia y Veneto), según ya se explicó en los apartados 4 y 5 del fundamento vigésimo de esta sentencia, donde se reseñan también las consideraciones al respecto de la sentencia de instancia y de la parte recurrente.

La intervención que, según el relato fáctico de la sentencia recurrida, tuvo D. Pedro Miguel en los mencionados hechos se refiere a una fase previa a la exportación de los productos de que se tratase y a la formulación de las correspondientes solicitudes de restitución, limitándose a: i) la presentación, en nombre de las empresas proveedoras de ARPOSA (VINISUR S.A. o LUSA EXTREMEÑA S.L., según el momento) en los laboratorios oficialmente acreditados para emitir los certificados de análisis para la exportación de las muestras del producto a exportar; y ii) la expedición de los correspondientes documentos de acompañamiento D-500.

En efecto, en ese apartado de la sentencia recurrida (pp. 79 s.) se afirma lo siguiente: La condición de indebidas y recibidas fraudulentamente por falseamiento de las condiciones para la obtención de las subvenciones se produce con independencia de cuál fuera el producto exportado. En el caso de que efectivamente se hubiera exportado vino falseando la entrada en Rusia, las restituciones no deberían haber sido percibidas porque la reglamentación comunitaria clasificaba las exportaciones de vino como diferenciadas exigiendo para cobrar la restitución una prueba de la importación en el país destinatario, prueba que no se presentó en ningún momento, puesto que la documentación con la que se realizó el despacho de importación en Rusia declaraba que lo importado era mosto concentrado, no vino, por lo que se habría falseado la mercancía a la entrada en Rusia para el pago de menores aranceles.

En el caso de que la exportación hubiera sido efectivamente de mosto concentrado y no de vino, se habría falseado esta circunstancia en la aduana española, dado que este producto no tenía derecho a cobrar restituciones si la exportación era a Rusia, al no estar dentro del régimen de exportaciones diferenciadas.

La participación de los acusados Pedro Miguel y Abelardo, remitiendo en ambos casos las muestras al laboratorio y suscribiendo los documentos administrativos de acompañamiento modelo D-500, aunque lo hicieran por cuenta y mandato de Luis María, pero sin duda con conocimiento del significado de la operación que no es aislada sino que constituye una forma habitual de actuación fraudulenta de VINISUR, les convierten en cooperadores necesarios que aportan una actividad imprescindible para el resultado defraudatorio y la obtención indebida de las subvenciones.



La defensa resalta aquí que, ciertamente, para la consideración de las restituciones obtenidas por ARPOSA como indebidas y por tanto para la establecer la responsabilidad que cabría haber exigido, si no hubiese fallecido, al administrador de dicha empresa que las solicitó y percibió, podría resultar indiferente cuál fuera el producto realmente importado, pues en cualquiera de las dos hipótesis manejadas no habrían concurrido y se habrían falseado las condiciones requeridas para su concesión.

A partir de esta afirmación, la parte recurrente proporciona otros argumentos exculpatorios que no había alegado en el motivo segundo de su recurso y que no se plasmaron por tanto en el fundamento vigésimo de esta sentencia por tratarse de argumentos jurídicos que, según la defensa, eximirían de responsabilidad penal al ahora recurrente.

Se refiere con ello a la doctrina de los "actos neutrales", cuyos límites resultan en parte discutidos, pero cuyo tratamiento no ofrece dudas -para el impugnante- en hipótesis tan claras como las que se presentan en esta ocasión. A tal efecto se remite la parte al concepto y alcance de esa doctrina según se expone en la sentencia 199/2012, de 15 de marzo, cuyos párrafos principales transcribe en su escrito de recurso.

Con base en la doctrina jurisprudencial que cita, argumenta la defensa del acusado que debe considerarse absolutamente infundada la subsunción de la conducta del acusado bajo cualquier forma de intervención punible en el delito y, en particular, en la de la cooperación necesaria, pues, de otro modo, se terminaría por convertir comportamientos carentes de cualquier significado criminal y objetivamente adecuados a Derecho (aquí la presentación a análisis de una determinada mercancía y la documentación veraz del resultado de dicha comprobación analítica) en comportamientos prohibidos e, incluso, punibles solo por el conocimiento de que tales comportamientos serán utilizados por otros para cometer un delito que quien realizó aquéllos no tiene el deber de impedir. Por lo cual, el recurrente debe ser absuelto.

2. Pues bien, con respecto a las acciones neutrales se establece en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, que se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. Se decía en la STS 34/2007, de 1 de febrero, respecto de los llamados actos neutrales que la "doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución". Y se argumenta, más adelante, que "... la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto "neutral" puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc".

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación -afirman las sentencias 942/2013, 487/2014 y 290/2018- puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

Iguals criterios se han seguido en las sentencias 1300/2009, de 23 de diciembre, y 974/2012, de 5 de diciembre, y en las que en ellas se citan (SSTS 185/2005, 797/2006 y 928/2006).

3. Circunscribiéndonos ya al caso que se juzga, la forma en que desempeñó el recurrente su profesión de gestor y apoderado, y dentro de ella su elaboración o preparación de la documentación para la exportación de las partidas de vino no presentaba las connotaciones propias de un ejercicio de una acción neutral, sino que todos los factores que la rodeaban le otorgaban los caracteres prototípicos de una conducta delictiva encaminada a colaborar en una acción delictiva que se proyectaba en un contexto empresarial en el que, como advierte la sentencia recurrida, se realizaban habitualmente actividades similares con fines delictivos.



Así lo constatan los elementos probatorios que se han venido señalando en el curso de los fundamentos precedentes de esta resolución con motivo de refrendar las tesis inculpativas plasmadas por la Audiencia. Pues en diferentes apartados de esta sentencia hemos consignado, al resolver las plurales actividades delictivas atribuidas a Pedro Miguel , su implicación en la trama delictiva proyectada por los principales administradores del grupo empresarial. De modo que, acudiendo a los razonamientos precedentes en los que se examinó la forma de proceder el acusado, solo cabe concluir que también en este caso actuó con dolo por ser sabedor de que estaba contribuyendo a una operación fraudulenta de exportación que dirigía el administrador de hecho del grupo empresarial, ya fallecido.

Pedro Miguel actuó, pues, con el dolo propio del partícipe, que resulta totalmente incompatible con la calificación de acción o acto neutral que propone en su recurso. Así figura descrito en los apartados anteriores de este fundamento, donde se puede percibir fácilmente que el acusado era conocedor de las operaciones simuladas que habían ejecutado los principales acusados y también de la forma necesariamente fraudulenta con que iban a operar en los trámites que el propio recurrente se encargaba de preparar, a sabiendas de que estaba colaborando con ello a que el fraude se llevara a cabo.

Todo aboca pues de forma ostensible a la ejecución de una conducta con un sentido punible que excluía de plano la adecuación social de su proceder y confirmaba la asunción del desempeño penalmente ilícito de la labor de gestor, por lo que la alegación de la atipicidad de la conducta del recurrente por su supuesta naturaleza neutral está fuera de lugar en este caso; tanto por el contexto ilícito en que se realizó como por el conocimiento que el recurrente tenía del mismo.

Así las cosas, el motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO TERCERO. 1. En el motivo quinto, canalizado procesalmente por el cauce del art. 849.1º de la LECrim ., se invoca la indebida aplicación del art. 260 CP en su redacción vigente en el momento de la acción delictiva, en relación con el art. 28 b) CP , por no concurrir en los hechos declarados probados los requisitos necesarios del delito de insolvencia punible por el que, como cooperador necesario, ha sido condenado, así como de los arts. 109 y ss. del CP , en lo relativo a la responsabilidad civil correspondiente; y, subsidiariamente, por indebida inaplicación de los vigentes arts. 2.2 y 259 CP , por resultar la aplicación retroactiva de este precepto más favorable al reo.

Este motivo del recurso ha de ponerse en relación con lo alegado y resuelto en el fundamento vigésimo, apartados 8 y 9, donde se resolvió en sentido desestimatorio la impugnación relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al estimarse que concurría prueba de cargo suficiente para considerar probado el sustrato fáctico del tipo penal de la insolvencia punible.

Ahora la defensa considera que los hechos atribuidos al acusado no son subsumibles en el art. 260 del C. Penal , habida cuenta que no se ha acreditado el requisito típico del perjuicio que concretamente se pudiera haber irrogado a los acreedores por la celebración del contrato de arrendamiento de industria, lo que resulta muy llamativo -advierte la parte- si se tiene presente además que la cuantía de dicho perjuicio, así como el número y la condición económica de los acreedores perjudicados por el delito, eran los criterios a que se habría de atender, según lo dispuesto en el apartado 2º del antiguo art. 260 CP , para graduar la pena imponible.

Objeta el recurrente que la sentencia impugnada no está en condiciones de cuantificar el perjuicio que se habría podido irrogar a los acreedores de VINISUR S.A., ni en qué medida se habría causado o agravado de tal modo la situación de crisis o de insolvencia de esta entidad.

A tal respecto, a juicio de la parte impugnante, resultan manifiestamente inidóneos los aventurados cálculos que el Tribunal a quo desliza sobre el aumento de los gastos de explotación y personal, de capital inmovilizado, de existencias y de ingresos de explotación de la empresa Lusa Extremeña entre "los años 1994 y 1995" y las cifras "posteriores", esto es, las obtenidas "tras el contrato", pasando con ello por alto, entre otras cosas, que el incremento que hubiera, si es que lo hubo, habría de quedar referido a lo sumo a la eventual y en todo caso ignota diferencia entre los volúmenes de ingresos previos a la fecha del contrato -el día 26 de marzo de 1997- y diciembre de 1997, fecha en que el ICO se subrogó en la posición arrendadora que hasta entonces ostentara ZUVINSA, manteniendo, por cierto, el mismo precio de arrendamiento que con esta empresa había pactado la entidad arrendataria, Lusa Extremeña S.L.

Considera también la defensa que otros datos que en la sentencia se mencionan, como el uso de un vehículo de buena marca, pero de un modelo no muy lujoso y ya en 1997 algo antiguo, resultan aún menos idóneos para fijar el sí y el quantum del perjuicio que, sin fundamento alguno, se supone producido a los acreedores. Tampoco se explica cómo un arrendamiento de industria, por simulado que pudiera entenderse, pudo ser capaz de lograr "la ocultación y encubrimiento de los bienes" afectados, que habían sido ya transferidos anteriormente a otra sociedad.



También se cuestiona que conste probado en el fundamento fáctico de la sentencia de instancia que el recurrente estuviese al corriente de las operaciones de vaciamiento patrimonial de VINISUR S.A. llevadas a cabo por sus administradores, ni del efecto que las mismas pudiesen tener para generar o agravar su situación de insolvencia y perjudicar a sus acreedores.

Vuelve a incidir la defensa, como ya hizo en el motivo segundo de su recurso, en que la consideración del mencionado contrato de arrendamiento de industria como un mero "colofón", es decir, como el "punto final" o la "conclusión" de un proceso de vaciamiento patrimonial de VINISUR S.A., que los administradores de hecho y de derecho de esta compañía habían iniciado y culminado en realidad ya años antes, mediante actos, estos sí, de gran impacto y trascendencia sobre los derechos de los acreedores, obliga a poner en una perspectiva distinta a la acogida en la sentencia de instancia la conducta del impugnante.

Entiende que todo ello habría de tener como consecuencia, en el orden penal, la exclusión de cualquier forma de intervención punible en el delito de insolvencia atribuido al acusado o, como mínimo, la reducción de la forma de dicha intervención a una mera complicidad, con la correspondiente rebaja de la pena en un grado; y, aun en tal caso, su responsabilidad debería quedar limitada, a efectos de la concreta determinación de la pena, por la cuantía del perjuicio que fuese en verdad imputable a su propia intervención.

De otra parte, y en el ámbito de la responsabilidad civil, recuerda que la sentencia de instancia impuso por igual a Luis , Pedro Miguel y Abelardo la obligación de indemnizar a los acreedores de VINISUR en 300 millones de pesetas (1.803.036,31 euros) por el importe del préstamo recibido del ICO, con garantía de los bienes de VINISUR. Esta equiparación de quien intervino en todo el proceso de despatrimonialización de la entidad y quienes, a lo sumo, solo lo habrían hecho en su "colofón" resulta manifiestamente injustificada y desproporcionada.

También plantea una cuestión de sucesión normativa que ha pasado totalmente desapercibida al Tribunal de instancia. En la sentencia aquí recurrida dicho Tribunal ha dado por supuesto, sin hacer tampoco al respecto la más mínima comprobación, que a los hechos enjuiciados resultaría aplicable el art. 260 CP , en la redacción que el mismo tenía en el momento en que aquéllos se cometieron, esto es, en la formulación inicialmente establecida por la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Dicha redacción fue modificada, como ya hemos dicho, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, de un modo irrelevante para el caso que nos ocupa, pero también -y esto es lo que ha pasado indebidamente por alto la Sala a quo- por la más reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha dado a los delitos de insolvencia punibles una configuración bien distinta de la que hasta ahora tenían.

En atención a todas las consideraciones anteriores, solicita la parte la plena absolución del acusado Pedro Miguel por el delito de insolvencia punible por el que, como cooperador necesario, ha sido condenado; y, subsidiariamente, que, en caso de mantenerse su condena por dicho delito, se tome en cuenta la nueva regulación más favorable prevista en el vigente art. 259 CP y se reduzca el título de su participación al de simple complicidad. Asimismo se solicita que la responsabilidad civil impuesta al recurrente se limite exclusivamente en tal caso a los perjuicios que probadamente se hubieren derivado de su contribución al delito.

2. La mayoría de los argumentos que alega la parte para fundamentar la infracción de ley que ampara procesalmente el motivo son reiteraciones de cuestiones probatorias ya planteadas en el motivo segundo y tratadas en el fundamento vigésimo de esta sentencia, que ahora hay que dar por reproducido en todo lo que afecta a los hechos declarados probados y a su motivación.

Y en lo que se refiere al juicio de subsunción que ahora se trae a colación como motivo específico, en concreto a la tipificación alternativa de la conducta en el nuevo art. 259 del C. Penal (reforma por LO 1/2015), nos remitimos a lo que ya se dijo con respecto al coacusado Luis en el fundamento noveno de esta sentencia de casación.

Allí ya se explicó que en el caso de aplicarse el nuevo art. 259.1 del C. Penal , el precepto tendría que complementarse con la aplicación del subtipo agravado regulado en el art. 259 bis.2ª del mismo texto legal , que prevé la imposición de una pena de dos a seis años de prisión y una multa de ocho a veinticuatro meses, cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros. Precepto que tendría que activarse si se sopesan las cifras que maneja la sentencia recurrida en las pp. 90 y ss., ya transcritas en su momento, donde se plasman los indicios inculpativos referentes al traspaso de bienes entre las entidades ZUVINSA y Lusa Extremeña, S.L.

Sin que, en otro orden de cosas, la entidad y el alcance de su intervención en los hechos presente los caracteres propios de una conducta secundaria o accesoria, que son las notas que definen al partícipe por complicidad.

En virtud de lo que antecede, el motivo se desestima.



VIGÉSIMO CUARTO. 1. En el motivo sexto, bajo la cobertura procesal del art. 849.1 LECrim ., se denuncia la indebida aplicación del art. 74 (en la redacción anterior a la LO 5/2010), en relación con los art. 248 , 249 y 250.3 °, 6 ° y 7° del CP (en la redacción vigente en el momento de los hechos), por no concurrir los presupuestos para la apreciación de la continuidad delictiva, al tratarse, en realidad, de un supuesto de unidad natural de acción; y por indebida aplicación de esos mismos preceptos y de los arts. 109 ss. CP , al fijarse el quantum de la defraudación producida y de la indemnización correspondientemente impuesta sin restar de ella la cantidad que el "factum" de la sentencia reconoce abonada.

Alega la defensa que mediante una simple lectura del relato de hechos probados se puede observar que, aunque en algún punto del mismo se habla de dos compras de vino realizadas en fechas muy próximas, la primera el día 21 de enero y la segunda el 17 de marzo de 1997, precisamente a causa de esa proximidad temporal y, seguramente también por haber tenido por objeto la misma mercancía (vino blanco de la cosecha 96/97), así como por haberse producido la transacción entre las mismas personas y en virtud de una misma negociación, se desliza, ya desde el propio rótulo del fundamento fáctico de la sentencia, una consideración unitaria de todo el proceso, al caracterizarlo como una "adquisición de partidas de vino". Esa consideración unitaria se muestra particularmente patente en la descripción que se hace de la participación del acusado D. Pedro Miguel en los hechos: de él se dice que intervino "en la negociación" y que, junto con Luis María , "para obtener el vino", habría hecho "crear a los vendedores que VINISUR, S.A. tenía (...) un importante patrimonio con el que atender obligaciones como la del pago que [la sociedad] contraía con esa compra", consiguiendo así que estos "aceptaran en pago de la mercancía" una serie de pagarés que aquel firmó contra una cuenta bancaria de dicha sociedad.

Tal consideración unitaria se ve confirmada, a juicio de la defensa, en el apartado D) del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, donde en relación con la operación calificada de nuevo como "adquisición de partidas de vino de terceros sin voluntad de pago" (pp. 80-83 de la sentencia), cuando, para fundamentar en la prueba practicada la intervención del Sr. Pedro Miguel en tal adquisición se remite a la declaración en la vista de dos testigos Silvio y Santos .

Y también considera significativo la parte para sostener la consideración unitaria de todo el proceso el hecho de que, según la sentencia, en la negociación de la compraventa interviniera directamente Pedro Miguel junto con Luis María , por negociar ambos la adquisición de vino para VINISUR, y de que ambos hicieran creer a los vendedores que VINISUR, S.A., importante y conocida empresa, disponía de suficiente solvencia. De tal manera que consiguieron que los vendedores aceptaran realizar la venta a crédito, con pago de la mercancía entregada por medio de pagarés a 120 días firmados por el representante de la cía. Pedro Miguel .

Después cita la parte recurrente, para apoyar su tesis de que concurre una unidad natural de acción en lugar de un delito continuado, la sentencia de esta Sala 486/2012, de 4 de junio (a la que se remiten también, entre otras, las SSTS 597/2014, de 30 julio , y 436/2016, de 23 mayo , y la muy reciente STS 480/2017, de 27 de junio).

En la sentencia 486/2012 se argumenta lo siguiente con respecto a la continuidad delictiva en un delito de falsedad documental:

"La jurisprudencia de esta Sala ha aplicado en numerosos precedentes el concepto de unidad natural de acción para apreciar un único delito de falsedad documental en los casos en que se elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es, con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal, y actuando además con un mismo objetivo (SSTS 705/1999, de 7-5 ; 1937/2001, de 26-10 ; 670/2001, de 19-4 ; 867/2002, de 29 de julio ; 885/2003, de 13-VI ; 1047/2003, de 16-VII ; 1024/2004, de 24-9 ; 521/2006, de 11-5 ; 1266/2006, de 20-12 ; 171/2009, de 24-2 ; 813/2009, de 7-7 ; 279/2010, de 22-3 ; y 671/2011, de 20-6).

En esas resoluciones se afirma que concurre una "unidad natural de acción" en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, se lleva a cabo en "unidad de acto". Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan solo porque se da la circunstancia de que los diferentes efectos objeto de valoración vienen incorporados a varios instrumentos documentales, pero siendo una conducta del todo equivalente a la que se hubiera producido alterando las diferentes cifras si las mismas estuvieran contenidas en una sola relación. Lo determinante -dice esa jurisprudencia- es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos y lugares diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida constituye un solo delito. Han de entenderse, pues, en esos casos realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

Es cierto que los criterios expuestos coexisten con una segunda línea jurisprudencial en la que se da prioridad al criterio normativo de acción del art. 74 del C. Penal sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos



en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y el bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3 ; 1277/2005, de 1011 ; 566/2006, de 9-5 ; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4).

Para clarificar la cuestión quizá convenga advertir que tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado concurren una pluralidad de hechos desde una perspectiva ontológica o fenomenológica. Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado. De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudirse a la figura intermedia del delito continuado.

Tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado se opera con criterios normativos, toda vez que ontológica o naturalísticamente se da en ambos casos una pluralidad de actos en sentido natural. Lo que sucede es que en el primer supuesto la densidad de la normativización es menor al operar los distintos actos con una mayor estrechez y vinculación espacio-temporal, circunstancia que propicia la aplicación de un solo tipo penal más liviano, excluyéndose la modalidad más grave del delito continuado, en la que se incrementa el grado de ilicitud de la conducta y la punición de la norma debido a la menor unicidad naturalística de los actos ejecutados por el autor y a la intensificación del dolo."

2. A criterio de la parte recurrente, aplicando análogas consideraciones a las que se acaban de hacer en la sentencia citada, en el caso que nos ocupa sería inadecuado y desproporcionado estimar que las adquisiciones en un plazo muy breve de dos partidas de vino supuestamente realizada a través del mismo engaño y con el propósito unitario de dejar de satisfacer el precio para ellas pactado, constituyan dos delitos de estafa a los que se pueda aplicar el régimen jurídico de la continuidad delictiva, con el tratamiento doblemente agravado al que conduce; en primer término, la aplicación del marco punitivo previsto en el art. 250 CP y, en segundo lugar, la exasperación de la pena establecida en el art. 74.1 CP . Y ello, cuando no ya un tercero, sino el propio Tribunal de instancia había percibido esa adquisición como una unidad, particularmente en lo que respecta a la intervención de Pedro Miguel "en la negociación de la compraventa".

Dada la abstracción y la falta de detalle con la que la resolución recurrida se refiere a las circunstancias en que se desarrolló tal negociación, no es en absoluto descartable - para la defensa- que la maniobra engañosa que se atribuye al Sr. Pedro Miguel se hubiese proyectado sin más sobre los dos contratos en los que la transacción finalmente se articuló, con lo que cabría entender razonablemente cumplido ya por dicho motivo el requisito de estrecha vinculación espacio-temporal que la jurisprudencia exige para la apreciación de la unidad natural de acción excluyente de la continuidad delictiva.

3. La pretensión de la parte recurrente no puede, sin embargo, acogerse. Y ello porque, en primer lugar, en el caso que se examina concurren dos actos defraudatorios separados por casi dos meses de tiempo. La primera operación de compra de vinos, por un importe de 11.490.344 pesetas (69.058 €), se realiza el 21 de enero de 1997; y la segunda, por un importe de 21.557.501 pesetas (129.563 €), el 17 de marzo de 1997.

Por consiguiente, los actos delictivos mediante los que se perpetra la conducta de la estafa continuada comprenden dos episodios separados por casi dos meses de tiempo, interregno temporal que impide hablar de una unidad natural de acción dado el espaciamiento de fechas.

En la sentencia 462/2012 , citada supra por la parte recurrente, se argumenta para admitir la unidad natural de acción, al referirse a los actos falsarios que integraban el delito continuado de falsedad, que si bien en los hechos probados no se dice nada sobre cuándo y en qué lugar fueron confeccionados los documentos oficiales espurios, la hipótesis de que se elaboraran en un solo momento, es decir, con unidad espacial e inmediatez temporal resulta perfectamente factible y probable. De modo que, en la duda, ha de acogerse en ese caso jurisprudencial la versión fáctica que favorece al reo, máxime cuando resulta coherente y razonable hablar de una conducta en la que se daba el elemento objetivo de la inmediatez y el estrecho contexto espacio-temporal de los actos falsarios; y también el elemento subjetivo común a los distintos actos, integrado por una sola resolución de voluntad que persigue un único objetivo.

Y se añadía que en casos como el que se examinaba, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único designio y se documentan para alcanzar un mismo objetivo



(desactivar un expediente sancionador de la Jefatura Provincial de Tráfico), se considera artificioso apreciar distintas acciones falsarias para ensamblarlas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal, que está previsto para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan comprimida o cohesionada como la que se percibe en el caso que se juzga.

Pues bien, esa ínfima fragmentación o escisión entre los distintos actos plurales insertables en la figura del delito continuado entendemos que no se da en este caso. Aquí cada uno de los dos episodios fraudulentos de la estafa integra una unidad típica de acción, pero que se ensamblan por razones de la existencia de un dolo de conjunto ("siguiendo un único plan") y por cierta proximidad en el tiempo (nunca la propia de una unidad natural de acción) en la unidad jurídica propia de la estructura de un delito continuado.

Por lo demás, el otro ejemplo que también cita la parte recurrente relativo a un delito de prevaricación perpetrado fragmentariamente en varios episodios extendidos en el tiempo (STS 597/2014, de 30 de julio), tampoco resulta aplicable al caso. En él se examinaba un delito de prevaricación que se perpetró dictando sucesivos decretos municipales que, al levantar los reparos formulados en cada momento por la Intervención de fondos, no pretendían sino aparentar que se estaban cumpliendo unos trámites legales para soslayar la manifiesta ilegalidad inicial. Se consolidaba así esa situación primigenia, y con ello, la realización de los pagos que sucesivamente iba reclamando la empresa beneficiaria de dicha situación, IMES SA.

Esta Sala advirtió en esa ocasión que una cosa es que se dictasen sucesivos Decretos municipales para levantar los correspondientes reparos, y otra distinta que cada uno de ellos constituya una unidad típica de acción cuyo resultado permita construir la unidad jurídica en que consiste el delito continuado.

Por consiguiente, no se resolvió el caso aplicando una unidad natural de acción y excluyendo con ese criterio que concurriera un delito continuado y sí en cambio un único delito de prevaricación sin continuidad delictiva, sino que se consideró que había varias acciones naturales distanciadas en el tiempo (no una unidad natural de acción). Pero se advirtió que cada una de ellas no integraba una unidad típica de acción insertable en la figura de la prevaricación, sino simplemente acciones naturales distintas que se ensamblaban en una sola unidad típica de acción y por lo tanto en un solo delito de prevaricación. Se rechazó así la unidad jurídica de acción propia del delito continuado (integrada por varias unidades típicas), y se admitió una sola unidad típica de acción que abocaba necesariamente a estimar un solo delito de prevaricación.

Así las cosas, no puede acogerse la tesis de la parte recurrente, dado que en el caso que ahora se juzga sí concurren dos unidades típicas de acción fraudulentas, al describirse en los hechos dos operaciones de compraventa distintas, cada una de las cuales se integraron en la unidad jurídica que define el delito continuado de estafa.

El motivo no puede por tanto acogerse.

VIGÉSIMO QUINTO. 1. En el motivo séptimo, también por el cauce del art. 849.1 LECrim., esgrime el recurrente la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, por la indebida inaplicación del art. 65.3 CP en relación con los arts. 28 b) y 260 y 308 del mismo texto legal.

La defensa se queja de que Pedro Miguel haya sido condenado como cooperador necesario de un delito de fraude de subvenciones y también como cooperador necesario de un delito de insolvencia punible sin que le haya sido aplicado el art. 65.3 del C. Penal, en el que se establece que "Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate."

Considera la parte que, tratándose ambos de delitos especiales propios, y resultando patente que el acusado no tenía las condiciones, cualidades o las relaciones personales requeridas para ser autor de ninguno de esos delitos, el Tribunal de instancia debió aplicarle la reducción de pena prevista para esos casos en el art. 65.3 CP, y tampoco ha explicado las razones que hayan podido conducirle a su exclusión.

Admitida la naturaleza facultativa de la rebaja de pena, la Sala de instancia no detecta en el relato de hechos probados las razones que podrían justificar la exclusión de la atenuación prevista para el extraneus. La sentencia de instancia no explica el porqué de un tratamiento punitivo que iguala al sujeto especialmente obligado y al partícipe que carece de la cualificación propia del delito especial que comete el primero.

Aduce la parte que para ser autor idóneo del delito de insolvencia punible se requiere la condición de deudor y de quebrado (o de persona sujeta a concurso o suspensión de pagos) y que -conforme al vigente art. 259.1 y 2 CP- se sigue requiriendo la condición de deudor y de encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente (o causar la propia situación de insolvencia), cualidades todas ellas no concurrentes en la persona del acusado, sino en la sociedad VINISUR S.A.



Y recuerda asimismo que el Tribunal de instancia tampoco consideró que fuera aplicable al recurrente, sino a quienes, actuando como administradores de hecho o de derecho, ejercieron "el dominio y control efectivo de la empresa", lo dispuesto en el art. 31 CP (p. 109 de la sentencia de instancia). Al Sr. Pedro Miguel se le consideró en lugar de ello, por su contribución "parcial" e "imprescindible", aun sin tener ese dominio del hecho, cooperador necesario del delito en cuestión.

Incide la defensa en que, si bien el art. 65.3 CP establece que la disminución de pena al partícipe del delito especial propio es una mera posibilidad de la que dispone el Tribunal, no es menos cierto que, dado que en ese partícipe no concurre el mismo deber que en el autor propio, la disminución de la pena prevista para éste derivaría de que la ausencia del incumplimiento de deberes exigibles al autor propio ya reclama, salvo excepción, esa disminución de pena en comparación al autor. Y aunque es cuestionado en la doctrina que el delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP sea también, conforme al tenor literal del precepto, un delito especial, así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala en algunas resoluciones.

Ese error iuris determina que se aplique en ambos casos dicha reducción punitiva en virtud del citado precepto legal.

2. Con carácter previo a la resolución del motivo conviene advertir y precisar que, a pesar de que la parte recurrente se queja de que no haya sido dedicado ni un renglón a argumentar sobre la posibilidad de aplicar el art. 65.3 del C. Penal, lo cierto es que, tal como resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, ninguna de las defensas ha planteado la cuestión referente a la reducción de la pena en virtud de ese precepto, que no ha sido objeto de debate alguno en la instancia. De ahí que en la resolución impugnada no se haga referencia a la amortiguación de la pena por la falta de cualificación especial del autor de los hechos delictivos.

Tal como señala la parte recurrente, la jurisprudencia de esta Sala considera que el fraude de subvenciones previsto en el artículo 308 CP es un delito especial propio, en tanto en cuanto solo puede ser autor de tal infracción penal la persona que reúne las especiales condiciones o cualidades típicamente exigidas, es decir, ser beneficiario de la subvención.

En la STS 1030/2013, de 28 de noviembre, se argumenta que el delito de fraude de subvenciones es un delito especial: exige la condición de beneficiario de la subvención en el sujeto activo. Como en todos los delitos especiales la participación del extraneus suscita problemas.

El art. 65.3 CP (tras la modificación introducida en el mismo mediante la L.O. 15/2003), establece: "Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate".

Pues bien, en el caso que nos ocupa se declara probado en las pp. 23 y 24 de la sentencia, como ya se expuso en su momento, que "a) Durante los años 1996 y 1997, ARPOSA solicitó restituciones por valor de 119.432.696 ptas. por la exportación de vino blanco de mesa desde el mes de junio de 1996 hasta enero de 1997, código de la mercancía NC 22.04.29.65. Las muestras para obtener los certificados de análisis para la exportación fueron presentadas por el acusado Pedro Miguel, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de VINISUR. Sin embargo, en los documentos aduaneros de importación rusos aparecía que el producto importado era el de código 22.04.30.990 y 22.04.30.980, ambos correspondientes a un producto distinto del declarado al exportar.

b) Por otro lado, durante los meses de marzo a abril de 1997, el propio Luis María facilitó a ARPOSA producto exportado con el código 22.04.29.65. En estos casos los análisis eran presentados por Pedro Miguel, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, en representación de Luis María. Por estas exportaciones ARPOSA solicitó la cantidad de 16.513.519 ptas. Una vez más, el producto despachado en la aduana rusa fue el NC 22.04.30.980.

c) Durante los meses de abril y mayo de 1997, Pedro Miguel, apoderado de VINISUR, en representación de la mercantil ZUMOS Y VINOS SL presentó muestras para obtener certificados de análisis a la exportación, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, que fueron utilizados por ARPOSA. También en esta ocasión el producto declarado era el NC 22.04.29.65, solicitando restituciones por valor de 10.125.332 ptas. El producto declarado a la entrada en la Federación Rusa era el NC 22.04.30.980.

e) Abelardo, en representación de ARPOSA y con documentos de acompañamiento D-500 de LUSA EXTREMEÑA SL solicitó certificados de análisis que fueron presentados para la exportación de mismo producto código NC 22.04.29.65. Nuevamente el producto declarado a la entrada en Rusia vuelve a ser el NC 22.04.30.980. Por estas expediciones se solicitaron en septiembre, noviembre y diciembre de 1997 un total de 28.593.950 ptas."



Estos actos de colaboración del recurrente Pedro Miguel con Luis María para que este obtuviera las subvenciones fraudulentas por la exportación de vinos a Rusia, han sido calificados en la sentencia recurrida como una cooperación necesaria del acusado con respecto al delito del art. 308 del C. Penal . La defensa considera en su recurso que esa calificación jurídica debe ser amortiguada punitivamente con arreglo a lo dispuesto en el art. 65.3 del texto punitivo.

El recurrente carece de la cualificación del autor de las defraudaciones, por lo que en principio, según los criterios aplicados por la Sala en otras ocasiones, cabría esa atenuación punitiva. Así lo consideran las SSTS 277/2015, de 3 de junio ; 149/2015, de 11 de marzo ; y 1030/2013, de 28 de noviembre . Y también es cierto que ha habido bastante propensión a aplicar la atenuación punitiva en favor de los partícipes en quienes no concurren las cualidades o condiciones que prevén los tipos penales especiales (SSTS 309/2006 , 627/2006 y 641/2012).

Sin embargo, se precisa resolver si, al ser facultativa la atenuación, se dan o no en este caso las condiciones para que se aplique el art. 65.3 del C. Penal . A este respecto, la persona que, según los hechos declarados probados, solicitó y obtuvo las subvenciones fue el administrador de hecho y máximo factótum de todo el grupo empresarial, Luis María . El recurrente fue quien consiguió y aportó las muestras para que se pudieran obtener los certificados de análisis para la exportación, además de los documentos de acompañamiento modelo 500 firmados por él, actuando en representación de VINISUR, empresa del grupo. Para ello siguió las indicaciones de aquél, que solicitó y tramitó la solicitud de las subvenciones a través de la entidad ARPOSA, que también controlaba.

Así las cosas, se dan los requisitos necesarios para que se reduzca en un grado la pena del impugnante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65.3 del C. Penal , atendiendo a la inexistencia en el recurrente del deber específico del sujeto activo de un delito especial propio, según criterios jurisprudenciales y también de importantes sectores doctrinales. Y como además la intervención material activa que tuvo el impugnante como partícipe en un delito especial no alcanzó un grado de control o dominio de la acción que justifique la equiparación de la pena a la del autor del delito, ha de estimarse que está justificada en el caso la aplicación del art. 65.3 del C. Penal .

Los mismos argumentos y conclusiones han de aplicarse en lo que atañe al delito de insolvencia punible, a tenor de las circunstancias que se han explicado en los fundamentos vigésimo y vigésimo tercero de esta sentencia, pues se dan unas circunstancias similares a las reseñadas en el delito de fraude de subvenciones. El de insolvencia punible es un delito especial propio, el recurrente ha sido condenado como cooperador necesario, carece de la condición previa de deudor obligado, actuó bajo las directrices de los máximos responsables del grupo empresarial, y su intervención material activa como partícipe cooperador en un delito especial no alcanza un grado de dominio de la acción que justifique la equiparación de la pena del autor del delito. Todo lo cual fundamenta también en este caso la aplicación del art. 65.3 del C. Penal .

Se estima pues el motivo, con las consecuencias punitivas que se expondrán en el fundamento siguiente.

VIGÉSIMO SEXTO. 1. El motivo octavo, enfocado por el cauce procesal del 849.1 LECrim., tiene por objeto denunciar la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo, a causa de la incorrecta aplicación efectuada de los arts. 21.6^a y 66.1.2^o CP , en relación con el art. 24.2 CE , que establece el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

En este motivo formula la parte diferentes objeciones centradas todas ellas en la cuantificación de la pena, tanto de las perspectiva del marco legal como en lo que atañe a la individualización judicial.

En el fundamento décimo de esta sentencia se responde ya, al examinar las impugnaciones del recurrente Luis , a la mayoría de las cuestiones que suscita aquí la defensa de Pedro Miguel . Nos remitimos, pues, a lo que allí se dijo sobre las dilaciones indebidas y a las notables deficiencias que se perciben en toda la materia relacionada con la motivación de las penas y su individualización legal y judicial para cada uno de los acusados.

Nos limitaremos, pues, ahora a ir analizando cada una de las impugnaciones relativas a las individualizaciones de las penas impuestas al recurrente, aspecto que ha sido también impugnado por el Ministerio Fiscal en su recurso destinado específicamente a la impugnación de la determinación de las penas aplicadas a diferentes acusados.

2. Comenzando por las penas que corresponden al delito contra la Hacienda Pública de impago del IVA correspondiente al ejercicio de 1994, fue condenado por la Audiencia como autor responsable de un delito fiscal, relativo al impago del IVA de VINISUR, en el periodo fiscal de 1994, igualmente con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 1.141.744 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.



Las penas privativas de libertad llevarán consigo la accesoria de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio de elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados.

Al imponerle ahora una pena inferior en un grado en virtud de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, le corresponde una pena de arresto mayor, lo que genera una horquilla comprendida entre un mes y un día y seis meses de arresto mayor, una multa de la mitad al tanto de la cuota defraudada, y un año, seis meses y un día a tres años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

Así las cosas, ahora se le impondrán al recurrente por el delito de fraude del IVA una pena de un mes y un día de arresto mayor; una multa de la mitad de la cuota defraudada, es decir: 285.436 euros; y una pena de 2 años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

3. En lo que concierne al delito de estafa, fue condenado como autor de un delito continuado de estafa agravada por razón de la cuantía, con la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Con respecto a este delito la pena que se le impuso le favorece, habida cuenta que le correspondía una pena de 3 años y 6 meses de prisión y una multa en la mitad superior, es decir, de 9 a 12 meses, debido a que la pena que le corresponde comprende de 1 a 6 años (art. 250 CP), y la continuidad delictiva la eleva a la mitad superior. Ahora la base de esa pena habría que reducirla en un grado, comprendiendo por lo tanto de 21 meses a tres años y seis meses menos un día de prisión. Esta pena es superior a la que se le impuso (un año de prisión), por lo que no procede modificarla peyorativamente en contra del reo. Y lo mismo sucede con la pena de multa. De ahí que el Ministerio Fiscal no interesara en su recurso la modificación punitiva.

4. También fue condenado como cooperador necesario de un delito continuado de fraude de subvenciones, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 2.400.000 euros, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de 3 años.

Como la pena que le corresponde, según el art. 308 del C. Penal de 1995 es la de 1 a 4 años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, la pena habría que imponérsela en su mitad superior (delito continuado), y a partir de ahí descender desde la cuantía mínima en un grado. Es decir, que la pena comprendería entre 1 año y 3 meses de prisión y 2 años y 6 meses de prisión. Ello significa que no le favorece al reo sino que le perjudica la modificación de la pena (se le impuso un año de prisión). De ahí que el Ministerio Fiscal no interesara en su recurso la modificación punitiva. Ha de sopesarse que la continuidad delictiva no llega hasta la pena en grado superior, dado que esa exasperación no entró en vigor hasta la reforma del C. Penal de 2003.

Ahora bien, la pena referida ha de reducirse ahora en otro grado más, habida cuenta de la aplicación del art. 65.3 del CP . En virtud de lo cual, la horquilla punitiva comprende desde 7 meses y 15 días hasta 1 año y 3 meses menos un día. La pena se fija, por consiguiente, en 8 meses de prisión, es decir, casi la mínima.

En cuanto a la pena de multa (fue fijada en 2.400.000 euros), también ha de ser reducida en dos grados (atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y por lo dispuesto en el art. 65.3 CP). La ley la fija en una cantidad que comprende desde el tanto al séxtuplo del importe de la suma defraudada: 1.246.639, 30 euros. Esta cantidad ha de ser reducida también en dos grados, es decir, en la mitad de la mitad. Siendo así, la multa a imponer se establece en 400.000 euros.

Por último, al reducir también en dos grados la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período, que comprende de uno a 3 años, se establece ahora en la cuantía de siete meses.

5. Por último, fue condenado como cooperador necesario en un delito de insolvencia punible, con apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de un año de prisión y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Aquí también procede apreciar, como en los casos anteriores y por las mismas razones, la reducción de la pena en dos grados. Ello determina que la pena prevista en la ley (art. 260, redacción del C. Penal de 1995), comprendida entre 2 y 6 años de prisión y multa de 8 a 24 meses, se fije ahora en una pena de 6 meses de prisión y una multa de 2 meses, a razón de la misma cuota de 150 euros al día.

Se estima, pues, el motivo en los términos que se acaban de exponer, con las costas de oficio del recurso (art. 901 LECrim).



E) Recurso de Abelardo

VIGÉSIMO SÉPTIMO. 1. En el motivo primero invoca la parte, con soporte procesal en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, la vulneración de la tutela judicial efectiva del recurrente, Abelardo, por incumplirse el principio acusatorio y por incongruencia omisiva, lo que le habría generado indefensión.

Alega la defensa que, en su informe final, denunció la violación de los principios de legalidad y acusatorio porque, tratándose el delito de insolvencia de un delito especial, autor solamente puede serlo quien cumple los requisitos establecidos en el art. 260 del C. Penal, entre los que se encuentra, como elemento esencial, el ser deudor. Esta condición no concurría en Abelardo y, por tanto, no podría ser condenado como autor de la comisión del citado delito.

A mayores, señala el impugnante que la sentencia recurrida no solamente no entra a resolver sobre tal cuestión esencial, dado el tratamiento de delito especial de la insolvencia punible, sino que, sin motivar la razón, procede a condenar a Abelardo como cooperador necesario del delito de insolvencia punible cometido.

En nuestro ordenamiento jurídico -dice la parte- el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar. Con ello se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente acusación contra él. La condena presupone una acusación sostenida por alguien distinto del Tribunal que juzga. A ello se añade, aunque más en relación con el derecho de defensa, que la acusación ha de formularse en condiciones tales que el acusado pueda defenderse de la misma.

En la causa se acusa a Abelardo como autor de un delito de insolvencia punible, por considerar que el alquiler de las instalaciones propiedad de VINISUR, que realizó a través de su empresa, Lusa Extremeña, SL, de la que, desde mediados del año 1996, era administrador único, se realizó para perjudicar a los acreedores y evitar que éstos pudieran cobrar los créditos que, a su favor, tenían frente a VINISUR, ZUVINSA, UNVANOSA y Luis María.

El artículo 260 del CP (delito de insolvencia punible), en virtud del cual las partes acusan en concepto de autor al ahora recurrente es un delito de los denominados especiales. Solamente pueden ser cometidos por las personas que cumplen los elementos que recogen el tipo. Concretamente, para poder ser autor del mismo, es necesario ser deudor y, además, que se encuentre en las situaciones que refleja el precepto. Y, tanto en la instrucción de la presente causa como en el Plenario, ha quedado claro que Abelardo ni era deudor ni concurrían en él ninguna de las causas que, de haber sido deudor, tienen que completar el tipo señalado en citado precepto.

Sentado pues cuál era la acusación vertida, subraya la parte que puso de manifiesto en el inicio de su informe la imposibilidad de poder condenar a Abelardo por tal delito, por la razón obvia de no ser deudor, pues éste era Luis María y VINISUR, como ha quedado acreditado a lo largo del proceso y así fue recogido en la sentencia de la Sala de instancia.

Pues bien, según la defensa, la Audiencia no solamente obvia pronunciarse sobre la denuncia planteada, sino que tampoco argumenta sobre la calificación que de los hechos realizan las acusaciones y que, dado lo manifestado, daría lugar a la libre absolución del recurrente. Para salvar la situación, sale por la tangente y condena a Abelardo como cooperador necesario para la comisión de un delito de insolvencia punible, pero ni responde a la denuncia realizada por la parte, ni motiva por qué no responde a las acusaciones y, menos aún, motiva por qué condena por algo que ninguna de las acusaciones había solicitado.

Concluye la parte señalando que lo anterior, además de violar el principio acusatorio, supone una violación de la tutela judicial efectiva por no responder a todas las cuestiones que planteó en su alegato final.

2. Los criterios que aplica la parte recurrente sobre el principio acusatorio no se corresponden con los que postula la jurisprudencia y la doctrina, toda vez que no todo cambio en una calificación jurídica vulnera el principio acusatorio. Ello solo sucederá cuando la modificación resulta sustancialmente heterogénea y genere indefensión al acusado.

A este respecto se argumenta en la sentencia de esta Sala 362/2010, de 28 de abril (reproducida en la STS 438/2018, de 3-10), que la clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos estos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de ejecución o de participación más grave, ni apreciar la existencia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal que suponga tal nivel de semejanza que impida que se dé una situación de indefensión, al poder ser debatidos todos los puntos de la sentencia por estar contenidos en la acusación.



Y prosigue diciendo la sentencia citada que en el caso existió una perfecta definición fáctica del hecho y una condena por el mismo delito y por la misma participación, en ningún caso por participación más grave, al equipararse por la ley a la suerte del autor la del cooperador necesario. Por otro lado, esta participación plenamente deducible del "factum" acusatorio, hasta puede entenderse más benigna por la sencilla razón de que al tratarse de un delito especial propio cabría en abstracto considerar la responsabilidad menor del extraño en aplicación del artículo 65.3 CP . Finalmente recuerda la sentencia 362/2010 que no puede pasar desapercibido que la imputación genérica por el art. 28 CP incluye como título de participación, dentro de los autores, a los cooperadores necesarios.

Y en la sentencia 438/2018, de 3 de octubre , que a su vez se remite a la ya referida 362/2010, se recuerda al tratar una problemática conceptual muy similar a la que aquí se examina, que no se vulnera el principio acusatorio en el caso de que se hayan mantenido los mismos hechos variando solamente la calificación jurídica de la participación del recurrente, sin que ello haya supuesto valorarla más severamente atribuyéndole consecuencias más gravosas, dada la equiparación total existente, y no solo a efectos penológicos, entre la autoría o coautoría y la cooperación necesaria, equiparación que tiene su origen en la misma literalidad del Código Penal cuando dice que "También serán considerados autores : b) los que cooperan a su ejecución [a la del hecho] con un acto sin el cual no se habría efectuado".

Por otro lado, aun cuando la conducta imputada al sujeto sea la propia de un coautor, en los delitos especiales la exigencia de la concurrencia de determinadas condiciones en el autor impide considerar como tal a aquellos en los que no concurren, de forma que, en esos casos la participación de extranei solo puede ser considerada, excluidos los supuestos de inducción, como constitutiva de cooperación necesaria, aunque materialmente se corresponda con la coautoría. De otro lado, como ya hemos puesto de relieve más arriba, la jurisprudencia ha considerado que en esos casos no se vulnera el principio acusatorio (ver STS 129/2018, de 20-3).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial precedente al caso que ahora se juzga determina que no se ha infringido el principio acusatorio ni el derecho a la tutela judicial efectiva. Pues el Tribunal sentenciador no modificó los hechos imputados por las partes y se limitó a considerar que, con arreglo a los mismos, procedía apreciar una participación por cooperación necesaria en lugar de una autoría, calificación que en modo alguno agravaba la pena imponible al acusado, sino que, como se verá en su momento, incluso la aminoraba, al propiciar la aplicación del art. 65.3 del C. Penal .

Así las cosas, el motivo no puede asumirse.

VIGÉSIMO OCTAVO. 1. En el segundo motivo denuncia extensamente la parte, al amparo procesal de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, (art. 24.1 y 24.2 de la CE), por entender que no se ha valorado correctamente la prueba practicada en el plenario, vulnerando con ello la presunción constitucional que ampara al acusado.

Entiende la defensa que no se pueden declarar probados los hechos imputados al recurrente, al basarse la condena únicamente en prueba indiciaria con insuficiente capacidad probatoria. Así, (i) en cuanto al delito de fraude en la obtención indebida de subvenciones, ni se ha acreditado que los documentos citados los haya firmado Abelardo , ni que su actuación haya sido necesaria para llevar a cabo el injusto, ni que se haya beneficiado del delito cometido; y (ii), en cuanto al delito de insolvencia punible, ni se ha acreditado tal insolvencia, ni se ha acreditado el impago y ocultación de bienes, ni la autoría del recurrente, ni siquiera su grado de participación, por lo que no concurrirían los elementos mínimos establecidos para poder mantener la comisión, como autor o partícipe, de Abelardo .

a) Después de teorizar extensamente sobre el derecho a la presunción de inocencia y acerca de los requisitos para que opere la prueba indiciaria, aduce la parte como argumentos principales con respecto a la imputación del delito de fraude de subvenciones al acusado Abelardo que lo único que pone de manifiesto la documentación aportada es (a) su necesidad de ser aportada por el Expedidor, en este caso también vendedor, para aquel comprador que quisiera exportar; (b) que además de ser necesaria para el traslado del vino, la misma tenía como destino un puerto español, donde era entregada al exportador/comprador; (c) que en la misma se rellena a máquina el nombre de la empresa que aparece como Expedidora, lo que no quiere decir que se haya rellenado por Abelardo ; (d) el único elemento que podría poner de manifiesto su elaboración es la firma y, de ésta, negó que fuese suya en el plenario, durante su declaración como acusado en cada uno de los documentos que le fueron; (e) por último, indicar que ninguna mención se hizo por la acusación sostenida por el Abogado del Estado, ni tampoco se recoge alguna en la sentencia de la Sala de instancia, respecto de la autoría de la documentación falsificada, ni de los certificados cambiados en la documentación presentada en la aduana rusa.

Por tanto, según la parte no está acreditado, en contra de lo que dice la sentencia, (conjugando la propia documentación que refiere y la declaración de Abelardo a preguntas del Abogado del Estado), ni que se



elaborara el documento, ni que el mismo se firmara por Abelardo , ni que se presentase por él o por orden suya. De igual forma, tampoco se habría acreditado, ni siquiera indiciariamente, que Abelardo haya tenido algo que ver en la elaboración, firma y/o presentación de la documentación falsificada ante la aduana rusa.

A mayores, dice que los documentos de los que habla la sentencia, y que le sirven de base a la Sala para condenarle como cooperador necesario son documentos que recogen los datos correctos, sin modificaciones ni alteraciones, en plena concordancia con el producto que sale de las dependencias del Expedidor (con el refrendo de la Administración encargada, cada uno de ellos), y, en tales condiciones, se entregan al comprador y/o su representante en el puerto español pactado y que consta en citados certificados.

Lusa Extremeña vendía a ARPOSA vino blanco de mesa conforme figura en todos los certificados aportados a las actuaciones y correlativos, cada uno de ellos, con los documentos de acompañamiento administrativo (ejemplo, por todos, tomo 28, folios 6307 y 6308). Estos Certificados eran emitidos por la Estación Enológica del Servicio de Control de la Calidad y Apoyo Tecnológico de la Dirección General de Comercio e Industrias Agrarias, perteneciente a la Consejería de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura. Son documentos públicos, no rebatidos en el presente proceso, ni siquiera cuestionados. Y, curiosamente, no tenidos en cuenta.

b) En cuanto al delito de insolvencia punible y su condena como cooperador necesario, alega la defensa que la sentencia declara en sus hechos probados que "Una vez traspasados los activos y actividad productiva de VINISUR a Zumos y Vinos SL (ZUVINSA, antes UVANOSA), el 26 de marzo de 1997 ZUVINSA suscribe un contrato simulado de arrendamiento de industria con Lusa Extremeña, SL., a través del cual se garantizaba la continuación de la actividad a través de otra mercantil con la apariencia de ser independiente de VINISUR y del Grupo Arnoya, pero no siéndolo en realidad, al seguir manteniéndose el control de la actividad de esta empresa por parte de la familia Luis María Luis Maite Candida . En representación de Zumos y Vinos SL actuó Pedro Miguel , y en representación de Lusa Extremeña SL, Abelardo ".

Cuestiona la defensa las suspicacias del Tribunal por el hecho de que el contrato de arrendamiento no plasme un inventario de los bienes y enseres que comprende, dado que ambas partes son conocedoras por sus relaciones de esos datos. Y también se queja de la relevancia que se le da al hecho de que el pago se haga con compensaciones de deudas. También discrepa de que se considere el precio del arrendamiento demasiado escaso, especialmente si se compulsa con el precio que se pagó a la nueva arrendadora: ZUVINSA.

Aparte de lo anterior, aduce la defensa que la sentencia recoge en las páginas 90, 91 y 92, a modo de conclusiones, una serie de datos y argumentos que poco o nada tienen que ver con la valoración conjunta de las pruebas que obran en las actuaciones y en el Plenario. Y ello porque, en primer lugar, llega al convencimiento del carácter simulado del contrato a través del análisis de una serie de elementos indiciarios que no comparte el recurrente.

Considera también la parte recurrente que ha quedado acreditado que Lusa Extremeña ostentaba frente a VINISUR un saldo a su favor por un importe superior a 15 millones de pesetas (90.152 €) y que este saldo a su favor provenía de la última compra de vino, temporada 96/97, que VINISUR había hecho a LUSA EXTREMEÑA, SL. Esta deuda viene ratificada por el informe de los miembros de la Guardia Civil que emitieron en el Plenario (12:54:57, del día 31 de mayo de 2016), así como del informe que consta en las actuaciones, al tomo 19, folio 3899, donde expresamente señalan el saldo a favor de Lusa Extremeña.

También señala el recurrente que existía otra justificación que olvida la sentencia recurrida: que VINISUR tenía entregado un aval de 50 millones de pesetas (300.506 €) a favor de la Agrupación de Cooperativas Extremeñas, que obra al Tomo 42, folios 9596-9597, a la que había adquirido 12 millones de litros de mosto concentrado, que suponía un precio superior a los 200 millones de pesetas (1.202.024 €). VINISUR no iba a poder hacer frente al pago y recogida del mosto adquirido a la Cooperativa y, además de perder el aval de 50 millones de pesetas (300,506 €), tendría que responder de los daños y perjuicios que originase por la no recogida de tan importante cantidad de producto.

A la vista de lo expuesto queda patente, según la parte, que sí existía justificación económica del contrato y, lo más relevante, que la misma consta aportada a las actuaciones y ratificada en el Plenario.

En cuanto a lo que figura en los libros de contabilidad de VINISUR y los pagos a acreedores por más de 300 millones de pesetas (1.803.036 €), evidencian, según la parte recurrente, (i) que atendía sus pagos hasta dónde llegaba y (ii) que ello no implica disponibilidad posterior y el poder hacer frente a las obligaciones que se han expuesto; y (iii) consta en las declaraciones del plenario que, en esas fechas, abril/mayo de 1997, existían muchos acreedores de VINISUR a los que no se les podía hacer frente, por lo que Luis María se reunió con todos ellos en Almendralejo para garantizarles una solución. Ello habría determinado que, tras esos pagos, desapareciera la liquidez (declaración testifical prestada por Mateo desde el minuto 11:01:10, incluso centrandolo en marzo/abril de aquella fecha).



Alega también la parte que ni él ni su empresa, Lusa Extremeña, formaban parte del grupo Arnoya, como se dice en la sentencia. Hecho este corroborado por los informes periciales de la Administración de Hacienda que obran en las actuaciones, donde no se refleja que hubiese relación entre VINISUR y LUSA EXTREMEÑA, más allá de las relaciones comerciales.

En cuanto al hecho de que la empresa del acusado se quedara con los trabajadores que tenía VINISUR, ello obedeció a que así lo disponía el contrato de arrendamiento; además son los únicos que saben y conocen en Almendralejo cómo se trabaja con el mosto concentrado.

La defensa reconoce que existe una relación entre ambas empresas, de una parte Lusa Extremeña y de otra VINISUR-ZUVINSA, que puede dar lugar a pensar en situaciones poco claras, pero ello no implica que esa falta de claridad desemboque en la consumación delictiva que aquí se pretende.

Y también señala que Lusa Extremeña, SL, creció exponencialmente desde su inicio, principalmente en los años 94 y 95, y en esas fechas Abelardo ni era socio ni Administrador de Lusa Extremeña SL., ya que entró en esa sociedad en 1996.

Por todo lo expuesto, considera el impugnante que existen argumentos sólidos y coherentes que ponen de manifiesto la debilidad con que ha sido valorada la prueba practicada e, igualmente, la prueba aquí recogida, acredita la fragilidad de los indicios que tilda la sentencia de consistentes, y que por sí mismos no desvirtúan la presunción de inocencia; sino que la prueba practicada, y no valorada o valorada defectuosamente, pone en evidencia y sienta las bases de la existencia de un contrato de arrendamiento ajustado a derecho, ni mendaz, ni espúreo y, mucho menos, ilícito.

2. Pues bien, en lo que respecta a la intervención del acusado Abelardo en el fraude de subvenciones de vino a Rusia, se declara probado en la sentencia recurrida (pp. 23 y 24) que Pedro Miguel y Abelardo, en representación, respectivamente, de VINISUR y de Lusa Extremeña, SL, presentaron producto para su análisis y posterior exportación por ARPOSA, durante mayo, julio y agosto de 1997. La exportación volvió a llevarse a cabo bajo la posición NC 22.04.29.65, y la importación en Rusia con el NC 20.04.30.980, por estas exportaciones se solicitaron indebidamente 32.757.829 ptas. (196.878 €).

Abelardo, en representación de ARPOSA y con documentos de acompañamiento D-500 de Lusa Extremeña SL solicitó certificados de análisis que fueron presentados para la exportación del mismo producto código NC 22.04.29.65. Nuevamente el producto declarado a la entrada en Rusia vuelve a ser el NC 22.04.30.980. Por estas expediciones se solicitaron en septiembre, noviembre y diciembre de 1997 un total de 28.593.950 ptas. (171.853 €).

Y en la fundamentación de la sentencia se expone (p. 79) que la participación de los acusados Abelardo y Pedro Miguel consiste en que remitieron en ambos casos las muestras al laboratorio y suscribieron los documentos administrativos de acompañamiento modelo 500 y los documentos DUA. Y aunque lo hicieran por cuenta y mandato de Luis María, actuaron sin duda con conocimiento del significado de la operación, que no es aislada, sino que constituye una forma habitual de actuación fraudulenta de VINISUR. Ello les convierte -dice la sentencia- en cooperadores necesarios por aportar una actividad imprescindible para el resultado defraudatorio y la obtención indebida de las subvenciones.

El recurrente admite en el recurso que esa documentación sí salió de su empresa, pero pretende exculparse exponiendo dudas de que fuera firmada por él, objeción que carece de toda base razonable si se sopesa que él era la persona que dirigía y administraba Lusa Extremeña, S.L.

Y en cuanto a su intervención en la ejecución del plan destinado a generar la insolvencia de VINISUR, vaciando su patrimonio en perjuicio de los acreedores, nos remitimos a todo lo consignado de forma extensa en el fundamento vigésimo, apartado 9, en donde se desarrolla y argumenta el conjunto de actos fraudulentos realizados por los acusados según se relata y razona en los argumentos allí consignados, que se consideran concluyentes y que damos ahora por reproducidos para no incurrir en reiteraciones y alargar en exceso esta sentencia.

En ese fundamento de derecho se explican todas las vinculaciones entre las tres empresas (VINISUR, UVANOSA y Lusa Extremeña), se plasman los claros indicios centrados en el incremento patrimonial inexplicable de Lusa Extremeña y el vaciamiento de VINISUR, así como las connivencias entre Pedro Miguel y Abelardo en esa clase de conductas.

Siendo así, y una vez que se han acogido como probados los hechos relativos a las actuaciones de connivencia, confabulación y complicación de los dos acusados en los actos encauzados a insolventar VINISUR, solo cabe inferir que la conducta de ambos acusados en relación con su colaboración como cooperadores en el fraude de subvenciones relativo al vino exportado a Rusia tiene la misma base probatoria. De modo que la alegación



de una falta de dolo carece de todo fundamento a partir de las inferencias concluyentes e insoslayables que se extraen de los datos objetivos.

Se desestima, por tanto, este motivo del recurso.

VIGÉSIMO NOVENO. 1. El motivo tercero lo formula la parte por infracción de Ley (art. 849.1 de la LECrim), al considerar que han sido infringidos los artículos 308 y 28 del C. Penal , en relación con el art. 74.

La parte recurrente califica de incorrecta la aplicación del tipo penal del fraude de subvenciones, al estimar que el acusado es completamente ajeno a los hechos precisos para llevar a cabo la acción delictiva, lo que excluye que su participación pueda ser catalogada de cooperación necesaria, ni de ninguna otra, ya que no existe interrelación entre los inculpados, ni dominio sobre la acción punible.

Alega al respecto que, partiendo del concepto restrictivo de autor, solo se responde como partícipe quien interviene en el hecho delictivo contribuyendo causalmente a su realización. Sin embargo, no consta acreditada la participación de Abelardo en la elaboración de los documentos que sirven de base a la Sala de instancia para condenar al mismo por este delito. A los efectos de poner de manifiesto, además, la imposible participación, asume, en los estrictos términos de defensa esgrimidos, que los citados documentos fueron elaborados por la empresa Lusa Extremeña, SL, de la que Abelardo era socio y administrador único.

Sentado lo anterior, alega que ha de atenderse al tenor literal del artículo 308 CP : "el que obtenga subvenciones..., falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que las hubiesen impedido..." Por lo cual, se puede concluir que el delito se comete desde el momento en que se falsean las condiciones requeridas para su concesión, no antes. Conforme establece la sentencia de la Sala de instancia, página 76, se trata de actividades de exportación de mostos a Rusia bajo código arancelario diferente al que correspondía, obteniendo restituciones indebidas, realizadas por Arnoya Posada SA (ARPOSA), a través de varios expedidores durante los años 1996 y 1997, declarando que era "vino blanco de mesa materia) (código de mercancía 22.04.29.65, correspondiente a vino blanco excepto Sicilia y Veneto)" (folio 6639 Tomo 30). Sin embargo, consta... que las autoridades rusas habían informado que el producto que fue importado a su país era distinto, correspondiendo a mosto de uva de mesa, códigos 22.04.30.990 y 22.04.30.980, pagando en base a este concepto los aranceles de importación. Este producto, distinto del que se hace constar en las peticiones de restitución, no estaba acogido a restituciones cuando se trataba de exportaciones a países distintos a los indicados en el Reglamento CEE 2805/95, entre los que no estaba incluida Rusia"

Señala la parte que, a la vista de lo expuesto, el delito se produce porque en las solicitudes de restitución se acredita que el vino enviado a Rusia tenía un código que sí estaba acogido a las restituciones, cuando en realidad, el exportado era otro distinto.

Conforme consta en las actuaciones, según el recurrente, la actividad de Lusa Extremeña, SL, en todas estas operaciones se limitó a expedir los certificados necesarios para que pudiera salir el vino de sus instalaciones hasta el puerto de embarque, como recogen los documentos que obran en la causa (Tomo 28 folios 6307 y siguientes; folios 6639 y siguientes, del Tomo 30), y nada más. A mayores, de la revisión de citados documentos se constata, y así lo recoge la sentencia de la Sala de instancia, que el producto que se especifica en los mismos (i) sale de las instalaciones de Lusa Extremeña; (ii) su destino es un puerto español, generalmente, Bilbao o Sevilla; (iii) que su código es 22.04.29.65; (iv) que tanto el producto como los códigos que el mismo tiene en todos los documentos (6037 del Tomo 28; todos los que figuran en el tomo 29, 6311 y siguientes; y los que figuran en el tomo 30, folios 6515 y siguientes), consistentes en el Documento Administrativo de Acompañamiento 500, se encuentran validados y conformes por la Dirección Provincial del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, quien certificaba qué producto, cuánta cantidad, en qué condiciones y a dónde se destinaba. Por tanto, concluye que la actividad de Lusa Extremeña era anterior al momento en que se modificaban tanto los códigos de los productos que entraban en Rusia como de la elaboración de los documentos que se presentaban para pedir la restitución.

Advierte después que los documentos que elaboró Lusa Extremeña eran necesarios para que el producto pudiese salir de sus dependencias para alcanzar el destino que figuraba en los documentos de acompañamiento, siempre la aduana de un Puerto en España. Y ello porque así lo exigía la normativa vigente en la materia conforme al RD 323/1994, sobre los documentos que acompañan el transporte de productos vinícolas en aplicación del Reglamento de la CEE 2238/93 sobre esta materia, se dictó la Orden Ministerial de 20 de mayo de 1994 por la que se dictan normas de desarrollo sobre los citados documentos.

La parte se queja de que por el mero hecho de rellenar los documentos referidos previos e imprescindibles para la salida del producto de sus instalaciones y su depósito en el destino indicado en los mismos, es por lo que "se convierten en cooperadores necesarios que aportan una actividad imprescindible para el resultado defraudatorio y la obtención indebida de las subvenciones. (sic)".



Alega que Lusa Extremeña vendía a ARPOSA vino blanco de mesa material, conforme figura en todos los certificados aportados (prueba de cargo, por cierto) a las actuaciones y correlativos, cada uno de ellos, con los documentos de acompañamiento administrativo (ejemplo, por todos, tomo 28, Folios 6307 es el Documento Administrativo de Acompañamiento y el folio 6308 es el Certificado de análisis de exportación N.º 219, correspondiente al anterior Documento Administrativo, como se observa en su parte inferior izquierda, en la validación que realiza la administración). Estos Certificados eran emitidos por la Estación Enológica del Servicio de Control de la Calidad y Apoyo Tecnológico de la Dirección General de Comercio e Industrias Agrarias, perteneciente a la Consejería de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura. Son documentos públicos, no rebatidos en el presente proceso, ni siquiera cuestionados.

Advierte finalmente la parte que lo que después hiciera ARPOSA, sus trabajadores y/o colaboradores con el vino adquirido, así como con la documentación que acompañaba al producto, será obligación de las acusaciones acreditar si fue un actuar lícito o ilícito.

2. Como puede fácilmente constatarse, la parte recurrente se aparta de forma ostensible y sin reparo alguno de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, y vuelve a cuestionar los hechos probados sin entrar en impugnaciones relativas a la subsunción jurídica, que es la única materia que ahora podía tratar y problematizar por la vía procesal del art. 849.1º de la LECrim .

De nuevo incide de forma reiterada en la inexistencia de dolo en su conducta, alegando que desconocía lo que pudiera hacer el acusado ya fallecido con la documentación que preparaba el recurrente, siendo él ajeno a los actos fraudulentos que pudiera ejecutar la entidad ARPOSA bajo el mando y la dirección del principal acusado, ya fallecido.

Los argumentos son similares a los utilizados en su momento por el coacusado Pedro Miguel , si bien la defensa de Abelardo prescinde de la utilización del concepto de "actos neutrales" y de todas las consecuencias exculporias que conllevaría.

Nos remitimos, pues, a todo lo que se arguyó y concluyó en el fundamento precedente, dado que el presente motivo retoma el tema probatorio y la presunción de inocencia, si bien centrada ya más bien en elemento subjetivo del delito, materia que ya fue examinada en el fundamento precedente, dándose ahora por reproducido lo que allí se dijo.

Ahora bien, aquí también conviene igualmente dar por reproducido lo que se expuso en el fundamento vigésimo quinto para el coacusado Pedro Miguel en lo que se refiere a la aplicación del art. 65.3 del C. Penal , que ha de extenderse por los mismos fundamentos jurídicos también al ahora recurrente Abelardo , lo que determinará la reducción en un grado de las penas que se le impusieron por los dos delitos: fraude de subvenciones e insolvencia punible.

Visto lo cual, y en cuanto que ello sí constituye una cuestión jurídica y no fáctica, se hace preciso advertir en este motivo que en la segunda sentencia se le reducirá la pena por cada uno de los delitos en los mismos términos que se precisaron para el impugnante Pedro Miguel .

Se acoge, pues, parcialmente este motivo de impugnación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

TRIGÉSIMO. En el motivo cuarto se denuncia, al amparo del art. 849.1º de la LECrim , la vulneración de los arts. 28 y 260 del CP vigente.

Los requisitos que deben concurrir para ser considerado autor del delito de insolvencia punible tipificado en el artículo 260 del CP vigente, son: 1º ser deudor; 2º que te encuentres en una situación de quiebra, concurso o suspensión de pagos; 3º que con tus actos favorezcas la situación de crisis económica; 4º y que ésta o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

Reitera aquí la parte recurrente de nuevo toda la problemática referente a que el recurrente había sido acusado como autor del delito de insolvencia punible y, sin embargo, fue condenado como cooperador necesario, modificación que considera vulneradora del principio acusatorio al no haberla propuesta ninguna de las partes acusadoras.

Pues bien, toda esa cuestión ya fue suscitada en el motivo primero y extensamente examinada y resuelta en sentido desestimatorio al considerar este Tribunal que no se conculcaron ni el principio acusatorio ni el derecho de defensa. Damos, pues, por reproducido lo que se expuso en el fundamento vigésimo séptimo.

Añade después la defensa que tampoco concurre en el caso prueba acreditativa del dolo como elemento subjetivo imprescindible, ni se estima que se den las circunstancias objetivas en las operaciones realizadas



por la empresa del acusado para poder hablar de una conducta fraudulenta en perjuicio de los acreedores del grupo empresarial Arnoya.

En el desarrollo argumental del motivo, la parte recurrente vuelve a suscitar todas las cuestiones probatorias que ya planteó en el motivo segundo de su recurso, y a las que nos hemos ya referido en el fundamento vigésimo octavo de esta sentencia, que pusimos en su momento en relación con el fundamento vigésimo, apartado 9.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar, si bien se aplicará el art. 65.3 del C. Penal al recurrente en los mismos términos en que se procedió con respecto al impugnante Pedro Miguel .

Se estima así parcialmente este motivo, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

TRIGÉSIMO PRIMERO. 1. En el motivo quinto, con cita procesal del art. 849.1 de la LECrim , se invoca la infracción de los artículos 308 y 28, en relación con los artículos 65. 3 °, 66. 1. 2ª y 70.1. 2ª, y también con lo señalado en el artículo 2.2, todos ellos del Código Penal actual y vigente.

En el presente procedimiento se condena a Abelardo en su condición de partícipe en el delito continuado de fraude de subvenciones en la condición de cooperador necesario, con la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Sin embargo, al margen de considerar la parte que no se dan los requisitos que puedan llevar aparejada tal condena por los motivos ya expuestos a lo largo del presente recurso, aduce que, en la aplicación de la condena y pena impuesta (entendiendo por tal, tanto la pena principal, como las accesorias), se ha obviado lo preceptuado por el artículo 65. 3° del CP vigente, en relación con el artículo 2.2 del CP .

2. La pretensión de la parte ya ha sido tratada y resuelta en los fundamentos precedentes de esta resolución. Nos remitimos pues a todo lo que se razonó y resolvió en el fundamento vigésimo quinto con respecto al coacusado Pedro Miguel . De modo que se acoge el argumento jurídico de la parte recurrente, aunque debe advertirse que no se comparte en cambio el cálculo punitivo mediante el que materializa la defensa la reducción punitiva.

A tal efecto, nos remitimos al cálculo realizado en el fundamento vigésimo sexto con respecto al coacusado Pedro Miguel .

El motivo debe pues ser atendido en los términos reseñados.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. El motivo sexto lo dedica la parte, también por la vía procesal del art. 849.1 de la LECrim , a cuestionar la aplicación de los artículos 260 y 28, CP 1995 , en relación con los artículos 65. 3 °, 66. 1. 2ª y 70.1. 2ª, y también con lo señalado en el artículo 2.2, todos ellos del Código Penal actual y vigente.

También aquí, lógica y congruentemente, damos por reproducido lo expuesto en los fundamentos vigésimo quinto y vigésimo sexto de esta sentencia, tanto en lo que atañe a la procedencia de la aplicación del art. 65.3 del CP como en lo que concierne a la pena que procede imponer en la segunda sentencia.

Conviene, pues, recordar que el acusado Pedro Miguel fue condenado, además de por otros dos delitos, también por el delito continuado de fraude de subvenciones y por un delito de insolvencia punible. Un vez que ahora se considera que también a Abelardo ha de aplicársele en ambos delitos el art. 65.3 del C. Penal , hacemos extensiva a este recurrente la motivación punitiva y las nuevas penas más livianas que se han impuesto en el fundamento vigésimo sexto al acusado Pedro Miguel , a la vista de la similitud delictiva y de circunstancias que se dan en las conductas de ambos acusados, según ya constó en la igualación punitiva con la que se operó en la instancia.

Se estima por tanto el motivo, con la consiguiente modificación de penas en la segunda sentencia a dictar.

Por otra parte, se estima parcialmente el recurso del acusado, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

F) Recurso del Ministerio Fiscal

TRIGÉSIMO TERCERO. El Ministerio Fiscal circunscribe su recurso de casación a impugnar la determinación de las penas que se impusieron a algunos de los acusados. Entiende que si bien el Tribunal de instancia ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, no se ha procedido después en su razonamiento y fallo a concretar debidamente el alcance de la reducción punitiva con respecto a algunos de los acusados. Por lo cual, considera que deben ser reducidas en un grado algunas de las penas impuestas a los acusados Luis , Pedro Miguel , Abelardo y Candida en los términos que expone en su escrito de recurso, dedicando a cada uno de ellos el correspondiente motivo de los cuatro que formaliza.



En el desarrollo de esta sentencia, como los acusados han ido cuestionando en sus escritos de recurso la impugnación de las penas impuestas, esta Sala, ponderando también en cada caso las alegaciones del Ministerio Público, ha ido ya rectificando las penas establecidas por la Audiencia.

Por lo tanto, al primer motivo del Ministerio Fiscal se ha respondido en el fundamento décimo de esta sentencia, donde se han rectificado las penas impuestas al acusado Luis .

El motivo segundo, relativo a la modificación de las penas impuestas al acusado Pedro Miguel , ha sido ya tratado y resuelto en el fundamento vigésimo sexto, a cuyo contenido nos remitimos, dándolo por reproducido.

El motivo tercero, referente a la determinación de las penas impuestas al acusado Abelardo , ha sido tratado y resuelto en el fundamento trigésimo segundo, que damos ahora también por reproducido.

Y en cuanto al motivo cuarto, que se centró en la determinación de las penas impuestas a la acusada Candida , ha sido examinado y resuelto en el fundamento decimocuarto, que damos ahora por reproducido.

Así las cosas, se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, en los términos expuestos en los fundamentos décimo, décimo cuarto, vigésimo sexto y trigésimo segundo, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

G) Recurso de Autos González, S.L.

TRIGÉSIMO CUARTO. 1. En el primer motivo invoca la recurrente, bajo la cobertura procesal de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , la conculcación del art. 9.3 CE (principio de legalidad).

La razón, según la defensa, es que se ha entablado acusación, enjuiciamiento y condena a la entidad recurrente en calidad de responsable civil subsidiaria con relación a hechos descritos en la sentencia supuestamente cometidos por Luis María , persona fallecida con anterioridad a la apertura de la fase de juicio oral, y por lo tanto no enjuiciada en la causa.

La tesis nuclear que se sostiene en todo el motivo se centra en alegar que no existe responsabilidad criminal cuando ha fallecido la persona acusada del delito, y sin responsabilidad penal no puede haber tampoco responsabilidad civil dentro del procedimiento penal, ya sea directa o subsidiaria.

También incide la parte recurrente en que sin variación alguna en las acusaciones, calificaciones provisionales y definitivas sobre el hecho indubitado mencionado, y sobre las concretas peticiones en la forma que las mismas fueron efectuadas, no cabe que se establezca condena civil ex delicto contra la entidad recurrente, que fue llamada al procedimiento para responder civilmente por supuestas conductas criminales de la persona fallecida.

Asimismo aduce que el principio constitucional de legalidad proscribiera cualquier interpretación analógica que se realice en perjuicio de parte, y ello sucede cuando se quiebran preceptos legales como el art. 116 CP y los arts. 115 y 116 LECrim , para mantener un pronunciamiento de condena indeterminado por no especificarse de quién se responde subsidiariamente.

2. Con el fin de centrar las cuestiones que se han venido formulando con respecto a la responsabilidad civil que impugna la parte recurrente, se hace preciso transcribir con carácter previo cuáles son los hechos declarados probados que aparecen específica y directamente vinculados a la atribución de la responsabilidad civil, así como los concisos fundamentos de derecho que afectan a esa materia.

Pues bien, en la pág. 16 de la sentencia impugnada se declara probado lo siguiente:

"Grupo Arnoya. Este grupo o holding empresarial familiar, del que forma parte VINISUR fue fundado y presidido por el fallecido Luis María desde el año 1960. Estaba integrado por las siguientes empresas: Arnoya Financiera SL, Aguas de Sousa SA, Arnoya Congelados SA; la Patena SA -ex Cava Fin de Siglo SA y hoy Viña Doval SA-, Uvanosa SL que cambió posteriormente a Zumos y Vinos SL (conocida como ZUVINSA), Arnoya Posada SA, Rectoral Amandi SA, Cosecheros del Vino de Ribeiro SL, Promotora Marin SA, Residencial Campo de Santiago SA, Residencial Ribadavia SA, Valdamor SA, Viajes Compostela SA, Autos González SL, Autocares González SL, Fondos Galicia Dos SA, Gallega Lusa de Bebidas, Industria de la Uva SA, Leche Celta SA, Montealegre Club de Golf SA, Bodegas Arnoya (nombre comercial de Luis María en cuanto comerciante individual), Arposa SA, Grupo Arnoya SL, Arpon SA y Arnoya Agrícola SA., todas ellas dirigidas y controladas, incluso en los aspectos contables, desde las oficinas centrales conocidas como "La Torre".

El control se ejercía directa y principalmente, por el fundador Luis María y, desde su incorporación al grupo empresarial familiar, también por su hijo Luis , adquiriendo una intervención creciente a lo largo de la cronología en la que se extienden los hechos. También Candida , cónyuge del fundador, la cual sin



tener intervención activa en la gestión de las empresas del grupo, participó de forma pasiva en los actos desarrollados por aquel, en la forma en cómo se dirá después.

SPAIN TRADE AB, (en lo sucesivo, también SPAIN TRADE) era una empresa Sueca dedicada a la importación y exportación entre otros productos de mosto de vino, cuyo gerente, representantes y también accionista en cantidad indeterminada era el encausado de nacionalidad sueca Sebastián . Se desconoce la situación actual de dicha sociedad."

En la pp. 20 y 21 se declaran probados los siguientes hechos:

"Para que VINISUR, S. A. pudiera recibir del SENPA las subvenciones o ayudas a la exportación de productos vitivinícolas referidas, resultaba imprescindible obtener de una entidad aseguradora los avales necesarios en favor de la administración, que debía presentar y entregar al SENPA en garantía del cumplimiento de los compromisos que se fueran contrayendo.

Para ello, Luis María , en ejecución del plan previsto con Sebastián , negoció con ASEFA, S.A. Compañía de Seguro y Reaseguros, un contrato de afianzamiento, pero ocultando que se pretendían utilizar los avales para la obtención indebida de subvenciones a la exportación de mosto, aparentado falsamente en la negociación, por otra, la solidez, solvencia y seriedad de las empresas que garantizaban a su vez el contrato y que se agrupaban o así fue presentado, como GRUPO ARNOYA.

Así, el 11 de julio de 1991, Luis María , en representación de ARNOYA POSADA SA (ARPOSA), sociedad domiciliada en Orense dedicada a la "importación y exportación de toda clase de mercancías y bienes" especializada en comercio exterior y marketing internacional de los productos del grupo de empresas que se integran en el llamado GRUPO ARNOYA, suscribió con ASEFA SA, Seguros y Reaseguros, un contrato de seguro de fianza a favor de la Administración, siendo su objeto garantizar a cualquier entidad pública o privada que exigiera el tomador (ARPOSA) y/o cualquier persona física o jurídica que el tomador indicara.

En virtud de dicha cláusula ARPOSA (tomador) indicó a ASEFA (aseguradora) las provisiones de fianza que ésta debía hacer ante las entidades de la Administración para garantizar las operaciones que con tales Entidades realizasen las personas físicas o jurídicas designadas por el tomador.

Previamente, y en la misma fecha, ASEFA procedió tanto con la tomadora del seguro como con las compañías y personas físicas designadas por ésta a la suscripción de un contrato (convenio) General de Indemnización, por el que tanto ARPOSA, como las demás compañías se comprometían a indemnizar a ASEFA con un aval de carácter solidario. El convenio indemnizatorio fue suscrito como fiadores solidarios por sí y con el deudor. Intervino Luis María en representación de VINISUR, COSECHEROS DEL VINO DE RIBEIRO, AGUAS DE SOUSA, BODEGAS ARNOYA, INDUSTRIA DE LA UVA, ARNOYA CONGELADOS y LA PATENA; Valeriano en representación de Gómez De Castro y de AUTOS GONZALEZ, así como Luis María en nombre propio y en el de su mujer, la acusada Candida ."

Y en las pp. 116 y 117 (fundamentación de la sentencia) se argumenta sobre la responsabilidad civil subsidiaria lo que sigue:

"Por otra parte, resulta cierto que la extinción de la posible responsabilidad penal del Sr. Luis María , fallecido con anterioridad a este juicio, impide el surgimiento de la responsabilidad civil derivada de los delitos que le eran imputados.

No obstante la Sala reitera las anteriores consideraciones en relación con la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA, especialmente, además, en cuanto se vieron beneficiadas por la insolvencia punible por la que se condena al resto de los acusados, menos el Sr. Sebastián , en relación con las deudas generadas por VINISUR SA, en su actividad ilícita, y por el resto de sus empresas sucesoras.

En relación con las alegaciones efectuadas por Gómez de Castro, SA, Autos González, SA, y resto de entidades en la misma situación, la Sala no entra en la discusión de si en este momento efectivamente son terceros ajenos al GRUPO ARNOYA, con el que manifiestan nada tener que ver, y únicamente se pronuncia declarando la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas de dicho grupo y que esta situación jurídica se transmitió a sus sucesoras, formando parte de su pasivo, los créditos generados en favor de los acreedores por hechos ilícitos, perfectamente conocidos, de sus sucedidos, aunque la deuda no estuviera judicialmente declarada, conservando en todo caso el derecho de repercutir dicha responsabilidad.

Igualmente, SPAIN TRADE AB y sus sucesoras responderán subsidiariamente de las responsabilidades civiles directas declaradas en esta sentencia de Sebastián ."



3. Respondiendo ya a las objeciones formuladas en este primer motivo, si bien lleva la razón la parte recurrente cuando alega que al fallecer el principal acusado ya no cabía atribuir responsabilidades civiles derivadas de los delitos que se le imputaban, pues ni siquiera pudo ser sometido a juicio para responder sobre ellos, debe tenerse sin embargo en especial consideración que hubo otros sujetos directamente vinculados al grupo empresarial, por ejercer funciones de administración y de gerencia, que sí han sido condenados penalmente sobre diferentes tipos penales con perjuicio de terceros según recuerda la propia sentencia. Ello significa por tanto que no ha desaparecido la responsabilidad civil subsidiaria relativa a los delitos ejecutados por los responsables del grupo, según se comprueba en el fallo de la sentencia y en las responsabilidades civiles que se mantienen.

No obstante, sí debe advertirse también el dato relevante, que favorece a los responsables civiles, consistente en que en esta sentencia de casación ha quedado excluida la responsabilidad penal del acusado Sebastián , por lo que, al no haber sido condenado ninguno de los dos responsables del delito de fraude de subvenciones relativo al episodio de la venta de vinos a Suecia, es claro que queda sin efecto en el proceso penal la responsabilidad civil que pudiera derivarse de ese apartado de hechos delictivos, cuantificada en una cifra próxima a los 4 millones de euros, circunstancia que favorece a todos los responsables civiles y no solo a los que han recurrido en casación. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitarse fuera de la jurisdicción penal.

Por consiguiente, las responsabilidades civiles que pudieran haberse derivado de los hechos concernientes al fraude de subvenciones en relación con la exportación de las partidas de vino a Suecia, e igualmente de la estafa agravada cometida con respecto a la entidad aseguradora ASEFA han quedado sin efecto en este procedimiento.

Así pues, se estima parcialmente este primer motivo del recurso en los términos que se acaban de exponer.

TRIGÉSIMO QUINTO. El segundo motivo lo destina la parte, por la misma vía procesal que el anterior, a denunciar la infracción del art. 24.2 de la Constitución por no haberse respetado el derecho al juez predeterminado por la ley.

La tesis que sostiene aquí la defensa se basa en que, una vez extinguida la responsabilidad penal atribuida al acusado Luis María debido a su fallecimiento, ya habría perdido la competencia sobre la causa el Tribunal penal para dictar una condena por responsabilidad civil, por lo que no podría haber entrado a conocer sobre esa clase de responsabilidad en la vía penal, a tenor de lo que se dispone en el art. 115 de la LECrim sobre la responsabilidad civil ex delicto.

La argumentación sería correcta si el único responsable penal fuera el fallecido, pero ya se ha advertido en el fundamento anterior que también estaban imputados penalmente otras personas: Sebastián , Luis , Candida y otros sujetos. Visto lo cual, es claro que el Tribunal Penal tenía que seguir conociendo de los hechos punibles y de la responsabilidad civil atribuida a diferentes acusados hasta dictar sentencia.

La pretensión de la parte recurrente carece pues de una base argumental asumible, en vista de lo cual el motivo no puede atenderse.

TRIGÉSIMO SEXTO. 1. El motivo tercero se plantea al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , denunciándose en él la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Arguye aquí la parte que no se ha enervado la presunción de inocencia del principal acusado, Luis María , lo que habría determinado que no se podrían exigir responsabilidades a las entidades que comparecían como responsables civiles subsidiarias, entre ellas Autos González, S.L.

La parte recurrente vuelve a incidir en este motivo en que el mantenimiento de temerarias posturas por parte de las acusaciones ha tenido efecto en la resolución que ahora se recurre, viéndose con claridad cómo, pese a no haberse quebrado -por imposibilidad natural- la presunción de inocencia del fallecido, ello ha tenido "viles consecuencias" sobre Autos González S.L. y otras entidades llamadas al proceso como responsables civiles subsidiarias.

La parte considera que debe denunciar las prácticas que conculcan una presunción de inocencia en la vertiente de motivación y razonabilidad probatoria, prácticas que se materializan en juicios de inferencia, los cuales, según jurisprudencia de esta Sala, son aquellas proposiciones mediante las cuales se afirma la concurrencia de un hecho subjetivo que, por su propia naturaleza, no es perceptible u observable de manera inmediata o directa. No resulta lícito que la sentencia haga referencia a través de juicios de valor, durante gran parte de su estructura narrativa, sobre las intenciones y elementos subjetivos pertenecientes a una persona que por su fallecimiento no ha podido ser juzgada.



En concreto, alega la parte que carece del más mínimo soporte probatorio incluir como prueba acreditada que "Todas estas operaciones (se refiere a la petición de avales) se realizaron dentro del marco de ejecución de actividades de la estructura de defraudación concertada entre Luis María y Sebastián ", máxime si se toma en consideración, como elemento de muestra, y sin necesidad de entrar en la evaluación subjetiva del fallecido, el hecho de que para tal "concierto defraudatorio" fue requisito "sine qua non" el concurso de la propia querellante. Ello de por sí serviría para desactivar una estructura que, por hechos acreditados, requirió, en esa operativa de exportación a Suecia, de la omisión o pasividad de la aseguradora querellante (a cambio de sustanciosas primas pagadas por entidad no tomadora ni designada por ésta -de ahí la necesaria colaboración de la aseguradora-, como consta acreditado).

Resalta también la parte como expresiones impregnadas de elementos subjetivos la "intención de que fuera reexportado (el vino), dentro del plan concertado según habían pactado ejecutarlo Luis María y Sebastián ", intenciones y elementos subjetivos atribuidos al fallecido sin mesura y prueba de clase alguna, pero que en realidad "constituyen subjetividades" que no pudieron ni pueden ser imputadas a quien no intervino en juicio ni se pudo defender.

Por razones expuestas, se debe tener por no puesto en la sentencia todo aquello que haga referencia a Luis María , sobre hechos subjetivos que no encuentran apoyo en ningún principio de prueba que se haga constar en el contenido de la citada resolución.

2. La parte recurrente cuestiona, pues, que se puedan hacer referencias en los hechos probados de la sentencia recurrida a las intenciones con que actuaba Luis María al proyectar la exportación de los vinos y al pactar el contrato de aseguramiento con la entidad querellante ASEFA, sin contar para ello con la versión del fallecido, a pesar de lo cual se entra a formular inferencias sobre las intenciones que tenía al realizar conductas que incriminan, penal o civilmente a terceras personas.

Sobre este particular procede contraponer un doble argumento a las alegaciones de la defensa. En primer lugar, que cuando fallece un sujeto implicado en un procedimiento penal resulta factible y razonable acudir, para establecer las responsabilidades penales de otros coautores o partícipes, como sucede en este caso, a otras pruebas personales, periciales y documentales que puedan alumbrar datos relevantes para dilucidar la responsabilidad de los intervinientes que sí son acusados, no desde luego de quienes por haber fallecido ni siquiera pueden ser condenados. Y entre esos datos se encuentran también, lógicamente, los referentes a quien formaba parte de la trama investigada y que no pueden ser enjuiciados por causa de fallecimiento. De modo que los datos probatorios colegidos con respecto a ellos, si bien nunca van a repercutir en la responsabilidad penal del imputado fallecido, sí pueden contribuir a verificar y constatar la conducta real de los sometidos a juicio.

Ello es lo que ha sucedido en el supuesto enjuiciado, toda vez que para esclarecer la responsabilidad de otros presuntos autores de los hechos se acude a datos e indicios referentes al fallecido, como pueden ser los documentos suscritos por él, actos en que intervino o, en fin, manifestaciones y reuniones de las que pudieran dar cuenta terceras personas. De no ser así, no solo no se podría juzgar y condenar al fallecido, lo cual es obvio, sino que tampoco se podría disponer de las pruebas vinculadas a su persona que pudieran hacer justicia con respecto a terceros que sí pueden ser enjuiciados. Y es que el descarte o exclusión de tales elementos probatorios carecería de toda base razonable en supuestos delictivos en que dos acusados actuaran concertadamente con fines defraudatorios, ya que siempre resultaría imposible referirse a la conducta de uno de ellos sin hacer referencia a la del presunto coautor con el que actuaba en connivencia, aunque en la práctica procesal se suele sustituir el nombre de la persona fallecida y se sustituye por una descripción o designación impersonal, como la de actuar "en connivencia o de acuerdo con otro sujeto u otra persona que no es acusada en la causa".

De otra parte, centrados en los hechos que ahora se dilucidan, las críticas que hace la parte recurrente en este apartado de la sentencia ya no tienen la relevancia que se les pretende dar. Pues, tal como ya se ha adelantado en diferentes apartados de esta resolución, no sólo no ha sido dictada condena por razones obvias contra un fallecido, sino que lo sucedido realmente en este caso es que se ha excluido la responsabilidad penal del acusado Sebastián . Y ello porque se ha estimado que no concurre prueba de cargo suficiente para acreditar que interviniera en la operación contractual relativa al contrato de fianzamiento estipulado con AFESA, ni tampoco que estuviera al tanto de esa operación y que supiera además que el fallecido y alguno de sus colaboradores formaran parte del convenio de fianzamiento con ánimo de no cumplimentar las cláusulas del contrato que les obligaban a reponer el importe de los avales de los que se hizo cargo la entidad aseguradora (ver fundamentos décimo quinto y décimo octavo) .



Por lo cual, puede y debe decirse que todas las cuestiones suscitadas por las posibles responsabilidades civiles derivadas de la conducta presuntamente punible del acusado Sebastián , se han desvanecido en el curso de la argumentación de esta sentencia.

Así las cosas, es claro que el motivo carece de razón.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. 1. El cuarto motivo se centra en denunciar, con cita procesal de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión (art. 24.2 CE).

La defensa del recurrente opera aquí con posibles infracciones de los principios de rogación y congruencia aplicables procesalmente cuando se trata de formular pretensiones civiles incluso dentro del ámbito de un procedimiento penal. Y argumenta a tal efecto que lo rogado o solicitado respecto de Autos González S.L. es su condena como responsable civil subsidiaria de la autoría directa de Luis María por el delito de estafa supuestamente cometido por éste. Así consta en una calificación provisional que no se modificó en momentos posteriores del procedimiento.

La parte se queja también de la oscuridad que afecta al pronunciamiento del fallo, ya que si bien parece no albergarse duda de que la condena alcanza a la totalidad de las entidades llamadas al procedimiento "por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA" (aunque sin nombrarlas en forma específica), lo cierto es que no resulta fácil desentrañar lo resuelto. Y ello porque menciona en el pronunciamiento dispositivo que el objeto de la responsabilidad civil subsidiaria por el que se condena lo constituye "las 122 responsabilidades civiles ex delicto generadas por las conductas enjuiciadas en relación con VINISUR, SA y sus sucesoras", sin que se concreten o ubiquen esas "122 responsabilidades". Y objeta especialmente que no se le concrete a Autos González, S.L., el pronunciamiento específico de condena, ni la cuantía ni de quién tiene que responder.

Refiere la parte que el Mº Público es la única acusación que solicita imposición de responsabilidad civil frente a la entidad Autos González, S.L., señalando o detallando la solicitud de responsabilidad civil subsidiaria derivada de la indemnización a cargo del fallecido Luis María por un delito de estafa.

Al contrastar la condena impuesta con las peticiones efectuadas, aparece con claridad, según la defensa, la incongruencia por exceso en la que incurre la sentencia (también art. 789.3 LECrim), aparte de los demás vicios de motivación denunciados, todo lo cual violenta el derecho a la tutela judicial efectiva, generando indefensión.

2. Los argumentos impugnativos que formula la parte recurrente en este motivo sí gozan de consistencia en algunos aspectos nucleares que se expondrán en su momento, si bien en otros más secundarios carece de razón la impugnante.

Comenzando por las alegaciones que no se comparten, conviene advertir en primer lugar que las referencias a la conducta del fallecido Luis María que se transcribían en el escrito de acusación en relación de coautoría con el acusado Sebastián mantenían de por sí en pie la acusación por los delitos de estafa y de fraude de subvenciones que corresponden al primer episodio de los hechos probados. De tal forma que, siendo cierto que uno de los coautores había fallecido, no sucedía lo mismo con el otro, Sebastián , que, según el escrito de acusación y la sentencia tendría que responder penalmente de esa primera operación de fraude de subvenciones.

Frente a ello, sí es sumamente importante recordar ahora la circunstancia sobrevenida -no conocida, lógicamente, por la entidad recurrente- de que en esta sentencia de casación se ha excluido la responsabilidad penal del segundo acusado: Sebastián , por lo que toda la problemática suscitada por la parte ha quedado ahora diluida y volatilizada por la absolución de ese segundo acusado, de nacionalidad sueca. Ello significa, tal como se anticipó en su momento, que ya no tienen que responder ninguna de las entidades que se citan en la sentencia como responsables civiles subsidiarias con respecto a ese primer episodio.

Es cierto que la entidad recurrente sí tendría que responder civilmente por los restantes delitos ejecutados por los administradores, gerentes o apoderados del Grupo Arnoya que se especifican en el "factum" y en la fundamentación de la sentencia. En concreto, según expusimos supra, por la responsabilidad civil derivada del delito de insolvencia punible. Sin embargo, tal como resalta la parte en su escrito de recurso, la única acusación que se dirigía contra Autos González, S.L., es la formulada por el Ministerio Fiscal, toda vez que ni AFESA ni la Sindicatura de la quiebra imputaron responsabilidad civil alguna a la entidad recurrente como responsable civil subsidiaria, tal como puede apreciarse en sus escritos de calificación.

El único acusador que sí le imputaba responsabilidad civil a la entidad Autos González era el Ministerio Fiscal, pero se la atribuía precisamente por los delitos de estafa y de fraude de subvenciones, y por ellos no va a recaer condena penal alguna en este procedimiento, al resultar absuelto Sebastián de ambos delitos por falta de prueba con respecto a uno de ellos (la estafa) y por prescripción el otro (fraude de subvenciones).



Por consiguiente, se estima este motivo del recurso, dejando sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria declarada en este procedimiento con respecto a la entidad recurrente Autos González, S.L.

Ello implica que ya no se entren a examinar los restantes motivos del recurso, con declaración de oficio las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

H) Recurso de Gómez de Castro, S.A.

TRIGÉSIMO OCTAVO. 1. Se articula el primer motivo de casación al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por considerarse infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24 de la Constitución en relación con el 120.3 del mismo texto normativo, al no ofrecer la sentencia recurrida una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Gómez Castro, S.A..

Alega la defensa de la entidad recurrente que, tal y como se reconoce en el fundamento jurídico primero de la resolución cuestionada, por parte de la representación procesal de la mercantil Gómez de Castro, S.A., se formuló como cuestión previa y se reiteró en sus conclusiones provisionales su condición de tercero ajeno a Luis María y a su círculo familiar, aportando documentación acreditativa de este extremo, además de la prueba documental obrante en el procedimiento. La Sala, sin embargo, no entra a pronunciarse sobre este extremo y sin razonamiento o motivación alguna que funde la condena de la recurrente, declara su pertenencia al grupo de empresas propiedad de aquél. La hace así responsable de todas las consecuencias económicas derivadas de las conductas delictivas enjuiciadas relacionadas con la mercantil VINISUR, contradiciendo las pruebas documentales existentes.

Los hechos declarados probados en la Sentencia parten de la definición del Grupo Arnoya como un grupo o holding empresarial familiar, del que forma parte VINISUR, que fue fundado y presidido por el Sr. Luis María desde el año 1960 y que, según se hace constar en la propia resolución, estaba integrado por diferentes empresas.

Señala la parte que en dicha relación no figuraba Gómez de Castro, S.A., ni fue llamada tampoco al proceso de quiebra del que ni siquiera conoció su existencia. Este es el motivo por el cual en la sentencia recurrida tampoco se incluyó en la relación de sociedades que integraban el denominado Grupo Arnoya la entidad Gómez de Castro. Ello se debió a una "omisión involuntaria" según se precisó en el auto de aclaración de sentencia dictado el 24 de mayo de 2017 .

Remarca la defensa en varias ocasiones en su recurso que la sentencia presume o deduce, por tanto, del mero hecho de figurar la entidad Gómez de Castro, a través de su representante legal, como avalista de una sociedad (ARPOSA) en un contrato de fianzamiento, que la recurrente pertenece al mismo grupo empresarial que aquélla. Las razones que ofrece la resolución recurrida tanto en los hechos probados como a lo largo de la fundamentación jurídica para considerar a las sociedades que ella misma señala como pertenecientes al "holding empresarial", incluida Gómez de Castro son: en primer lugar, que todas estaban controladas directa y principalmente por el fundador del supuesto grupo Sr. Luis María , aunque también por su hijo y por su cónyuge, Candida , si bien esta última de forma pasiva en los actos desarrollados por aquél; y en segundo lugar, que el control de todas ellas, incluido en sus aspectos contables, se ejercía desde las oficinas que el Sr. Luis María tenía en el Edificio de La Torre -Avda Curros Enríquez nº 1 de Orense-.

El convenio en que la recurrente figura como avalista es el de aseguramiento anexo a la póliza de aseguramiento suscrita con ASEFA (folio 166-174). En dicho Convenio General de Indemnización -folios 33 a 41 de las actuaciones- firmado el 11 de Julio de 1991, al que nos hemos referido en numerosas ocasiones en el curso de esta sentencia, intervenía Luis María , en su nombre y en el de otras compañías: ARPOSA, que fue quien concertó el contrato de aseguramiento como tomadora, Cosecheros del Vino de Ribeiro, Aguas de Sousa, Bodegas Arnoya, Industrias de la Uva, Arnoya Congelados y La Patena. Pero también intervino D. Valeriano , en representación de Gómez de Castro S.A. y de Autos González, S.L., pactando la responsabilidad solidaria entre sí y con Luis María frente a ASEFA por la realización de los avales que ésta emitiese al amparo de la póliza de aseguramiento en favor de ARPOSA.

Advierte la parte que en las actuaciones consta acreditado que Gómez de Castro ni ha estado controlada ni dirigida por el Sr. Luis María en los términos indicados en la sentencia, ni se gestionaba desde "La Torre", ni intervino como parte del grupo en operaciones mercantiles o préstamos hipotecarios, y ni siquiera figura en la relación de 12 sociedades que en el folleto publicitario en el que se especifica cuáles eran las entidades que constituían el Grupo Arnoya.

Y como prueba de sus alegaciones refiere que consta en las actuaciones, a los folios 13624 a 13674 del Tomo 53, la certificación registral de la mercantil Gómez de Castro, S.A., donde figuran, entre otros, los siguientes extremos de la vida de la entidad que fueron puestos de manifiesto a la Sala en el acto del juicio:



- a) Que fue constituida el 13 de Junio de 1987 por D. Valeriano , en nombre de Autos González, SL, la cual suscribió 450 acciones, D. Gines , en nombre de la Empresa Monforte, SA, que suscribió otras 450 acciones y Don Justino , que suscribió 100 acciones.
- b) Que en el año 1988 hubo una ampliación de capital en 200.000 acciones que fue suscrita por Autos González, 109.000; Empresa Monforte, otros 109.000 acciones; y D. Justino que suscribió 24.300 acciones.
- c) Que en virtud de escritura de 15 de Noviembre de 1991, con ocasión de la adaptación de los Estatutos, hubo un cambio en el órgano de administración, que pasó de ser Consejo de Administración a Administradores Solidarios, nombrándose como tales a D. Luis María y a D. Valeriano .
- d) En el mes de marzo de 1993 cesaron en el cargo los dos que se acaban de citar, nombrándose nuevos administradores solidarios a los nuevos propietarios D. Octavio y D. Oscar , quienes habían adquirido todas las acciones de la mercantil.
- e) Consta que el domicilio social de la mercantil se encontraba en la Estación de Autobuses de Lugo, local 23 desde su constitución.

Argumenta la defensa que la documentación aportada a la causa acredita suficientemente que la mercantil Gómez de Castro, S.A., en ningún momento estuvo bajo el control, ni directo ni indirecto, del Sr. Luis María , ni de su hijo ni de su esposa. La participación que en el momento de su constitución pudo ostentar sobre la misma lo era indirectamente a través de la mercantil Autos González en la que el Sr. Luis María tenía una participación que no superaba el 30% según consta al folio 3284 del Tomo XV de las actuaciones, pero hemos de tener en cuenta que Autos González no era la socia mayoritaria ni mucho menos de Gómez de Castro; tan solo era propietaria de un 40% de su accionariado. Y lo vendió en el mes de marzo de 1993 a terceras personas ajenas absolutamente al presente procedimiento. Por tanto, no se puede entender comprendida, y menos desde la perspectiva del artículo 42 del Código de Comercio , a Gómez de Castro dentro de un grupo de sociedades pertenecientes al Sr. Luis María .

A las alegaciones precedentes añade la recurrente que la mercantil jamás fue gestionada desde las oficinas de La Torre, pues tenía su propio domicilio social en la Estación de Autobuses de Lugo, dado que su objeto social era el transporte regular de viajeros y mercancías.

Y como prueba potenciadora de que Gómez de Castro no pertenecía al denominado Grupo de empresas Arnoya, aduce la defensa que no figuraba como en el folleto publicitario del Grupo (F.678), ni se consideró como tal en la sentencia dictada por la AP de Badajoz sobre la Quiebra de VINISUR, dato que aparece avalado por la declaración testifical del comisario de la quiebra en la vista oral.

La defensa acaba citando la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, argumentando después que la condena de la entidad recurrente se basa en una aplicación arbitraria de las normas y es fruto de un error patente.

2. Los datos y argumentos vertidos por la parte recurrente hacen preciso concretar en primer lugar los apartados fácticos de los que habría de responder la entidad Gómez de Castro, S.A. Y así, conviene recordar una vez más que con respecto al episodio de la venta de vinos a Suecia se ha razonado y concluido en los fundamentos precedentes de esta sentencia que no cabe dictar una condena penal contra la única persona que pudo finalmente ser acusada: Sebastián . Una vez que éste ha de ser absuelto de los delitos de la estafa agravada a ASEFA y del fraude de subvenciones que se le imputan, tampoco responderá civilmente la entidad recurrente de unos hechos que se desarrollaron en el curso del periodo 1991-1994.

Descartada su responsabilidad civil subsidiaria con relación a ambos delitos, la cuestión a dilucidar se centra, a tenor de los escritos de las acusaciones, en la insolvencia punible atribuible a los acusados Luis , Candida , Pedro Miguel y Abelardo , hechos que tuvieron lugar en el periodo comprendido entre los años 1994 y 1998, imponiéndose por ello una condena por el delito tipificado en el art. 260 del C. Penal , de los que derivaron una responsabilidad civil directa por la suma de 300 millones de pesetas (1.803.036,31 euros).

Centrados los hechos delictivos principales en esas dos etapas, y una vez advertido que en lo que se refiere a la primera no se han declarado responsabilidades penales ni civiles por los delitos atribuidos al único responsable, de nacionalidad sueca, procede ahora examinar las posibles responsabilidades civiles de la entidad recurrente en el segundo periodo por el delito de insolvencia punible.

A este respecto, la parte recurrente ha presentado documentación, según ya se ha consignado en el apartado anterior de este mismo fundamento de derecho, acreditativa de que la entidad fue constituida el 13 de Junio de 1987 por D. Valeriano , en nombre de Autos González, SL, la cual suscribió 450 acciones, D. Gines , en nombre de la Empresa Monforte, SA, que suscribió otras 450 acciones y Don Justino , que suscribió 100 acciones.



Después hubo una ampliación de capital en 200.000 acciones que fue suscrita por Autos González, Empresa Monforte, y D. Justino en los términos que ya se han expresado.

En el mes de noviembre de 1991, con ocasión de la adaptación de los Estatutos, hubo un cambio en el Órgano de Administración, que pasó de ser Consejo de Administración a Administradores Solidarios, nombrándose como tales a D. Luis María y a D. Valeriano. Y el 15 de marzo de 1993 cesaron en el cargo ambos administradores y se nombraron nuevos administradores solidarios a los nuevos propietarios D. Octavio y D. Oscar, quienes habían adquirido todas las acciones de la mercantil.

Por consiguiente, a partir del mes de marzo de 1993 el que fue principal imputado en la presente causa, Luis María, ya no administraba la sociedad ni tenía el control económico de ella, toda vez que las acciones habían pasado a manos de terceros, que fueron nombrados lógicamente nuevos administradores.

Siendo así, tenía cierta lógica y base empírica que se exigiera responsabilidad civil a la entidad recurrente por los hechos delictivos perpetrados durante el periodo en que Luis María era coadministrador y accionista de la sociedad, pero no por los hechos posteriores al mes de marzo de 1993. Y como los actos punibles referentes a la estafa contra ASEFA y el delito de fraude de subvenciones contra el patrimonio público no se han considerado objeto de condena en la presente causa, solo cabe concluir que la responsabilidad civil exigible a la entidad impugnante únicamente procedería declararla en lo atinente a la insolvencia punible a través de la cual se consiguió despatrimonializar a la entidad VINISUR, empresa en la que se concentraba el patrimonio del Grupo Arnoya.

No consta, sin embargo, que durante el periodo de tiempo en que se perpetraron tales hechos, del año 1994 en adelante, la entidad Gómez de Castro prosiguiera siendo controlada por los presuntos autores de los hechos generadores de la insolvencia fraudulenta, pues los datos indiciarios aportados documentalmente por la parte apuntan a todo lo contrario. En favor de cuya exclusión opera también el dato significativo de que en el folleto publicitario del Grupo ni siquiera aparecía la entidad recurrente, y sobre todo que en el procedimiento de quiebra, y en concreto en la sentencia que le puso fin, no se hace referencia a la entidad ahora recurrente como perteneciente al Grupo Arnoya.

Frente a todos esos elementos probatorios nada dice el Tribunal de instancia en su sentencia, dando por hecho sin una motivación suficiente todo lo relativo a la integración de esta recurrente en el Grupo Arnoya y a la existencia de una subordinación con ella que justificara la declaración de la responsabilidad civil en el periodo que ahora examinamos (del año 1994 en adelante).

El único dato que incrimina a la recurrente se refiere pues, según se resalta en el recurso, a la suscripción de Gómez de Castro, S.A., como fiadora solidaria en el convenio de indemnización para avalar las indemnizaciones a AFESA, con motivo de la estipulación del contrato de fianzamiento entre AFESA (aseguradora) y ARPOSA (tomadora del seguro), contratos que tuvieron lugar el 11 de julio de 1991, fecha en la que Luis María sí controlaba la entidad Gómez de Castro, S.A. Sin embargo, una vez ponderada la evolución de la entidad y su salida de la misma de la persona que dirigía el Grupo Arnoya, desaparece el sustento probatorio que permita verificar que en el curso de la fase de los hechos correspondiente al delito de insolvencia punible Gómez de Castro, S.A., perteneciera al referido grupo empresarial.

Por lo demás, las referencias a las vinculaciones de Autos González, S.L., con Gómez de Castro no muestran una solidez ni magnitud suficiente para considerar a la segunda como una especie de responsable civil subsidiaria de la primera, creando así un tercer escalón de responsables civiles subsidiarios inasumible. Máxime si se piensa en la contradicción que supone condenar a la entidad Gómez de Castro S.L. como responsable civil subsidiaria en el delito de insolvencia punible cuando Autos González ni siquiera ha sido emplazada como tal por las partes acusadoras con respecto a esa actividad delictiva.

Así pues, se estima este primer motivo de recurso, lo que determina que se deje sin efecto en la segunda sentencia la condena de Gómez de Castro, S.A., como responsable civil subsidiaria.

Ello supone la estimación del recurso, sin que sea ya necesario obviamente entrar a examinar los restantes motivos, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 LECrim).

I) Recurso de Industrias de la Uva, S.A. (INDUVASA)

TRIGÉSIMO NOVENO. 1. En el primer motivo invoca, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, la vulneración del derecho al principio de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución en relación con lo previsto en el art. 115 de la LEC), por haberse perseguido la declaración de la responsabilidad civil de INDUVASA vinculada a los hechos de un imputado fallecido antes del juicio.

Alega al respecto la parte recurrente que la única persecución de INDUVASA como responsable civil subsidiaria fue elaborada por el Ministerio Fiscal (f. 13.713 y ss.) y solo en beneficio y defensa de ASEFA, S.A. Compañía



de Seguros y Reaseguros, vinculando tal responsabilidad a la participación de INDUVASA (pasiva) como instrumento elaborado por Luis María en concurrencia con la propia compañía de seguros al margen de la expresa o tácita voluntad de participación de aquélla en una póliza de seguro de afianzamiento o garantía.

ASEFA (F. 13.790 y ss) por su parte, se limitó a adherirse al escrito del Ministerio Fiscal (véase al f.13.798), pero persiguiendo únicamente un delito continuado de insolvencia punible y otro de insolvencia punible contra Luis María , Candida , Luis y Pedro Miguel por unos hechos en los que habían intervenido diversas sociedades instrumentales de los actos mercantiles perseguidos, pero, en ningún caso y sin el menor vínculo de contacto con INDUVASA.

La Sindicatura de la Quiebra de VINISUR, (ff. 13804 y ss.) planteó su acusación en los mismos términos (exactos y literales, y en escrito de la misma fecha) que ASEFA. Y la Abogacía del Estado (ff. 13.823 y ss.) se limitó, en la persecución de los delitos fiscales esencialmente, a dirigir sus acciones contra los autores directos y colaboradores, sin pedir ninguna responsabilidad contra la ahora recurrente.

Por lo tanto, precisa la parte que la única acusación directa en la fase de calificaciones provisionales (excluyendo las relaciones inmotivadas de ASEFA-Sindicatura de la quiebra de VINISUR) fue la formulada por el Ministerio Fiscal, que vinculaba estrictamente la responsabilidad civil subsidiaria de INDUVASA a la responsabilidad única y exclusiva de Luis María frente a ASEFA, S.A. por el importe de 2.940.893,52 euros, como consta de forma clara e indubitada en las actuaciones (F. 13755).

Así pues, para la recurrente la petición concreta de responsabilidad del Ministerio Fiscal ha sido la vinculada a Luis María exclusivamente, y es la que debiera tenerse en cuenta a la hora de juzgar por un imperativo claro de congruencia.

2. La cuestión que aquí suscita la parte recurrente ha sido ya tratada y resuelta al examinar el recurso de Autos González, S.L.: en los fundamentos trigésimo cuarto a trigésimo séptimo de esta sentencia.

En concreto, en el fundamento trigésimo séptimo dijimos que conviene advertir que las referencias a la conducta del fallecido Luis María que se transcribían en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en relación de coautoría con el acusado Sebastián mantenían de por sí en pie la acusación por los delitos de estafa y de fraude de subvenciones que corresponden al primer episodio de los hechos probados. De tal forma que, siendo cierto que uno de los coautores había fallecido, no sucedía lo mismo con el otro, Sebastián , que, según el escrito de acusación y la sentencia tendría que responder penalmente de esa primera operación de fraude de subvenciones.

Sin embargo, también remarcamos que la circunstancia sobrevenida -no conocida, obviamente, por la entidad recurrente- de que en esta sentencia de casación se ha excluido la responsabilidad penal del segundo acusado: Sebastián , toda la problemática suscitada por la parte recurrente ha quedado ahora volatilizada por la absolución del segundo acusado, de nacionalidad sueca. Ello significa, tal como se anticipó en su momento, que ya no tienen que responder ninguna de las entidades que se citan en la sentencia como responsables civiles subsidiarias con respecto a ese primer episodio de los hechos (venta de vinos a Suecia y estafa a la entidad ASEFA).

Por lo tanto, queda excluida esa responsabilidad civil con respecto a los hechos y delitos que se acaban de reseñar. Sin embargo, en lo que se refiere a la recurrente INDUVASA, por hallarse integrada dentro del Grupo o Holding Arnoya, debe responder otros actos penalmente ilícitos cometidos por los administradores, gerentes o representantes de las empresas del Grupo Arnoya, tal como se subraya en la sentencia recurrida. En concreto por el delito de insolvencia punible que se le atribuye a los acusados Luis , Candida , Pedro Miguel y Abelardo .

En efecto, en las pp. 116 y 117 de la sentencia recurrida se afirma que la Sala reitera las anteriores consideraciones en relación con la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA, especialmente, además, en cuanto se vieron beneficiadas por la insolvencia punible por la que se condena al resto de los acusados, menos al Sr. Sebastián , en relación con las deudas generadas por VINISUR SA, en su actividad ilícita, y por el resto de sus empresas sucesoras.

Y también se expresa allí que la lectura de los escritos de calificación de las cuatro partes acusadoras nos permite conocer cuáles eran sus pretensiones en el ámbito de la responsabilidad civil referentes a las responsables civiles subsidiarias, aspectos que han quedado además plasmados en los antecedentes de la sentencia.

El otro delito por el que las acusaciones solicitaban una indemnización -según lo postulado en las calificaciones de AFESA y de la Sindicatura de la quiebra de VINISUR y de Luis María - fue el delito de



insolvencia punible. Y con respecto a la cuantía indemnizatoria las acusaciones interesaron una indemnización a cargo de los responsables penales (Luis , Candida , Pedro Miguel y Abelardo) por una suma de 300 millones de pesetas (1.803.036,31 euros), y a esa cantidad fueron condenados, según consta en la fundamentación y en el fallo de la sentencia. Añadiendo en lo que atañe a Candida el importe de los préstamos concedidos con las garantías de las viviendas pertenecientes a la sociedad de gananciales mantenida con el imputado fallecido.

Por consiguiente, sí consta también especificada la cantidad de que deben responder las responsables civiles subsidiarias ante los acreedores de VINISUR que se vieron perjudicados por el delito de insolvencia punible en que incurrieron los acusados, tanto en virtud de las pretensiones formuladas por las acusaciones como por las cuantías que se consignan en la fundamentación y en el fallo de la sentencia.

Y también resulta claro que así como en relación con los delitos de estafa a AFESA y fraude de subvenciones por la exportación de vinos a Suecia han quedado excluidas las responsabilidades penales y civiles, no puede decirse lo mismo en lo que afecta a las derivadas del delito de insolvencia.

Por último, es importante precisar que la referencia que se hace en el auto de aclaración de la sentencia a "las 122 responsabilidades civiles ex delicto..." obedece a un error de transcripción derivado de haber arrastrado el auto el "número 122" de la última página de la sentencia aclarada, número que obviamente ha de quedar suprimido.

Así las cosas, el motivo se estima parcialmente, a tenor de las rectificaciones y matizaciones realizadas.

CUADRAGÉSIMO. 1. En el motivo segundo, con cita procesal del art. 852 de la LECrim , invoca la parte recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la Constitución), por introducir en el juicio tesis no incluidas en los escritos de acusación.

Aquí sostiene la defensa de INDUVASA que, una vez conocido el fallecimiento de Luis María , el Ministerio Fiscal se opuso en el trámite de cuestiones previas a la consiguiente liberación de la recurrente y del resto de responsables civiles subsidiarios en las presentes actuaciones, formulando la consideración de que Sebastián estaba también sujeto a las consecuencias penales de la suscripción de una póliza de seguro de garantía con la compañía ASEFA en virtud del instituto del pactum scaeleris y, por tanto, con esta nueva persecución, la responsabilidad civil subsidiaria de la pena de Luis María se vinculaba ahora a la del otro acusado: Sebastián .

La única circunstancia que hizo modificar las peticiones iniciales del Ministerio Fiscal fue el hecho del fallecimiento de Luis María el 10 de agosto de 2009 (Folio 14.058), cuyo deceso no fue conocido por el Ministerio Fiscal, o le pasó inadvertido cuando formula su escrito de acusación el 2 de diciembre del mismo año 2009. El Ministerio Fiscal no pidió la modificación de sus conclusiones provisionales en el acto de su informe, ni con anterioridad y, por tanto, su acusación permaneció inalterada. El resultado condenatorio debió ser por tanto la abstención del conocimiento de las posibles responsabilidades civiles subsidiarias que se venían persiguiendo.

2. Las objeciones formuladas por la parte recurrente relativas al derecho de defensa carecen de fundamento. En primer lugar, porque el Ministerio Fiscal había acusado al fallecido Luis María y al ciudadano sueco Sebastián como coautores de los hechos delictivos, y, además, la entidad AFESA se había adherido en su calificación provisional a la tesis del Ministerio Fiscal.

Y en segundo lugar, la exclusión de responsabilidades penales y civiles por tales hechos en este procedimiento hace innecesario cualquier comentario a mayores sobre esa materia.

Así las cosas, el motivo no debe acogerse en los términos en que se formula al no constatarse indefensión.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. 1. Con sustento procesal en el art. 852 de la LECrim , se denuncia en el motivo tercero la vulneración de la exigencia contenida en el artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución , por falta de suficiente motivación y especificación de los delitos a los que se vincula la responsabilidad civil.

Señala la defensa que, además de la responsabilidad civil de UNIVASA respecto de Luis María , tanto ASEFA como la Sindicatura de la quiebra de VINISUR reiteraron en el mismo trámite de las cuestiones previas su petición de que debían condenarse a la recurrente y al resto de las sociedades que habían participado sin saberlo en el afianzamiento de la póliza de seguro de garantía de ASEFA, por su pertenencia al GRUPO ARNOYA, frente a la descapitalización ideada por el propio Luis María .

Por lo tanto, subraya la parte que las responsabilidades recaídas en sentencia contra la impugnante obedecen, de un lado, a que se la considera que formaba parte del GRUPO ARNOYA; y, de otro, porque aparecía como garante en una póliza de seguro de garantía de la aseguradora ASEFA.



Estima la parte que la referencia a la pertenencia de INDUVASA al GRUPO ARNOYA y a la conjetura de un imposible conocimiento de la instrumentalización de la financiación de las subvenciones por Sebastián , en las que se basa el juzgador para la condena, no gozan de la fundamentación mínima que el Tribunal Constitucional exige.

En cuanto a la segunda de las condenas, deriva por un importe no aclarado de una "...Responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas, por las responsabilidades civiles ex delicto generadas por las conductas enjuiciadas en relación con la actividad desarrollada por VINISUR, S.A. y sus sucesoras, en favor de sus acreedores".

En lo que atañe a esta condena, considera la recurrente que no existe ningún otro razonamiento que sostenga la gravosa sanción económica impuesta a INDUVASA que no sea la referencia a las manifestaciones de las acusaciones de que ese GRUPO ARNOYA existía, sin que se entre a razonar por qué se trataba de un holding, puesto que de las actuaciones no se desprende que tuviesen una tributación conjunta, un accionista único de referencia y que se hubiesen constituido mínimamente en lo que se consideran filiales en la configuración de un holding.

Toda la abundante prueba de interrogatorio de partes y testigos, la mayoría propuestos por las partes acusadoras, no ha sido contemplada en la sentencia recurrida para valorar los hechos, limitándose a reflejar (f. 47 de la sentencia) la manifestación del sustento que aprecia la Sala juzgadora en el documento que figura al f. 678 del sumario.

2. Las cuestiones que suscita la parte recurrente en este motivo ya han sido examinadas, razonadas y dirimidas en los fundamentos precedentes relativos a este mismo recurso.

En efecto, ya se ha explicado lo referente a la exclusión de responsabilidad civil en este procedimiento con respecto a AFESA; también se ha especificado cuáles eran las responsabilidades civiles a las que tenían que hacer frente por los hechos ilícitos de insolvencia punible; y también las razones del error de transcripción referente a las "las 122 responsabilidades civiles ex delicto...".

En cuanto a la integración de la entidad recurrente en el Grupo Arnoya, nos remitimos a los argumentos probatorios que se especificaron en el fundamento trigésimo cuarto de esta sentencia de casación, donde se recogen los razonamientos que consignó la Sala de instancia para considerar probada la existencia del Grupo y de las entidades que lo integraban, entre las que estaba la ahora recurrente.

A ello ha de añadirse lo que se especifica en las pp. 83 y 84 de la sentencia recurrida, en las que se afirma que la Audiencia acoge el planteamiento de la acusación, especialmente el desarrollado por la acusación representada por la sindicatura de la quiebra, en relación con la existencia de un grupo empresarial que englobaba el conjunto de las empresas controladas por la familia Luis a través de su presidente el Sr. Luis María . Sobre este aspecto igualmente el Ministerio Fiscal interrogó minuciosamente a los acusados, especialmente a Pedro Miguel , en relación con el boletín de presentación del Grupo que obra en los folios 670 a 700 del T IV y la lista de empresas bajo la cobertura de dicho holding empresarial recogido en el folio 678. También figura la declaración de Luis , que implícitamente había reconocido esta circunstancia en la declaración prestada ante el juzgado de Almedralejo (F. 414 T.2), como también su posición y actividad dentro del grupo, aunque advierte la sentencia que en la declaración de la vista oral se desdijo abiertamente de aquélla y de otras circunstancias manifestando un desconocimiento de los hechos como si acabara de surgir a la vida.

Incide la Audiencia en que la realidad de actuación de dicho conjunto de empresas como un grupo se manifiesta a través de significativos actos propios en el tráfico mercantil. Como representativo de esta actuación en dicho tráfico considera el Tribunal de instancia el contrato de aseguramiento anexo a la póliza de afianzamiento suscrita con ASEFA (F. 166, 174), lo mismo que en diversas operaciones mercantiles y préstamos hipotecarios, que llevaron al reconocimiento externo como tal del Grupo por incluso las propias entidades financieras con las que operaba (ff. 638 y ss).

La Audiencia cita también al respecto los razonamientos jurídicos de la sentencia de 11 de junio de 2001 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz que confirma la de 28 de julio de 1998 dictada en la Quiebra n°337/97 por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Almedralejo, que a su vez refrenda el auto de 26 de enero de 1998 por el que se declaraba en estado de quiebra tanto a VINISUR como a Luis María , resoluciones en las que expresamente se reconoce la existencia del Grupo Arnoya con expresivos razonamientos, que son reproducidos en la resolución que ahora se impugna.

Y resalta después la constatación de que el control administrativo, contable y financiero se llevaba desde la sede central del grupo en Orense, en el edificio conocido por "La Torre", donde actuaban al servicio del grupo los testigos Srs. Benjamín , Braulio , etc..



En consecuencia, el motivo no puede prosperar, excepto en las matizaciones que se hacen en los fundamentos precedentes de esta sentencia de casación.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. 1. En el motivo cuarto se queja la parte recurrente de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías previstas en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 742 de la LECr., al amparo procesal del art. 852 LECr., por incongruencia de la sentencia en relación con las peticiones de las partes acusadoras.

Aduce la defensa que la petición formulada por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación fue reiterada al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales (Tomo 53 folios 13.713 a 13.764). En éstas se pedía la responsabilidad civil subsidiaria de la recurrente y las otras sociedades participantes en la Póliza de Seguro de garantía de ASEFA como responsables civiles subsidiarias de Luis María (f. 13.755), fallecido unos meses antes de la elaboración de las conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal.

La defensa objeta, una vez más, la falta de congruencia de las pretensiones formuladas en las calificaciones provisionales de las partes acusadoras con respecto a lo decidido en la sentencia. Y vuelve a incidir de nuevo en las cuestiones procesales suscitadas con la póliza de afianzamiento suscrita entre AFESA y ARPOSA, en las sociedades que respondían de su cumplimentación y en la forma en que fue tratado procesalmente el concierto, la connivencia o el pacto existente entre los dos acusados.

2. Todas las cuestiones que suscita la parte sobre el principio de congruencia, las responsabilidades derivadas de la póliza de AFESA y la forma de enfocar e interpretar la Sala de instancia las calificaciones de las partes, han sido ya examinadas y dirimidas en los tres fundamentos precedentes de esta sentencia, que damos ahora por reproducidos con el fin de evitar nuevas reiteraciones.

El motivo por tanto se desestima con las precisiones y matizaciones vertidas en su momento.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. 1. En el motivo quinto se suscita, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECrim, la existencia de error de hecho en la valoración de la prueba, designando como particulares que demuestran el error los documentos siguientes:

- a) Los folios núms. 30 a 32 del Tomo I (así como los folios núms. 13.279 a 13.291 del Tomo 52), consistente en la Póliza de Seguro de fianza a favor de la Administración, de fecha 11 de julio de 1991, suscrito entre Luis María, en representación de Arnoya Posada, S.A. (ARPOSA) y ASEFA SA, Seguros y Reaseguros.
- b). Folios 702 a 758 (tomo 4): avales y pagos de primas de ASEFA.
- c) Folio 678 del Tomo 4: un panfleto encontrado en las oficinas de Arposa.

Aduce la parte que en lo referente a la póliza de afianzamiento convenida entre AFESA y ARPOSA la sentencia recoge las meras manifestaciones del Ministerio Fiscal y las reproduce literalmente como si tuviesen algún sustento de prueba, tanto en la relación de hechos probados, como en la fundamentación jurídica apreciada para llegar a decretar la responsabilidad de la entidad recurrente. No hay, sin embargo, ni un hecho ni ninguna manifestación de parte, soporte documental o de otro tipo, que permita mantener como cierta esta suposición de insolvencia y su presentación contraria como base de una actuación delictiva de engaño. Y, desde luego, ni en la sentencia, ni en la proposición acusatoria del Ministerio Fiscal, se encuentra ningún elemento participativo de INDUVASA, salvo por la suscripción por Luis María de la petición de garantía y la casi totalidad de las garantías de terceros prestadas en beneficio de una de sus empresas.

Alega la defensa que de los documentos referidos no se desprende ninguna apariencia de GRUPO ARNOYA, sino la contratación directa como asegurado de ARNOYA POSADA, S.A. y la prestación de garantías por diversas sociedades y personas físicas, que fueron todas ellas (inclusive la esposa del Sr. Luis María) suscritas exclusivamente por Luis María.

Y vuelve la recurrente a resaltar una vez más la desidia de AFESA y la declinación de toda persecución de los garantes de su póliza por las responsabilidades derivadas de la misma.

2. Las alegaciones de la parte, al margen de no fundamentarse en una documentación que cumplimente los requisitos que marca la jurisprudencia de esta Sala para que opere por la vía del art. 849.2º, tampoco tienen relevancia para el caso, al haberse excluido la responsabilidad civil de la recurrente en todo lo que afecta a la estafa a la entidad AFESA.

Siendo así, el motivo no resulta viable.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. 1. Después de renunciar al motivo sexto, en el motivo séptimo, de nuevo canalizado a través del art. 849.2º de la LECrim, denuncia la parte la existencia de error de hecho en la valoración de la prueba.



Designa como documentos, a los efectos de los señalados en el artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los siguientes: los presentados por la parte al inicio de las sesiones de audiencia pública, sin foliar, consistentes en una copia del libro de socios de la sociedad INDUVASA, y Tomo 2, folios 417 y ss. de la declaración del 30/3/1998 de D. Luis María a título personal, sin representación de INDUVASA.

Y a continuación entra en el tema de la prescripción, alegando que la Sala de instancia consideró que la prescripción invocada por todas las partes declaradas responsables civiles subsidiarias no cabía, ya que "...tuvieron conocimiento de la situación cuando su administrador o representante legal prestó declaración por ellas en el procedimiento, precisamente por los hechos enjuiciados". Sin embargo, la declaración a que se refiere la sentencia, tomando de nuevo como hecho cierto las meras manifestaciones del Ministerio Fiscal, se refiere a la prestada por Luis María ante el Juez de Instrucción de Almendralejo con fecha 30 de marzo de 1998. Dicha declaración se halla al Tomo 2, folios 418 y ss. de las diligencias, y en ella no se puede encontrar ninguna referencia a INDUVASA, ni a la comparecencia del deponente en nombre de INDUVASA.

2. La prueba documental que alega la parte recurrente es patente que no contiene documentos que por sí mismos evidencien de forma directa y por su incuestionable e irrefutable poder demostrativo el hecho que se pretende acreditar y que no fue acogido por la Sala de instancia. Ese poder demostrativo inapelable no sólo no queda acreditado de por sí, sino que el propio hecho de que la parte acuda a otras pruebas para avalarlos y que transcriba razonamientos probatorios y conjeturas para complementarlos, revela que no estamos ante una clase de documentos que cumplimente los parámetros que requiere el art. 849.2º de la LECrim y la jurisprudencia que lo interpreta.

Además, el material probatorio que utiliza la parte consiste en una mera copia de un libro de socios aportada al inicio de la vista oral del juicio y en la declaración sumarial del acusado ya fallecido Luis María .

Tales documentos -uno de ellos ni siquiera lo es ya que se trata de una declaración documentada- resultan contradichos de pleno por las pruebas utilizadas por el Tribunal sentenciador en el fundamento cuadragésimo primero de esta sentencia, donde se exponen los argumentos de la Audiencia para considerar a la entidad impugnante formando parte del Grupo Arnoya, argumentos que no pueden ser desvirtuados por una prueba que en modo alguno evidencia de forma irrefutable e incuestionable el error que sin base alguna postula la impugnante.

Y en cuanto a la alegación relativa a una hipotética prescripción de la acción civil, conviene recordar que se está ejercitando una acción civil que procede de un ilícito penal, que en lo que se refiere al delito de insolvencia punible ha sido apreciado por la sentencia impugnada y refrendado en esta sentencia de casación.

Así las cosas, el motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. 1. Por el cauce de la infracción de ley previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invoca la defensa en el motivo octavo la indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 del Código Penal para el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria.

Se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida (pág. 116) el criterio aplicado por la Sala para mantener a INDUVASA como responsable civil subsidiaria consistente en entender que es cierto que el fallecimiento de Luis María excluyó "...el surgimiento de la responsabilidad civil derivada de los delitos que le eran imputados".

La sentencia refiere que, "no obstante, la Sala reitera las anteriores consideraciones en relación con la responsabilidad civil subsidiaria del conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA, especialmente, además, en cuanto se vieron beneficiadas por la insolvencia punible por las que se condena al resto de los acusados, menos el Sr. Sebastián, en relación con las deudas generadas por VINISUR, S.A. en su actividad ilícita, y por el resto de sus empresas sucesoras".

Y a continuación sigue diciendo la Audiencia que "En relación con las alegaciones efectuadas por Gómez de Castro, S.A., Autos González, S.A. y el resto de las entidades en la misma situación, la Sala no entra en la discusión de si en este momento efectivamente son ajenos al GRUPO ARNOYA, con el que manifiestan nada tener que ver, y únicamente se pronuncia declarando la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas de dicho grupo y que esta situación jurídica se transmitió a sus sucesoras, formando parte de su pasivo los créditos generados en favor de los acreedores por hechos ilícitos, perfectamente conocidos, de sus sucedidos, aunque la deuda no estuviera judicialmente declarada, conservando en todo caso el derecho de repercutir dicha responsabilidad."

La parte recurrente alega sobre ese particular que la escueta valoración de un supuesto beneficio para INDUVASA no es acorde con los requisitos necesarios para que dicha declaración de responsabilidad civil pueda tener lugar. Se ha dibujado en los anteriores motivos y se ha pedido reiteradamente desde que se



produjo el emplazamiento de la entidad recurrente en la fase previa del plenario, con entrega de la abundante y desconocida documentación de la causa, el perfecto desconocimiento y la ausencia de participación o conexión con las partes implicadas.

Por el contrario, se ha fundamentado la supuesta participación en la utilización de la solvencia de INDUVASA por quien utilizaba el poder de su representación en beneficio propio y de sus empresas, y también por la compañía aseguradora ASEFA, que comercializaba sus productos de seguros de garantías en operaciones comerciales utilizando la solvencia de la ahora recurrente.

La vinculación a ese supuesto Holding que denominan GRUPO ARNOYA y que confunde según en qué capítulo de las actuaciones se produzca, un nombre comercial o una sociedad mercantil de la misma denominación, sobre cuyas manifestaciones por parte de Luis se ha considerado que se refería a ese grupo empresarial de su padre Luis María, en el que se quiere incluir a INDUVASA.

A continuación expone la parte la doctrina sobre la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria, haciendo referencia a su evolución y al criterio del riesgo generado y del beneficio obtenido, y especifica que es doctrina consolidada del TS el que la relación que se establece entre el principal responsable y el civil subsidiario debe tener una conexión con la actividad juzgada delictiva. No basta con que, como se pretende en la sentencia recurrida, se considere que la responsabilidad nace por la mera tenencia común de socios, como sucede en el caso presente, sino que debe tener un vínculo mínimo con el hecho delictivo.

Y alega después que un holding no nace por la mera participación de personas comunes en su accionariado, sino que debe pretender una agrupación de empresas de capitales comunes o relacionados que buscan maximizar los recursos económicos de éstas, utilizando las sinergias que se dan entre las empresas que la conforman simplemente por ser todas de un mismo grupo o sector.

No puede encontrarse en ningún lugar de las actuaciones que INDUVASA haya obtenido alguna relación de provecho por su conexión meramente parcial de accionariado con las demás, que podría deparar su atribución de posible responsable.

Son numerosos los supuestos en los que la responsabilidad civil subsidiaria deriva de una relación de dependencia laboral o de cualquier otro tipo, que en mi mandante no se da respecto de ese denominado GRUPO ARNOYA, S.A.

Y acaba aduciendo que es erróneo pretender una conexión de INDUVASA con las consecuencias fraudulentas que podrían derivarse de la utilización o participación en las mismas de una sociedad denominada Grupo Arnoya, S.A. que tiene la misma denominación que el nombre comercial Grupo Arnoya que en otro tiempo diseñó comercialmente Luis María para potenciar su perfil mercantil propio.

2. Las objeciones que formula la defensa para desvirtuar la responsabilidad civil de la entidad recurrente carecen de entidad para enervar la condena y se fundan más bien en argumentos probatorios que estrictamente jurídicos.

En efecto, como ha argüido repetidamente el Tribunal de instancia en el curso de su sentencia, los principales administradores y gestores del Grupo Arnoya (integrantes fundamentalmente de la familia Luis María Luis Maite Candida y de algunos colaboradores muy directos), controlaban y gestionaban el grupo empresarial, actividad en la que ejecutaron los hechos delictivos que se han venido plasmando en la sentencia.

A diferencia de la primera fase de los hechos -relativa a los fraudes de subvenciones y a la estafa a la entidad AFESA-, con respecto a la que por las razones expuestas en los fundamentos de esta resolución no se ha dictado un pronunciamiento condenatorio (fallecimiento del principal acusado, presunción de inocencia y prescripción del delito de fraude de subvenciones), en la segunda fase sí se han dictado condenas penales por actos integrantes de una conducta de insolvencia punible en los que tuvieron intervención las personas que dirigían la entidad en sus puestos más relevantes o cooperaban muy directamente con esas personas.

En concreto, en esa segunda fase, una vez descartadas las posibles responsabilidades del máximo dirigente de la entidad (el fallecido Luis María), es claro que su hijo codirigía el Grupo empresarial y era el máximo administrador jurídico de las principales entidades en virtud de los diferentes nombramientos que había realizado su antecesor en el curso de los años 1994 a 1998.

Así las cosas, y una vez que el Tribunal de instancia ha declarado probada la existencia del Grupo Arnoya como holding y que tanto el padre como el hijo lo codirigían desde su base central en Orense, controlando los movimientos de las diferentes empresas de lo que ha sido considerado como un holding o grupo empresarial, resulta razonable y coherente que el órgano sentenciador concluya estableciendo que las empresas integradas en ese grupo empresarial administrado mediante actos delictivos que les favorecía



económicamente, sean consideradas responsables civiles subsidiarias de los perjuicios derivados de las conductas punibles realizadas por quienes las dirigían y controlaban.

El supuesto de hecho que se declara probado en la sentencia recurrida ha de considerarse, pues, comprendido dentro del art. 120.4º del C. Penal, una vez que el Tribunal de instancia estima acreditado que los máximos dirigentes, administradores y gestores del Holding o Grupo de empresas han realizados actos delictivos en el curso de la llevanza del mismo, pues el referido precepto se refiere a actos delictivos cometidos por los "representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

La entidad recurrente ha cuestionado reiteradamente que no formaba parte del Grupo empresarial cuyos dirigentes cometieron los actos delictivos. Sin embargo, una vez que la Audiencia ha consignado las pruebas con que contó para declarar probada la tesis contraria a la de la defensa, prueba que no ha sido desvirtuada por el pobre material probatorio de la recurrente, procede la aplicación del referido precepto, habida cuenta que la estructuración del Grupo aboca a la responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos perpetrados por quienes las administraban, codirigían y gestionaban.

A este respecto, debe recordarse la doctrina de esta Sala relativa a La aplicación del art. 120.4º del C. Penal ha considerado que la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito y la persona jurídica bajo cuya dependencia administra, dirige o gestiona una empresa, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica; o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario. Y ello siempre que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor (STS 595/2014, de 23-7).

Máxime si se pondera que, a propósito de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 120.4º del Código Penal, se ha venido estableciendo que su fundamento se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "cuius commoda, eius est incommoda"), y que cuando hablamos de la responsabilidad civil de la empresa no estamos ante una responsabilidad subjetiva sino sustancialmente objetiva o cuasi-objetiva (526/2018, de 5-11).

Pues bien, en este caso, los principales autores del delito, que eran el administrador y directivo del grupo empresarial y los gestores/colaboradores directos, se valieron de la estructura económico-social y de los medios personales y materiales del grupo para perpetrar los hechos delictivos por los que han sido condenados, y de los que derivan la responsabilidad civil de las empresas que lo integran.

En consecuencia, el motivo no puede ser acogido, si bien se estima parcialmente el recurso de la entidad recurrente al quedar excluida la responsabilidad civil correspondiente a los delitos de fraude de subvenciones relativo a la venta de vinos a Suecia y de la estafa a la entidad AFESA (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas constitucionales y ordinarias interpuesto por la representación de Sebastián contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de fraude de subvenciones y de otro delito continuado de estafa agravada, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, condena que queda así anulada.

La estimación de este recurso conlleva también la nulidad de la condena por responsabilidad civil subsidiaria que se le ha impuesto a la entidad SPAIN TRADE AB y sus sucesoras.

2º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas constitucionales y ordinarias interpuesto por la representación de Luis, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de estafa agravada, de otro de insolvencia punible, y de cuatro delitos contra la Hacienda Pública, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, condena que queda parcialmente anulada.

3º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuesto por la representación de Candida, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017, que condenó a la recurrente como cómplice de un delito de insolvencia punible, con la



conurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, condena que queda así parcialmente anulada.

4º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuesto por la representación de Pedro Miguel , contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017 , que condenó al recurrente como cooperador necesario de un delito continuado de fraude de subvenciones, como autor de un delito continuado de estafa agravada, como cooperador necesario de un delito de insolvencia punible, y como autor de un delito contra la Hacienda Pública, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, condena que queda así parcialmente anulada.

5º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuesto por la representación de Abelardo , contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017 , que condenó al recurrente como cooperador necesario de un delito continuado de fraude de subvenciones y de otro de insolvencia punible, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, condena que queda así parcialmente anulada.

6º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017 , que queda así parcialmente anulada.

7º) ESTIMAR LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuestos por las representaciones de las entidades Autos González, S.L., y Gómez de Castro, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017 , que condenó a las sociedades recurrentes como responsables civiles subsidiarias a abonar las indemnizaciones que se establecen en la sentencia recurrida, condena que queda así anulada.

8º) ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de normas ordinarias interpuesto por la representación de la entidad Industrias de la Uva, S.A. (INDUVASA), contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 31 de marzo de 2017 , que condenó a la sociedad recurrente como responsable civil subsidiaria a abonar la indemnización que se establece en la sentencia recurrida, indemnización que se anula parcialmente, según se expondrá en la segunda sentencia.

La estimación parcial del recurso comprende (por el efecto extensivo del recurso de casación en lo que favorece a las personas o entidades responsables), en los mismos términos que se acaban de reseñar, a las restantes responsables civiles subsidiarias que se citan en la sentencia recurrida bajo el rótulo de "conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas".

9º) Se declaran de oficio las costas de todas las partes recurrentes que se generaron en esta fase de casación.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Nacional de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.

RECURSO CASACION núm.: 1666/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro



D. Andres Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1666/2017 contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda en el Rollo de Sala 3/2011 dimanante del Procedimiento Abreviado 340/2001 del Juzgado Central de Instrucción núm 5, seguida por delito continuado de fraude de subvenciones, estafa, delito de insolvencia punible y delito fiscal contra Sebastián , con pasaporte sueco NUM049 , nacido en Suecia el NUM050 de 1936; Luis , con DNI NUM051 , nacido en Orense el NUM052 de 1969, hijo de Luis María y Candida ; Pedro Miguel , con DNI NUM053 , nacido en Ahillones Badajoz el NUM054 de 1956; Abelardo , con DNI NUM055 , natural de Peleas (Badajoz) el NUM056 de 1963, hijo de Justiniano y Carla y Candida , con DNI NUM057 , nacida en Lugo; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en las modificaciones que se han ido señalando en el curso de los fundamentos de la sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud de lo consignado en los fundamentos de la sentencia de casación, procede modificar la sentencia recurrida en los términos que se vinieron exponiendo con respecto a todos los acusados penalmente y también a los responsables civiles directos y subsidiarios, según se especificará en el fallo de esta segunda sentencia, ajustándonos a lo ya razonado en la sentencia de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Modificar la sentencia recurrida, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 31 de marzo de 2017 , en los términos que se exponen a continuación:

1º) Absolver al acusado Sebastián del delito continuado de fraude de subvenciones y del delito continuado de estafa agravada que se le atribuyen, así como de las responsabilidades civiles que se le imputan, con declaración de oficio de las costas que le fueron atribuidas por el Tribunal sentenciador. La absolución lleva consigo también la exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria atribuida a la entidad SPAIN TRADE AB y sus sucesoras.

2º) Absolver al recurrente Luis de dos delitos contra la Hacienda Pública: uno por falta de retención de los rendimientos de capital mobiliario y el otro por la infracción del Impuesto de Sociedades de la entidad ZUVINSA correspondiente al ejercicio del año 1997. También se le absuelve de las responsabilidades civiles que se le imputan, con declaración de oficio de las costas que le fueron atribuidas por el Tribunal sentenciador con respecto a estos delitos. La absolución lleva consigo también la de la responsabilidad civil subsidiaria atribuida a las entidades VINISUR y ZUVINSA por esos delitos.

Absolverle igualmente del delito continuado de estafa agravada que se le atribuye en relación con los hechos referentes a la compra de vino a la CB DIRECCION000 , así como de las responsabilidades civiles derivadas de ese delito.

Se reduce la pena que se le impuso por los dos delitos contra la Hacienda Pública, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, cuya condena permanece en los siguientes términos: por cada delito una pena de un mes y un día de arresto mayor; una multa de la mitad de la cuota defraudada, es decir: 339.948 euros y 285.436 euros, respectivamente; y una pena de dos años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

También se reduce la pena por el delito de insolvencia punible, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, quedando ahora establecida en un año de prisión, con las mismas penas accesorias. Y en lo que respecta a la pena de multa se fija ahora en cuatro meses, manteniéndose la misma cuota diaria de 150 euros.



3º) Reducir la pena impuesta a la acusada Candida por su intervención como cómplice en el delito de insolvencia punible, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, fijándola ahora en 6 meses de prisión y una multa de 2 meses, con una cuota diaria de 150 euros en caso de impago, y con las mismas penas accesorias que se impusieron en la instancia.

4º) Reducir las penas que se impusieron al acusado Pedro Miguel en el sentido siguiente: por la autoría del delito de fraude del IVA, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, una pena de un mes y un día de arresto mayor; una multa de la mitad de la cuota defraudada, es decir: 285.436 euros; y una pena de 2 años de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social.

Por la autoría del delito continuado de estafa agravada, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, se mantiene la pena de un año de prisión y multa de seis meses, a razón de una cuota diaria de 150 euros.

Por la cooperación necesaria en el delito continuado de fraude de subvenciones, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, se le impone una pena de 8 meses de prisión y una multa de 400.000 euros. Y se fija la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de siete meses.

Por último, por la cooperación necesaria en un delito de insolvencia punible, con la apreciación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, una pena de 6 meses de prisión, con las mismas penas accesorias, y una multa de 2 meses, a razón de la misma cuota de 150 euros al día.

5º) Reducir las penas que se impusieron al acusado Abelardo en los términos siguientes: Por la cooperación necesaria en el delito continuado de fraude de subvenciones, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, se le impone una pena de 8 meses de prisión, con las mismas penas accesorias, y una multa de 400.000 euros. Y se fija la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por un período de siete meses.

Por último, por la cooperación necesaria en un delito de insolvencia punible, con la apreciación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, una pena de 6 meses de prisión, con las mismas penas accesorias, y una multa de 2 meses, a razón de la misma cuota de 150 euros al día.

6º) Absolver a entidades Autos González, S.L., y Gómez de Castro, S.A., de la condena que les fue impuesta en concepto de responsabilidad civil subsidiaria en la sentencia recurrida.

7º) Reducir la condena que le ha sido impuesta a la entidad Industrias de la Uva, S.A. (INDUVASA) como responsable civil subsidiaria, en el sentido de que solo responderá por la indemnización a abonar a los acreedores de VINISUR por la responsabilidad civil derivada del delito de insolvencia punible en que incurrieron los administradores y gestores de la referida entidad y sus sucesoras.

8º) Reducir, en los mismos términos que se acaban de reseñar en el apartado anterior, la condena impuesta a las restantes responsables civiles subsidiarias que se citan en la sentencia recurrida bajo el rótulo de "conjunto de sociedades llamadas al proceso por su pertenencia al holding empresarial GRUPO ARNOYA y las sucesoras de estas empresas", de forma que solo responderán por la indemnización a abonar a los acreedores de VINISUR por la responsabilidad civil derivada del delito de insolvencia punible en que incurrieron los administradores y gestores de la referida entidad y sus sucesoras. Se excluyen las que han resultado absueltas en el apartado 6º de este fallo.

9º) Mantener el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde