

Suplemento**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- 16804** *Sala Segunda. Sentencia 142/2011, de 26 de septiembre de 2011. Recurso de amparo 9283-2006. Promovido por don José María Bases Sebastián, doña María Asunción Romeo Pujol y don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, en apelación, les condenó por un delito contra la hacienda pública. Supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, vulneración del derecho a la defensa: condena pronunciada en apelación sin celebrar vista pública al no valorarse pruebas personales, pero sin oír al acusado (STC 184/2009).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugenio Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuela, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 9283-2006, promovido por don José María Bases Sebastián, doña María Asunción Romeo Pujol y don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel, representados por el Procurador de los Tribunales don Arturo Molina Santiago y asistidos por el Letrado don José Manuel Villar Uríbarri, contra la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de septiembre de 2006, dictada en rollo de apelación núm. 209-2006 que, estimando el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia núm. 169/2006, de 7 de abril de 2006, del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid, condenó a los demandantes, respectivamente, como autor de un delito agravado contra la Hacienda pública, como cooperadora necesaria de un delito contra la Hacienda pública en su modalidad básica y como cooperador necesario de un delito contra la Hacienda pública en su modalidad básica. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 10 de octubre de 2006, don Arturo Molina Santiago, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don José María Bases Sebastián, de doña María Asunción Romeo Pujol y de don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los antecedentes del presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Los recurrentes fueron absueltos, por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid de 7 de octubre de 2006, de los delitos contra la Hacienda pública por los que venían siendo acusados.

En la citada Sentencia se declaró probado, en los extremos que aquí importan, que don José María Bases Sebastián ostentaba, en el año 1998, el 83,33 por 100 del capital social de la sociedad transparente Promociones Celis y Bases, S.A., procediendo, con

fecha de 14 de diciembre de 1998, a vender mediante escritura pública dos fincas propiedad de dicha sociedad a la entidad Cogein, S.A. En el año 1998, Promociones Celis y Bases, S.A., ingresó en la Hacienda pública, por impuesto de sociedades, una cuota de 40.981.188 pesetas.

El 22 de diciembre de 1998 se vendieron todas las participaciones de esta última sociedad a Cunícolas Casado, S.L., (en la Sentencia de instancia se lee «Cunícolas» Casado, S.L., mientras que, como pone de manifiesto en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, la Sentencia de apelación se refiere a «Canícolas»; se prefiere la denominación de «Cunícolas», a la vista de la certificación registral que obra a los folios 294 y ss. de las actuaciones), cuya administradora única era la acusada doña Asunción Romeo Pujol, por 227.800.000 pesetas, para lo cual obtuvo un préstamo avalado de forma personal por ella misma y con la garantía prendaria del señor Bases sobre sus participaciones en un fondo de pensiones.

Dos días después se acordó la disolución de Promociones Celis y Bases, S.A., siendo escriturada la liquidación por escritura pública del año 1999. En su declaración correspondiente al impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio de 1999, don José María Bases Sebastián no incluyó la imputación de la base imponible y de la cuota de la sociedad transparente de Promociones Celis y Bases, S.A., por importe de 286.793,08 euros. Aquél viene acusado, sin que se haya acreditado, de haber simulado la compraventa de la totalidad del capital social de aquella sociedad a Cunícolas Casado, S.L., con el asesoramiento del acusado don Miguel Ángel Gutiérrez, para evitar tributar en concepto de IRPF por los resultados de Promociones Celis y Bases, S.A., como sociedad transparente.

Considera la Juez de instancia que los datos ofrecidos por las acusaciones son insuficientes para acreditar los hechos imputados, pues cabe la conclusión alternativa de que la operación fuera real, cierta, documentada, bajo precio cierto, amparada legalmente y usualmente realizada en el tráfico mercantil. En suma, no puede deducirse una hipótesis de consecuencias penales de un criterio obtenido de suposiciones que, pese a reunir algunos de los elementos para que tengan eficacia plena, pueden ser contradichos con realidades de contrario.

b) Contra la anterior resolución interpuso el Abogado del Estado recurso de apelación, al que se adhirieron el Ministerio Fiscal, y que fue estimado por Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de septiembre de 2006 que, revocando la de instancia, condena a don José María Bases Sebastián como autor de un delito contra la Hacienda pública agravado por la utilización de persona interpuesta, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de un año y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 501.887,85 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de quince días y privación de la posibilidad de obtener subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de cuatro años. A doña Asunción Romeo Pujol, como cooperadora necesaria de un delito contra la Hacienda pública, en su modalidad básica, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 143.396,54 euros, con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, y la pérdida de la posibilidad de obtener beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período de dos años. Y a don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel, como cooperador necesario de un delito contra la Hacienda pública, en su modalidad básica, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 143.396,54 euros, con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, y la pérdida de la posibilidad de obtener beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período de dos años. Con imposición por partes iguales de las costas causadas en la primera instancia, incluidas las de la acusación particular, declarando de oficio las costas de la alzada. Finalmente, determina la Audiencia Provincial

que los condenados pagarán conjunta y solidariamente a la Hacienda pública los intereses devengados desde el 30 de junio de 2000 hasta el 16 de junio de 2004 por los 286.793,08 euros no ingresados.

La Audiencia modifica los hechos probados de la Sentencia apelada, determinando como tales que el acusado don José María Bases Sebastián ostentaba en 1998 el 83,33 por 100 del capital social de Promociones Celis y Bases, S.A., sociedad que tributaba en régimen de transparencia fiscal y que no había tenido actividad desde su constitución en el año 1991 hasta que el 14 de septiembre de 1998 vendió dos fincas urbanas a la entidad Cogein, S.A., por 315.000.000 pesetas más 50.400.000 pesetas de IVA. Promociones Celis y Bases, S.A., abonó a la Hacienda pública, en concepto de impuesto de sociedades, la cantidad de 40.981.188 pesetas.

El 27 de noviembre de 1998 todas las participaciones sociales de Cunícolas Casado, S.L. —que carecía de actividad— fueron adquiridas por la acusada doña Asunción Romeo Pujol junto con su esposo al 50 por 100 actuando en representación de este último el otro acusado don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel, a la sazón asesor fiscal desde hacía varios años de don José María Bases Sebastián.

El 22 de diciembre de 1998 don José María vendió la totalidad de acciones de Promociones Celis y Bases, S.A., a Cunícolas Casado, S.L., por la cantidad de 227.800.000 pesetas y en esa misma fecha Cunícolas Casado, S.L., solicitó un préstamo de 228.000.000 pesetas, préstamo que es avalado por doña Asunción, don Miguel Ángel y don José María, este último con una garantía prendaria de un fondo de inversión mobiliario.

El 24 de diciembre de 1998 se disuelve la sociedad Promociones Celis y Bases, S.A., y se nombra liquidadora a doña Asunción (la escritura pública es de fecha de 29 de diciembre de 1998).

El 1 de febrero de 1999, don José María ordena el traslado desde su cuenta corriente a la cuenta de Cunícolas Casado, S.L., de 140.000.000 pesetas y en la misma fecha se libra un cheque contra la cuenta corriente de Promociones Celis y Bases, S.A., por valor de 80.000.000 pesetas con destino a aquella sociedad para liquidar el préstamo que le fue otorgado.

Cunícolas Casado, S.L., contabilizó una pérdida de 215.607.147 pesetas y solicitó la devolución por el período impositivo de 15 de julio de 1998 a 14 de julio de 1999 de 40.983.238 pesetas, que se denegó por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Siendo Promociones Celis y Bases, S.A., una sociedad transparente cuyo activo patrimonial eran las dos fincas urbanas que fueron vendidas a Cogein, S.A., por 315.000.000 pesetas, este incremento patrimonial debería haberse visto reflejado en el IRPF de don José María como se especifica en el informe de la Inspección Fiscal (y que se transcribe en los hechos probados), que no se formalizó ni abonó a la Hacienda pública.

Los acusados procedieron, el 16 de junio de 2004, a ingresar en el Juzgado la cantidad de 286.893,08 euros para su entrega a la Hacienda pública.

Indica la Audiencia en primer lugar, tras recordar la doctrina constitucional acerca de la revocación de las Sentencias absolutorias en la segunda instancia, que ha contado con la grabación digital del acto del juicio en soporte DVD, con la prueba documental y pericial que obra unida a la causa y que ha sido sometida a contradicción en el plenario, y que va a realizar una crítica razonable del juicio de inferencia realizado por la Juez *a quo* para llegar a su conclusión absolutoria.

Razona así el órgano de apelación que con las operaciones que constan en los hechos probados, se consiguieron dos beneficios a efectos fiscales: 1º) que don José María no abonara en el IRPF del año 1999 los beneficios obtenidos por la venta de las fincas por la sociedad transparente de la que era socio mayoritario y 2º) se pretendió obtener, a través de Cunícolas Casado, S.L., la devolución del impuesto de sociedades que había abonado Promociones Celis y Bases, S.A., en el ejercicio anterior. Y tales eran los fines de todas las operaciones realizadas y no otros, «según se colige de la prueba documental y pericial, así como del razonamiento inferencial que ha de hacerse a partir de dicha prueba». Estamos efectivamente, concluye la Audiencia, ante una simulación contractual que busca obtener unos beneficios fiscales indebidos y no abonar a la

Hacienda pública ni una sola cantidad como consecuencia de la venta de unas fincas urbanas, conclusión que apoya en los siguientes razonamientos: a) Cunícolas Casado, S.L., que tiene un capital social de 500.000 pesetas y carece de actividad desde que se constituyó, es adquirida por doña Asunción en noviembre de 1998 a partes iguales con su esposo, en cuya representación interviene el asesor fiscal de don José María, socio mayoritario de Promociones Celis y Bases, S.A., No se expresa la finalidad para la que es adquirida y tampoco se dice en ninguna de las manifestaciones de los acusados, aunque lo cierto es que no llegó a realizar actividad alguna de futuro. Con ese exiguo capital social y sin ninguna actividad que otorgara beneficios, la entidad adquiere las acciones de Promociones Celis y Bases, S.A., para lo que pidió un préstamo que le es otorgado porque aparecen unos avalistas muy concretos: el principal es don José María, socio mayoritario de la sociedad que se va a adquirir y que es realmente quien lo paga. De ello emerge con toda naturalidad que estamos ante una operación de venta y otra de préstamo totalmente simuladas, que buscan únicamente un objetivo defraudatorio en contra de la Hacienda pública; b) aunque se alegó por la defensa que Promociones Celis y Bases, S.A., tenía el capital obtenido por la venta de los locales y por ello era una sociedad que se podía adquirir por el precio pactado, tal como se especifica en el informe de la Inspección y en la prueba documental, quien cobra los cheques del precio es don José María, es decir, el que recibe el precio de la venta de las fincas es el citado don José María y, por tanto, la sociedad vendida carece de ese capital por el que supuestamente es vendida a Cunícolas Casado, S.L. Aun en el caso hipotético de que se acogiera la tesis de la defensa de que el dinero de la venta ingresó realmente en el patrimonio social y no en el del socio mayoritario, carece de todo sentido la transmisión de las acciones de una sociedad cuyo patrimonio se ha incrementado en 315 millones de pesetas por un precio de venta de 227.800.000 pesetas. Y tampoco puede obviarse que el préstamo solicitado por Cunícolas Casado, S.L., es abonado por la entidad que vende sus participaciones y por su socio mayoritario, esto es, lo abona el vendedor, lo que significa que es el propio vendedor el que paga el precio de lo que ha vendido, signo inequívoco de que estamos ante una transmisión simulada con unos fines que sólo cabe tildar de fraudulentos; c) ha de incidirse en que la única actividad de Promociones Celis y Bases, S.A., desde 1991 hasta su liquidación es la venta de las dos fincas por 315 millones de pesetas, por lo que no cabe hablar de otras actividades que justifiquen el precio abonado por su venta; d) por último, y en lo que se refiere al préstamo, ha de destacarse que es liquidado en fecha muy próxima a la de su otorgamiento, a pesar de que la sociedad que lo solicita carece de bienes para ello, liquidación que, curiosamente, ha de atribuirse a la sociedad vendedora y a su socio mayoritario. Es decir, el precio es pagado por el vendedor, y por ello no estamos ante un contrato de compraventa sino frente una operación simulada que se hace para que los beneficios obtenidos por Promociones Celis y Bases, S.A., por la venta de fincas se deriven a Cunícolas Casado, S.L., y los impuestos que había de pagar la primera se descuenten a la segunda, con el fin de obtener una devolución de lo abonado como impuesto de sociedades y que, además, el socio mayoritario que ha vendido sus participaciones en dicha sociedad, don José María, no tenga que hacer constar dichos beneficios en su declaración del IRPF, porque las ha vendido y ya no es titular de ellas.

Con base en todo ello, pues, determina la Sala de apelación que, acreditado por la prueba documental y pericial practicadas que nos encontramos ante una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos, los hechos se subsumen bajo el tipo penal descrito en el art. 305.1 a) del Código penal (CP) de 1995.

3. Los recurrentes fundamentan su demanda de amparo, de un lado, en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse revocado la Sentencia absolutoria de instancia sobre la base de una nueva valoración de la grabación de la vista, con adición de nuevos hechos probados de singular importancia, habiéndose valorado igualmente, y así se manifiesta de forma explícita en la Sentencia impugnada, la prueba pericial; todo ello, por consiguiente, sin haberse apreciado con la debida inmediación y contradicción la prueba personal, lo que incluye la declaración de los acusados.

Por otra parte, se estima infringido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al establecer la Audiencia, por lo demás con una insuficiente motivación, una nueva formulación de los hechos probados ampliando la realizada por la Juez de instancia, tras revisar nuevamente todo el material probatorio, incluidas las declaraciones personales (de los acusados y los peritos) sin haber presenciado las mismas de forma directa e inmediata, lo que supone valorar como prueba de cargo la que no ha sido practicada con las debidas garantías y no puede servir, en consecuencia, para desvirtuar aquella presunción. Además, igual derecho se habría vulnerado por no cumplir la prueba circunstancial condenatoria los requisitos impuestos por la doctrina constitucional.

Se denuncia asimismo la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al estimar que el órgano de apelación ha efectuado una interpretación analógica y extensiva de la norma tributaria a la que se ha acudido para la tipificación penal como consecuencia de la remisión al tratarse de una ley penal en blanco. La Sentencia recurrida quebranta y fuerza el concepto de fraude de ley, extendiéndolo hasta confundirlo con la simulación tributaria. Y ello porque en el fraude a la ley tributaria no existe engaño ni ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, ya que lo acaecido salta a la vista a través del artificio utilizado para reducir la carga tributaria del contribuyente, siendo lo decisivo en el delito del art. 305 CP la ocultación o engaño utilizado frente a la Administración tributaria. Finalmente, con invocación del principio de proporcionalidad –ínsito en el de legalidad penal (art. 25.1 CE)– entre los hechos cometidos y la sanción aplicada, en realidad se reitera la alegación referida a que la subsunción de los hechos en el tipo penal carece de razonabilidad al haberse apoyado en pautas valorativas extravagantes, suponiendo la sanción penal una aplicación desproporcionada de las normas penales, en la medida en que resulta sacrificado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de un modo incompatible con el principio de subsidiariedad e intervención mínima del Derecho penal. En suma, los hechos enjuiciados deberían haber sido objeto, en su caso, de la exigencia del pago del tributo que hubiera correspondido satisfacer (art. 15 de la Ley general tributaria), pero sin la imposición de sanción alguna.

Igualmente, mediante otrosí, y de conformidad con el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se solicitó que se acordara la suspensión de la ejecución de la Sentencia recurrida, por considerar que ésta ocasionaría a los demandantes un perjuicio irreparable que haría que el amparo solicitado perdiera su finalidad.

4. Por providencia de 16 de octubre de 2007 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, conforme al art. 11.2 de la Ley Orgánica del mismo, acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda así como, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a los órganos judiciales para que remitieran testimonio de las actuaciones, interesando asimismo el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

Del mismo modo, se ordenó la formación de la oportuna pieza para la sustanciación del incidente de suspensión y, tras atender las alegaciones pertinentes, por ATC 44/2008, de 11 de febrero, se acordó suspender la ejecución de las penas privativas de libertad y de las accesorias de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, impuestas en la Sentencia núm. 285/2006, de 7 de septiembre, de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, a los señores Bases, Romero y Gutiérrez. También se acordó la suspensión de la inhabilitación prevista en los arts. 6, 7 y 9 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, derivada de la firmeza de la Sentencia precitada, respecto del señor Gutiérrez.

Contra este segundo pronunciamiento del Auto de suspensión, referido específicamente a la suspensión de la inhabilitación para el ejercicio de la auditoría de cuentas respecto del señor Gutiérrez, recurrió en súplica el Abogado del Estado, dictando la Sala Segunda el ATC 166/2008, de 23 de junio, por el que acuerda la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 11 de febrero de 2008, confirmando íntegramente todos sus pronunciamientos.

5. Habiéndose recibido escrito de personación, por diligencia de ordenación de 27 de febrero de 2008 se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en la representación con que comparece, acordándose entender con él las sucesivas actuaciones.

6. Recibidas las actuaciones, según lo previsto en el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las mismas, por un plazo común de veinte días, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que dentro de dicho período presentaran las alegaciones pertinentes.

7. El día 19 de septiembre de 2008 presentó sus alegaciones el Abogado del Estado, solicitando que se dictara Sentencia totalmente denegatoria del amparo pretendido.

Respecto de la primera queja de amparo, nota el Abogado del Estado, frente a la consideración de los demandantes acerca de que la condena tiene su raíz en la nueva valoración de las pruebas personales que, por el contrario, se basa en la prueba documental obrante en las actuaciones y en la pericial documentada para cuya apreciación no es precisa la inmediación, aclarando en este sentido que la Audiencia Provincial se refiere a la prueba pericial que obra unida a la causa, lo que quiere decir que de la prueba pericial se toma en cuenta exclusivamente la documentada. En relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), niega aquél la existencia de cualquier vulneración, en tanto la Sentencia condenatoria aprecia que concurre la simulación como específica técnica defraudatoria empleada por los condenados y motiva perfectamente tal consideración con total respeto a la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria o circunstancial. Finalmente, tampoco estima que concorra lesión alguna del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) ya que la Audiencia califica la estructura defraudatoria como un supuesto de simulación y expone para ello argumentos de un completo poder de convicción, sin que los mismos puedan tildarse de arbitrarios, irrazonables o extravagantes.

8. Los demandantes presentaron sus alegaciones el día 26 de septiembre de 2008, solicitando nuevamente que se les otorgara el amparo impetrado y reproduciendo, sustancialmente, las alegaciones expuestas en el escrito de demanda.

9. El día 16 de octubre de 2008 se registró la entrada del escrito de alegaciones del Fiscal ante el Tribunal Constitucional, interesando la completa desestimación del presente recurso de amparo.

Tras recordar la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales invocados, expone el Fiscal sus consideraciones acerca de las lesiones supuestamente padecidas por los demandantes: en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) observa que efectivamente la Audiencia modificó el relato fáctico de la Juez de instancia, si bien añade que para ello la Sala apreció, en palabras de la misma, «la prueba documental y pericial que obra unida a la causa» y contó «con la grabación digital del acto oral en soporte DVD», lo que para el Fiscal no puede implicar sino que la modificación de los hechos probados que el órgano de apelación efectúa se desprende «sólo de la prueba documental, constituida por la prueba documental propiamente dicha y por el texto escrito de los informes periciales, que así serían también considerados documentos». De este material probatorio habría extraído la Audiencia un juicio de inferencia propio y distinto del obtenido en la primera instancia, sin que por tanto exista infracción alguna de la doctrina constitucional sobre esta materia, lo que conlleva que pueda sostenerse que hubo prueba de cargo válidamente considerada por el Tribunal de apelación para enervar la presunción de inocencia de los demandantes. Y en cuanto a la denunciada violación del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), advierte el Fiscal que lo que se pretende mediante tal queja es dar prioridad a la doctrina tributaria sustentada por la defensa de los acusados frente a la interpretación que sobre tal cuestión efectuó el órgano de apelación, cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria sin que, por lo demás, pueda apreciarse en las conclusiones de aquel Tribunal una interpretación manifestamente arbitraria o errónea que justifique un análisis más detallado.

10. Por providencia de 23 de septiembre de 2011 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de septiembre de 2006 que, revocando la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid el 7 de abril de 2006, condenó a los ahora recurrentes en amparo, don José María Bases Sebastián, doña María Asunción Romeo Pujol y don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel, respectivamente, como autor de un delito agravado contra la Hacienda pública, como cooperadora necesaria de un delito contra la Hacienda pública en su modalidad básica y como cooperador necesario de un delito contra la Hacienda pública en su modalidad básica.

En la demanda de amparo se denuncia, de un lado, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse revocado la Sentencia absolutoria de instancia sobre la base de una nueva valoración de la prueba personal sin la observancia de la exigible inmediación judicial. Por otra parte, se considera infringido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al establecer la Audiencia Provincial –además con una motivación insuficiente que infringiría las exigencias de la prueba indiciaria– una nueva formulación de los hechos que se declaran probados con base en una nueva revisión del material probatorio, incluidas las declaraciones personales, sin haber presenciado las mismas de forma directa e inmediata, lo que implica apreciar como prueba de cargo la que no ha sido practicada con las debidas garantías y no puede servir, en consecuencia, para desvirtuar aquella presunción. Finalmente, se aduce la lesión del principio de legalidad penal en relación con el principio de proporcionalidad (art. 25.1 CE) por cuanto la subsunción de los hechos en el tipo penal carecería de razonabilidad al haberse apoyado en pautas valorativas extravagantes, suponiendo la sanción penal una aplicación desproporcionada de las normas penales, en la medida en que resulta sacrificado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de un modo incompatible con el principio de subsidiariedad e intervención mínima del Derecho penal.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal ante el Tribunal Constitucional consideran que no concurre ninguna de las vulneraciones aducidas puesto que, en primer lugar, la Audiencia Provincial sólo valoró la prueba documental –para lo que no era precisa la inmediación–, que se alzó como prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia, motivando la condena con total respeto a la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria o circunstancial. Tampoco aprecian lesión alguna del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) porque el órgano de apelación calificó la estructura defraudatoria como un supuesto de simulación, exponiendo para ello argumentos de un completo poder de convicción, sin que los mismos puedan tildarse de arbitrarios, irrazonables o extravagantes.

2. El análisis de las quejas de amparo ha de iniciarse, según constante jurisprudencia de este Tribunal, dando preferencia a aquéllas de las que podría derivarse una retroacción de actuaciones y, dentro de ellas, a las que, por determinar la retroacción a un momento anterior, hagan innecesario un pronunciamiento sobre las restantes (SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 2; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 140/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 156/2007, de 2 de julio, FJ 3 y 121/2009, de 18 de mayo, FJ 2), lo que conduce a dar prioridad al examen de la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Es sólida la doctrina constitucional sobre el precitado derecho fundamental, que se recoge de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9 a 11, y ha sido perfilada después en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4; 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2; 215/2009, de 30 de noviembre, FJ 2 y 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2), y según la cual del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

deriva la exigencia de que únicamente el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. Por ello, ha de considerarse quebrantado aquel derecho cuando la Sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria, o bien por una que empeora la situación del recurrente si hubiera sido ya condenado, y la resolución revocatoria se fundamenta en una diferente valoración de las declaraciones personales. Dicho de otro modo, se veda la contingencia de que el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o que agrave su situación si fue condenado, si para ello establece un nuevo relato de hechos probados que tiene su origen en la apreciación de pruebas cuya práctica exige la inmediación del órgano judicial resolvente, esto es, el examen directo y por sí mismo de las partes, de los testigos o de los peritos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

No obstante, también este Tribunal ha reiterado que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el Tribunal superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de la vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, STC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 5 y 46/2011, de 11 de abril, FJ 2).

3. En el caso que aquí se analiza, cierto es que, como afirman los demandantes, la Audiencia Provincial proclama, al iniciar su fundamentación jurídica, que ha contado con la grabación digital del acto del juicio oral en soporte DVD, lo que en aplicación de la doctrina contenida en la STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6, habría de llevar en este caso a la apreciación de la lesión constitucional denunciada. Ahora bien, como notan certeramente el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, la mera lectura de la Sentencia recurrida revela que, como también asevera aquel órgano judicial, «para la resolución del recurso de apelación partimos de la prueba documental y la pericial que obra unida a la causa», esto es, la prueba pericial documentada que, como repetidamente hemos señalado, habida cuenta de su naturaleza y la del delito enjuiciado –recuérdese que se trata de un delito contra la Hacienda pública– puede ser válidamente valorada sin necesidad de oír a los peritos y reproducir íntegramente el debate procesal si en el documento escrito de los informes constan los razonamientos que pueden hacer convincentes las conclusiones alcanzadas, es decir, si el órgano de apelación aprecia dicha prueba únicamente mediante la consideración del escrito en que se documenta (por todas, STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4). Efectivamente, como desgrana en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, la Audiencia explicita a lo largo de su resolución, los hechos –y la prueba con base en la que los estima acreditados– de los que induce la existencia de la simulación, elemento decisivo para apreciar la existencia del fraude exigido por el tipo penal aplicado (art. 305.1 del Código penal). En el fundamento segundo de la Sentencia se consignan una serie de hechos y fechas probados documentalmente (y en los que, además, todas las partes están de acuerdo y así se recoge en la Sentencia recurrida) señalando que «se colige de la prueba documental y pericial, así como del razonamiento inferencial que ha de hacerse a partir de dicha prueba» la finalidad de obtener los beneficios fiscales indebidos y no abonar a la Hacienda pública ni una sola cantidad como consecuencia de la venta de unas fincas urbanas. Los hechos que resalta a continuación la Audiencia –que se han expuesto con más detalle en los antecedentes de esta resolución– para construir su propio juicio de inferencia (el capital social de Cunícolas Casado, S.L. y su adquisición por doña Asunción Romeo Pujol y su marido, representado por don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel; la adquisición de acciones de Promociones Celis y Bases, S.A.; la prestación de avales por aquél y por don José María Bases Sebastián; el reintegro a Cunícolas Casado, S.L., efectuado con cargo a las cuentas de don José María y de Promociones Celis y Bases, S.A.; la inactividad de esta última entidad, cuya única operación desde 1991 es la venta de las fincas urbanas a Cogein, S.A., son hechos con una base documental indiscutible. Por lo demás, vuelve a manifestar la Audiencia (fundamento jurídico 3) que resulta acreditado «por la prueba documental y pericial practicadas que nos encontramos ante una operación simulada

para conseguir la elusión del pago de impuestos», atribuyendo finalmente la calidad de cooperadores necesarios a doña Asunción y a don Miguel Ángel por su participación en operaciones formalizadas documentalmente.

Por otra parte, según subraya cabalmente el Abogado del Estado, las adiciones a los hechos probados que los demandantes objetan están fundamentadas de forma patente en la prueba documental: tanto el reembolso del préstamo del que era deudora Cunícolas Casado, S.L. a cargo de don José María y de Promociones Celis y Base, S.A., como la no inclusión de la imputación de bases de esta última sociedad, con la consiguiente falta de ingreso correlativa a los mayores rendimientos en la declaración del IRPF presentada por don José María, son hechos que están acreditados por aquella clase de prueba (respectivamente, folios 455 y ss. y 621 y ss., de la pieza documental).

En definitiva, y habida cuenta de que la prueba de cargo en que se fundamenta la condena es únicamente la prueba documental y la pericial documentada, ha de rechazarse la queja de amparo en lo tocante a que, al haberse valorado también la prueba personal, se habría infringido el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

4. Sin embargo, ha de advertirse que, vinculada a dicha alegación, expresan los recurrentes también la consideración de que debió efectuarse por el órgano de apelación la audiencia de los acusados. Como se acaba de poner de manifiesto, la prueba apreciada por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído.

Pues bien, en el supuesto que aquí se examina, si bien los recurrentes no invocan en su escrito de demanda formalmente el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sí hacen explícita mención a la circunstancia de que no fueron oídos por el órgano de apelación que, en el juicio de inferencia que realizó, concluyó que aquéllos participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. No tratándose, por tanto, de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto –al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados– la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad –dado que refutaron la finalidad simulatoria en la instancia– resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. Es decir, el órgano de apelación debió conceder la oportunidad a los acusados de ser oídos a fin de que, apreciando de forma directa sus explicaciones, pudiera formar adecuadamente su convicción.

Constatada así la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis del resto de los motivos alegados por los demandantes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo a don José María Bases Sebastián, doña María Asunción Romeo Pujol y don Miguel Ángel Gutiérrez Miguel y, en su virtud:

- 1.º Declarar que se ha vulnerado su derecho a la defensa (art. 24.2 CE).
- 2.º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de septiembre de 2006, dictada en rollo de apelación núm. 209-2006, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que pueda ofrecerse a los recurrentes la posibilidad de ser oídos, a fin de que se pronuncie nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil once.–Eugenio Gay Montalvo.–Elisa Pérez Vera.–Ramón Rodríguez Arribas.–Francisco José Hernando Santiago.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuela.–Firmado y rubricado.