

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DOLORES MARTÍN CANTÓN, Procuradora de los Tribunales, y de **DON JOSÉ LUIS NÚÑEZ NAVARRO**, cuya representación acredito mediante el poder que acompaño, ante esta Excma. Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que en la representación que ostento y de conformidad con lo establecido en los artículos 41, 44, 46.1, 48, 49 y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (de acuerdo al texto conformado tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), vengo a interponer **RECURSO DE AMPARO** contra la Sentencia de 27 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Procedimiento Abreviado (D.P.) nº 4566/99) que condenó a nuestro defendido D. José Luis Núñez Navarro, como autor de un delito de cohecho activo propio y otro de inducción a falsedad en documento oficial a las penas, respectivamente de cuatro años de prisión menor, con accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, mas multa de dos millones de euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses en caso de impago, por el primero de ellos, y a las de de dos años *de prisión*, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo igual tiempo, inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por un año y seis meses, cuatro meses de multa con cuotas diarias de trescientos euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas no pagadas, y como responsable civil directa a indemnizar a la Hacienda Pública en la cantidad allí referida, así como al pago de las 2/46 partes de las costas causadas.

La presente demanda se dirige igualmente contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 990/2013, de fecha treinta de diciembre de dos mil trece, por la que estimando parcialmente nuestro recurso de casación, se condenó a nuestro mandante, como autor criminalmente responsable de un delito de cohecho activo propio, con la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de dos años y dos meses de prisión menor, multa de de 1.500.000 de euros, así como al pago de 1/46 parte de las costas de la instancia, absolviéndole del delito continuado de

falsedad en documento oficial cometido por funcionarios público, por el que venía condenado y de la responsabilidad civil antes señalada. También se dirige contra el Auto de Aclaración de la misma, en tanto que integrante de aquella resolución, y contra el Auto de inadmisión del incidente de nulidad promovido por esta representación, de 23 de junio de 2014.

Que el recurso de amparo se funda en que las resoluciones citadas infringen lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y vulneran los derechos fundamentales de nuestros representados a un proceso con todas las garantías, en su vertiente del derecho a un Juez imparcial, el derecho a la presunción de inocencia en sus diversas manifestaciones, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y el principio de legalidad penal.

En concreto, el orden en el que exponemos nuestras quejas se acoplará al orden en el que, conforme a la misma jurisprudencia del TC priorizan las que puedan derivar en retroacción de las actuaciones y dentro de éstas, las que determinan la retroacción a momentos anteriores, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes. Conforme a este criterio, las quejas, son singularmente las que siguen:

- 1.- Vulneración del derecho a un juez o Tribunal imparcial, como derecho integrante del genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
- 2.- Vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE).
- 3.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al derecho a que el órgano judicial resuelva las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vienen planteados (incongruencia omisiva), dada la falta de contestación, ni explícita ni implícita, por parte de la Sentencia de Casación y del Auto por el que se inadmite el incidente de nulidad, de las *pretensiones* sustanciales y autónomas vehiculadas en los motivos tercero, cuarto, y quinto de nuestro recurso de casación.

4.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.1 y 2), por estar la prueba pericial practicada contaminada de tacha de parcialidad en sus autores, siendo en consecuencia prueba no válidamente obtenida.

5.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), concretado en la proscripción de toda discriminación arbitraria, por omisión o por rechazo patentemente erróneo, ilógico o irracional, de las pruebas de descargo, en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE)

6.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de prueba de cargo sobre el sustrato fáctico del delito de cohecho, tanto en la Sentencia de instancia en relación con las dádivas, como el plasmado en la Segunda Sentencia de casación, una vez depurado el factum, relativo a que las dádivas fueron entregadas para que los funcionarios no recabaran documentación y no investigaran.

7.- Vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de garantía criminal (*nullum crimen sine praevia lege stricta atque certa*), art. 25.1 CE, por resultar inaplicable el art. 391 y 386 CP de 1973 a los hechos declarados probados en la Segunda Sentencia fruto de la casación (antecedente único).

8.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al no haberse motivado, en segunda sentencia condenatoria, la individualización de la pena concreta impuesta a nuestro representado, ofreciéndose a posteriori en el auto de aclaración criterios que exceden el marco de dicho incidente, en contradicción con los expresados en la sentencia de instancia, sin que éstos hubiesen sido impugnados por las partes.

En el procedimiento de referencia han sido parte, además de nuestros defendidos, José María Huguet Torremade, Manuel Abella Zalaruqui, Juan José Folchi Bonafonte, Francisco Javier de la Rosa Martí, Roger Bergua Canelles, Salvador Sánchez Guiu, Álvaro Pernas Barro, Juan Antonio Sánchez Carreté, Jorge Oller Abella, Eduardo Bueno Ferrer, Francisco Colomar Salvo, José Lucas Carrasco, Mayra Mas Echevarría,

María Isabel Ardila Quintana todos ellos como acusados, y como partes acusadoras, el Ministerio Público y la Administración General del Estado.

Basamos nuestra solicitud de amparo en los siguientes apartados:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 27 de julio de 2011 la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia en el Procedimiento Abreviado (D.P.) nº 4566/99 (documento nº 1) por la que se condenó a nuestro representado, D. José Luis Núñez Navarro, como criminalmente responsable de: 1.- un delito continuado de cohecho activo, en concepto autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión menor, con accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, mas multa de dos millones de euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses en caso de impago. 2.- Un delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, en concepto de inductor, concurriendo la circunstancia atenuante de extraneus, a la pena de dos años *de prisión*, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo igual tiempo, inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por un año y seis meses, cuatro meses de multa con cuotas diarias de trescientos euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas no pagadas, así como al pago de las 2/46 partes de las costas causadas.

Segundo.- La Sentencia de 27 de julio de 2011 fue objeto de aclaración por sendos autos de 28 de julio de 2011 y 20 de octubre de 2011, en los términos que son de ver en documentos. 2 y 3.

Tercero.- Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona esta defensa interpuso el correspondiente recurso de casación (documento nº 4), por un total de veinticuatro motivos

El treinta de diciembre de dos mil trece, la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo dictó su Sentencia nº 990/2013 (documento nº 5), por la que, estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por nuestro representado, le condenaba, en segunda Sentencia, como responsable criminalmente en el concepto que se dirá de un "delito continuado de cohecho activo, definido como delito en el artículo 386, 390, 61.1ª y 69 bis del Código Penal de 1973 concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de dos años y dos meses de prisión menor. Y, además, la pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años. Y la pena de multa de 1.500.000 de euros ", así como al pago de 1/46 parte de las costas de la instancia, absolviéndole del delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionarios público, por el que venía condenado.

Cuarto.- Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2014, esta representación procesal elevó escrito solicitando aclaración de la Sentencia, por error patente o manifiesto, en los términos que son de ver en documento nº 6.

En fecha diez de Febrero de dos mil catorce, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Auto de Aclaración (documento nº 7), en el que estimando en parte nuestra solicitud de corrección, se disponía, en relación con la primera sentencia de casación, que "el precepto que tipifica el delito de cohecho por el que resultan condenados José Luis Nuñez Clemente, José Luis Nuñez Navarro y Salvador Sánchez Guiu es el art 391 del Código Penal de 1973 y no el 390 de dicho Cuerpo Legal", ordenando "completar los fundamentos jurídicos de la sentencia a corregir con lo expuesto en los correlativos de esta resolución.". En relación con la parte dispositiva de la segunda Sentencia, se acordaba "excluir como pena para José Luis Nuñez Clemente, José Luis Nuñez Navarro y Salvador Sánchez Guiu la de inhabilitación especial."

Quinto.- Frente a la anterior Sentencia aclarada, esta representación procesal interpuso incidente de nulidad de actuaciones el 11 de marzo de 2014 (documento nº 8), denunciando la vulneración ex novo en la referida Sentencia, de derechos fundamentales, sustancialmente el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la legalidad sancionadora y derecho a una resolución debidamente motivada (incluyendo incongruencia omisiva).

Sexto.- En fecha 23 de junio de 2014, por Auto de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo se inadmitió la cuestión de nulidad suscitada (documento nº 9)

II.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

1.- La resolución que pone fin a la vía judicial de amparo se notificó el día 11 de julio de 2014, por lo que este recurso se presenta dentro del plazo de treinta días *hábiles* que para su interposición establece el artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

2.- Las vulneraciones expuestas fueron prontamente invocadas.

3.- Los derechos invocados son susceptibles de amparo constitucional.

4.- Las quejas de amparo expresadas en la presente demanda tienen la especial trascendencia constitucional que exige el artículo 50.1 b) LOTC, como se expone en el apartado siguiente.

5.- Cada queja de amparo ha agotado la vía judicial procedente a partir del momento de la vulneración.

III.- ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LAS QUEJAS DE AMPARO QUE SE ALEGAN

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, vino a modificar sustancialmente el recurso de amparo ante este Alto Tribunal, de modo que en la actualidad sólo será admisible cuando, además de haberse producido una vulneración de derechos fundamentales, la vulneración invocada tenga "*especial trascendencia constitucional*", según figura en la nueva redacción del art. 50.1.b) LOTC, que deberá determinarse en atención a los siguientes parámetros: "*su importancia para la interpretación de la*

Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

En ese sentido, la STC 155/2009, de 25 de junio, ha concretado los criterios que se han de tener en consideración para determinar si la demanda de amparo tiene especial trascendencia constitucional, tales como los siguientes:

“a) El de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio de doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la Jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

No obstante lo anterior, la STC 155/2009, de 25 de junio vino a establecer que dichos criterios no deben entenderse “*como un elenco definitivamente cerrado de casos*”.

De acuerdo con el marco esbozado, pasaremos ahora a desarrollar, debidamente dissociada de la que concierne a las vulneraciones alegadas, la argumentación específica referida a la especial trascendencia del recurso que establece el art. 50.1. b) LOTC.

Trascendencia que como a continuación se expone, no se identifica aquí con la sola lesión del derecho fundamental vulnerado (STC 178/2012, de 15 de octubre), sino que precisa de un razonamiento independiente y explícito que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con algunos de los criterios establecidos en el referido art. 50.1 b) LOTC (STC 54/2014, FJ 2º; 140/2013, FJ 4 c))

Esta representación procesal no desconoce que una vez admitido el recurso por apreciarse la especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento constitucional al conservar el amparo su dimensión subjetiva de instrumento para preservar o restablecer las vulneraciones de derechos fundamentales -lo que obliga a examinar la totalidad de su contenido, sin excluir o incluir determinados motivos (STC núm. 2/2013, de 14 de enero)-. No obstante, se acometerá la justificación por separado de cada uno de ellos, pues estimamos que todos, aisladamente, aparecen connotados de tal relevancia.

1.-. *Justificación de la especial trascendencia constitucional de nuestra primera queja de amparo.*

1.1. A partir de lo expuesto, la primera queja de amparo invoca vulneración del *derecho a un juez imparcial, como integrante del derecho a un proceso con todas las garantías* (art. 24.2 CE). Como se expondrá en el desarrollo de nuestra queja, la iniciativa y actitud de la Presidenta del Tribunal en el acerado, penetrante y exhaustivo interrogatorio a cuantos testigos no avalaban las tesis acusatorias, patentiza intención de suplir las deficiencias de las acusaciones, favoreciendo la pretensión condenatoria de dichas partes. La batería de preguntas y comentarios de sesgo inequívocamente

acusatorio que más adelante recordaremos no deja lugar a dudas. Una iniciativa que más allá de infringir la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto a las posiciones de las partes en el proceso, en el caso concreto, revela pérdida de imparcialidad, exteriorizando un claro prejuicio sobre la culpabilidad de mi representado. Son múltiples las intervenciones en el juicio oral que patentizan el prejuicio de la Presidente, que se expresa por medio no sólo de dichos interrogatorios, que revelan *actividad inquisitiva encubierta*, sino también de comentarios y valoraciones despectivas respecto a las tesis de la defensa. Un prejuicio expresado antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial de toda la prueba, pues aún no se había practicado ésta en su totalidad ni se había dado la oportunidad al acusado de hacer uso de la última palabra. Este tribunal juzgará, a la vista del contenido transcrito de parte de las actas del juicio oral si la sospecha de imparcialidad es o no razonable, que lo es, para cualquier espectador objetivo. Y si del visionado -o la lectura- de aquellas actuaciones puede entenderse salvaguardada la confianza que deben inspirar en el público, y *sobre todo en el acusado* (STEDH Vera Fernández-Huidobro c. España, de 6 de enero de 2010) la imparcialidad del Tribunal.

1.2. Pero más allá de la sustantividad lesiva propia de la queja que se articula, el examen sobre el contenido de la misma trasciende al mero interés por reparar la vulneración denunciada. Pues permitirá, en definitiva, perfilar la sólo esbozada doctrina de este Tribunal sobre las facultades del Juez en relación con su limitada iniciativa probatoria, como hipótesis, por extralimitación, de pérdida de imparcialidad. Se trata así de precisar el alcance objetivo del derecho fundamental invocado en relación con las facultades que prevé el artículo 708, párrafo segundo, de la LECrim. En lo que alcanza esta representación procesal, y al contrario de lo que sucede con el artículo 729.2 Lecrim, no existe jurisprudencia constitucional que señale los límites precisos que el derecho fundamental a la imparcialidad impone a los interrogatorios de los testigos por parte del Presidente del Tribunal al amparo del mencionado precepto. Un precepto, por cierto, como luego se dirá, limitado sólo a los testigos, que no a los peritos. Y ello sin perjuicio de que algunas de las afirmaciones genéricas vertidas sobre el impulso probatorio en el proceso penal ("prueba sobre la prueba") al abrigo del art. 729.2 LECrim resulten o no trasladables con matices al problema que nos ocupa. La queja trasciende así a la vulneración concreta del caso que suscitamos. Pues en efecto, amparándose en el artículo 708 Lecrim, y con argumentos en muchos casos retóricos, la

jurisdicción ordinaria viene avalando, salvo contadas excepciones¹ exhaustivos interrogatorios por parte de jueces y tribunales que comprometen la apariencia de imparcialidad de éstos. Apariencia que es también objeto de protección constitucional (así, STEDH de 5 de febrero de 2009, *caso Olujić c. Croacia*, § 59) STEDH de 16 de septiembre de 1999, *caso Buscemi c. Italia*, §§ 68 y 69). Y todo ello bajo genéricas apelaciones a que en definitiva el interrogatorio se dirigió directamente a buscar la verdad material sin trascender a los hechos objeto del escrito de acusación, lo que bastaría para estimar inexistente una posición de auxilio a la acusación. En otras, la simple apelación a la *necesidad* de buscar la verdad material parece servir de paraguas protector frente al reproche de pérdida de imparcialidad.

Estimamos por ello que es precisa una aclaración de la doctrina constitucional al respecto, más allá de los genéricos límites esbozados hasta la fecha que en la práctica vienen a confundir imparcialidad con carga de la prueba, y que en una visión estrecha del derecho al juez imparcial, propugnan un reduccionismo inadmisibles de la imparcialidad sobre la base principio *ne procedat iudex ex officio*, por mucho que existan conexiones obvias. Debe aclararse pues en qué consiste ese "sustituir a la acusación" a partir de una actividad "inquisitiva encubierta" llevada a cabo por el Juez y si más allá de este límite, cabe que por el contenido, el tono, los comentarios y la actitud del presidente del tribunal en los interrogatorios, tal actuación exprese o exteriorice objetivamente un claro prejuicio sobre la culpabilidad de los acusados, una previa toma de posición anímica en contra del mismo (STC 5/2004, de 16 de enero), como estimamos es el caso.

La previsión del art. 708 de la Lecrim debería ser interpretado en coherencia con los dispuesto en los arts. 728 y 729. 2º de la norma ritual, partiendo pues de un principio restrictivo de la iniciativa probatoria del Tribunal, que si bien no impide toda iniciativa probatoria al juez penal por entender que ello atenta al principio acusatorio y al deber de imparcialidad judicial, si la debe limitar a una actividad especialmente respetuosa con los límites del principio acusatorio y la posible quiebra de la imparcialidad judicial. Reconociendo que tal delimitación es dable caso a caso,

¹ (STS 291/2005, 2 de marzo "... toda una batería de preguntas inequívocamente incriminatorias que el acusado respondió afirmativamente" STS 780/2006, 3 de julio: el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio)

es necesario remarcar unos límites infranqueables, de tal modo que la iniciativa probatoria ex officio iudicis no llegue a suplir la inactividad o falta de diligencia de las partes acusadoras en el desarrollo de una prueba testifical. Esto es, debe demostrarse si el art. 728 es límite del aserto general del art. 708, ambos de la Lecrim, y en qué medida su uso o abuso por parte del Juez Penal puede lesionar el derecho al Juez imparcial.

El recurrente conoce la doctrina del Tribunal Constitucional existente hasta el momento, que si bien es cierto evita efectuar planteamientos maximalistas o apriorísticos sobre el tema de la iniciativa probatoria del juez penal, se pronuncia a favor de la misma siempre que no suponga una actividad inquisitiva encubierta, y aquí es donde se debe incidir determinado cánones objetivos que orienten la práctica judicial en esta actividad para mantener incólume el derecho al juez imparcial (STC 334/2005 de 20 de diciembre). La necesidad de profundizar sobre esta cuestión, no surge tanto de un análisis general ya realizado sobre la actividad probatoria ex officio iudicis, si en concreto sobre el alcance y límites sobre la expresión legal del art. 708 Lecrim. “que estime conductas para depurar los hechos sobre los que declaren”, algo que en el presente caso, como luego se desarrollara, se ha sobrepasado de una forma palmaria, determinando una actividad inquisitiva que cuestiona de forma clara, a juicio de esta parte, la debida imparcialidad objetiva del Juzgador. En tal sentido debe recordarse en la media de lo que se vine exponiendo, que la lesión al derecho a un juez imparcial, no requiere una lesión efectiva a través de una real pérdida subjetiva de la parcialidad del juez, sino que la sola apariencia en su actuación así lo puede determinar. Entiende esta parte que una cosa es hacer planteamientos maximalistas o apriorísticos, y otra es renunciar a establecer unas pautas y límites a la actividad probatoria ex oificio iudicis.

En definitiva el examen del caso, por incurso en los supuestos b) y c) de la STC 70/2009 de 23 de marzo, permite determinar el contenido y alcance objetivo del derecho fundamental invocado en relación -no sólo- con las facultades que prevé el artículo 708, párrafo segundo, LECrim, en la interpretación que de tal precepto viene haciendo la jurisdicción ordinaria, del que resulta fiel exponente la Sentencia del Tribunal Supremo 990/2013, de 30 de diciembre que es también objeto de impugnación en este recurso.

2.- *Justificación de la especial trascendencia constitucional de nuestra segunda queja de amparo.*

2.1. En nuestra segunda queja de amparo, se denuncia infracción del derecho fundamental a utilizar *los medios pertinentes para la defensa* (art. 24.2 CE). Una vulneración, como luego se dirá, que presenta singularidades que creemos no han sido objeto específico todavía de pronunciamiento por parte de este Excmo. Tribunal, salvo error de esta representación procesal.

En efecto, en el caso que nos ocupa, se ha vulnerado el derecho a que una prueba no sólo pertinente y necesaria, sino *admitida* por el mismo Tribunal, haya podido llegar a ser *materialmente* practicada, dado la irrazonable y arbitraria obstaculización por parte de la Presidente del Tribunal, impidiendo como se verá, con manifiesta extralimitación de las facultades ex art. 709 LECrim, que un perito testigo-conteste, desestimando el interrogatorio en su conjunto por impertinente. El derecho invocado comprende, según la Jurisprudencia de este Tribunal, no sólo el derecho a que las pruebas pertinentes sean admitidas por el Juez o Tribunal, sin desconocer ni obstaculizar el derecho "e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva". También comprende el derecho efectiva a la efectiva *ejecución* de los medios de prueba admitidos (STC 59/1991, de 14 de marzo). Estimamos que el Tribunal debe aclarar si el derecho a la ejecución ha de entenderse sólo en sentido formal o incluye también la volatilización de su práctica por la radical obstaculización derivada de la irracional negativa a que el testigo-perito conteste ninguna de las preguntas, manifiestamente pertinentes, que le formuló la defensa. En ello está en juego, obvio es decirlo, la delimitación objetiva del derecho fundamental invocado, pues la práctica de la prueba quedaría igualmente desvirtuada, de modo fraudulento, si se impide por esta vía su práctica.

Ni que decir tiene que tal prueba, realmente no practicada, resultaba, como se argumentará, decisiva en términos de defensa (STC 217/1998), siendo prueba relevante y trascendente para modificar potencialmente el sentido del fallo.

2.2. En efecto, la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, tiene declarado (por todas STC 12/2009 de 18 de mayo), que el "derecho a la utilización de los medios de

prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, *para que tenga relevancia constitucional* han de concurrir varias circunstancias.":

En primer lugar, el recurrente "ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho «cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, STC 133/2003, 30 de junio (RTC 2003, 133) , F. 3 a)]» (STC 86/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 86] , F. 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 187] , F. 3; 190/1997, de 10 de noviembre [RTC 1997, 190] , F. 2; 52/1998, de 3 de marzo [RTC 1998, 52] , F. 2.a; 131/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 131] , F. 3.b, y 121/2004, de 12 de julio [RTC 2004, 121] , F. 2.b).

Como luego se dirá, la testifical-pericial del Sr. Castro Merlos fue no sólo correctamente propuesta, sino admitida por el propio Tribunal.

En segundo término, tiene dicho el TC que «la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996, 1] , F. 2, y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70] , F. 5, por todas)» de tal manera que «la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre [RTC 1998, 217] , F. 2; 219/1998, de 27 de enero [RTC 1998, 219] , F. 3)»: STC 190/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 190) , F. 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre (RTC 2004, 165) , F. 3.b; 240/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 240) , F. 4; 152/2007, de 18 de junio (RTC 2007, 152) , F. 2."

También en este caso, como expondremos, la *material inejecución* de la prueba propuesta e inadmitida responde a motivaciones arbitrarias e irrazonables, en abierta contradicción, sorprendentemente, con las propias valoraciones del mismo Tribunal que admitió la prueba propuesta en su condición de testifical-pericial. Esta es una cuestión

crucial que será abordada en nuestro motivo de modo específico. Por supuesto que esta parte proponente y que intentó en vano el interrogatorio realizó las correspondientes protestas ex arts. 709 y 721 Lecrim, a cuyo fin nos remitimos al acta de juicio oral, en su sesión de 19 de abril de 2010, y el correlativo CD tenido por acta ex art. 743 Lecrim al que luego nos referiremos.

Por último y en tercer lugar, conforme a la doctrina jurisprudencial invocada de este Tribunal, es menester acreditar que "la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada «era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio , sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre [RTC 2007, 185] , F. 2)» (STC 258/2007, de 18 de diciembre [RTC 2007, 258] , F. 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero [RTC 2006, 53] , F. 4; 316/2006, de 15 de noviembre [RTC 2006, 316] , F. 3.c; 152/2007, de 18 de junio [RTC 2007, 152] , F. 2, todas ellas en relación con la prueba penal)."

Como luego desarrollaremos, tal elemento se concita también en el caso que nos ocupa: la prueba que no pudo materialmente practicarse tenía indudable potencial de alterar la decisión final del proceso.

Anticipemos ya en esta sede algunas de las circunstancias que luego desarrollaremos que revelan tanto la irracional obstaculización de la prueba admitida, equivalente en la práctica a su inejecución, como el carácter decisivo en términos de virtualidad o potencialidad de la misma para variar el sentido del fallo.

2.3. D. Pedro Castro Merlos, Inspector de Finanzas del Estado, había ostentado funciones de auxilio judicial y condición de perito desde las Diligencias Informativas de la Fiscalía Anticorrupción, en la Pieza *Principal* abordando trabajos atinentes al Grupo Núñez Navarro, y *específicamente*, en la Pieza Núñez Navarro. En efecto, por Providencia de 16 de marzo de 2000 se le designa a él y a otros (D^a Fuensanta López Sánchez, D. Víctor Morena Roy y D. Jesús Moyano Benito) “como peritos” para el conjunto de las actuaciones (folio 1540 del Tomo 6 de la Pieza Principal). A 30 de abril de 2001 (folios 1-103 del Tomo 1 de la Pieza Núñez Navarro), junto a, en cumplimiento de mandato recibido por Auto de 28 de septiembre de 2000 (folios 4342 y ss. del Tomo 15 de la Pieza Principal), dan cuenta al Juzgado de un conjunto de extremos que infieren de la documentación judicialmente acopiada e interesan determinados accesos documentales y emite, junto con el resto de peritos, un primer “Informe” atinente al Grupo Núñez y Navarro (folios 6 a 103 del mismo tomo y pieza) (primer informe de la pericial judicial). Por Auto de 15 de junio de 2002 (folio 3314 del tomo 11 Pieza Núñez Navarro) es nombrado más específicamente como perito judicial respecto de las entidades pertenecientes al Grupo Núñez Navarro, junto los citados López Sánchez, Morena Roy y Moyano Benito, nombramiento que consta aceptado en comparecencia de 21 de junio de 2002 (folio 3437 del Tomo 12 de la Pieza Núñez Navarro).

Tras trabajar en la pericia ordenada durante 5 meses, no obstante, en la misma fecha -26 de noviembre de 2002- en que se hace entrega del informe, el Sr. Castro Merlos renuncia sin alegar causa fundada, a su condición, sin suscribir el Informe pericial encargado que es unido por Providencia de la misma fecha (folio 3982 del tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro). Su renuncia se limita a esta sola pieza, no a las restantes, como luego diremos, lo que da lugar a que en esa misma, 26 de noviembre de 2002, se dicte providencia en que “se le tiene por renunciado al cargo de perito para el que fue designado en la presente pieza separada, y sin perjuicio de que pueda ser citado al objeto de hacer alguna aclaración al dictamen a emitir por los restantes

peritos, dada la intervención que haya podido tener en el mismo” (folio 3980 del Tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro) (en línea con esa invitación, esta parte lo propuso y así fue acordado para el Plenario por la Sala en sus Autos de 6 y 26 de febrero de 2009

En tal contexto, aclarar si su renuncia podía deberse a discrepancias con las conclusiones de la pericial de esta pieza, declarada pomposamente en Sentencia como "prueba reina" - como legítimamente sospechaba esta representación procesal- resultaba esencial. No tanto por conocer el motivo de su renuncia, sino por conocer la opinión cualificada de un perito no tachado de parcialidad -cosa que no sucede en los restantes, como luego se expondrá- respecto a la regularidad de las inspecciones giradas a las empresas del Grupo Núñez y Navarro -objeto de la pericia- . Lejos de tratar de articular "prueba sobre la prueba" se trataba de probar aquél extremo fáctico relevante en términos de defensa.

Mas como luego se desarrollará tal interrogatorio fue imposible, al cercenarse toda posibilidad de conocer la eventual oposición del perito al resultado final del informe de los coperitos, lo que habría de tener, en términos de aptitud y adecuación incidencia esencial en la causa y su resultado final.

2.4. La necesidad, empero, de entrar en el fondo sustantivo de la queja no deriva sólo de la lesión del derecho fundamental invocado. Antes bien trasciende al puntual ámbito de vulneración por suscitar cuestión que estimamos relevante para la interpretación objetiva del derecho fundamental invocado, al ser de alcance general. La cuestión no es otra que establecer si el derecho a que la prueba admitida sea *efectivamente ejecutada* puede verse vulnerado no sólo formal, sino materialmente, cuando de forma indebida se impide a la parte proponente su práctica, vía extralimitación arbitraria de las facultades que otorga el artículo 709 Lecrim. ***No se trata pues de determinar cuando una mera irregularidad en la práctica de una prueba puede o no lesionar el derecho general a utilizar medios de prueba, sino a la necesidad de sancionar de una forma clara y explícita que cuando una prueba es practicada en unos términos que impiden que despliegue cualquier efecto probatorio, se está lesionando el derecho en su núcleo esencial, al margen de que formalmente fuera admitida y practicada la prueba. En el presente caso la interpretación que hace la Presidenta del Tribunal sobre prueba y prueba de la prueba, convierte la prueba***

propuesta en la “nada más absoluta”; recordemos como luego se verá que no fue un mero uso de la prerrogativa judicial prevista de no admitir preguntas impertinentes, sino una clara proscripción del desarrollo de la prueba, de tal suerte que medida hacer preguntas en muchos casos sin esperar a que se formularan de forma completa. La jurisprudencia constitucional ha tratado la irregularidad en la práctica de la prueba cuando afecta a derechos tales como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, pero es necesario tratar cuanto esa práctica irregular afecta al propio derecho de la práctica de la prueba en sí mismo, de tal modo que una práctica irregular o arbitraria, como puede ser el caso, es absolutamente predicable a la no admisión o práctica de los medios de prueba pertinentes. Es cierto que de forma general el Tribunal ha reiterado que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, de tal suerte que es una causa esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo «una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC 19/2001, de 29 Ene., FJ 4). Pero este principio general está ayuno de un complemento, tal cual es que cuando la irregularidad consista en el uso de una prerrogativa del tribunal sin causa y justificación alguna, y suponga el vaciamiento de la idoneidad probatoria de la prueba practicada se puede estar lesionando el derecho fundamental a la prueba de igual forma que cuando no se admite o no se practica. En definitiva, se trata de delimitar cuando la irregularidad en la práctica afecta al propio derecho a la prueba.

Faceta esta concreta que, insistimos, no alcanzamos a ver expresamente resuelta en la jurisprudencia de este Tribunal. El asunto conecta pues con una de las previsiones ofrecidas por la STC 70/2009 de 23 de marzo en interpretación del art. 50.1.b) LOTC, concretamente el previsto en los apartados a) y b).

3.- *Justificación de la especial trascendencia constitucional de nuestra tercera queja de amparo.*

En nuestra tercera queja de amparo, se denunció vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al derecho a que el órgano judicial

resuelva las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vienen planteados (incongruencia omisiva), dada la falta de contestación, ni explícita ni implícita, por parte de la Sentencia de Casación, de las *pretensiones* vehiculadas en los motivos tercero, cuarto, y quinto de nuestro recurso de casación.

3.1. En el incidente de nulidad planteado ante la Sala de lo Penal del Tribunal supremo, denunciaba esta representación procesal incongruencia omisiva en relación con las pretensiones vehiculadas en los siguientes motivos:

La pretensión de nulidad de la Sentencia de instancia con retroacción al dictado de otra que motivara en términos constitucionalmente admisibles la calificación jurídica del hecho probado, vehiculada a través del motivo tercero de nuestro recurso de casación, ha sido formal y materialmente irresuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo. En este motivo denunciábamos, al amparo del art. 852 Lecrim, infracción de precepto constitucional, a saber, derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por defectuosa, cuando no inexistente, motivación de la subsunción jurídica. La Sentencia de casación despacha la cuestión (fundamento jurídico sexagésimo quinto) señalando que dicho motivo tiene el mismo contenido que el del motivo séptimo del recurso del Sr. Núñez Clemente, remitiéndose en consecuencia al fundamento quincuagésimo noveno de la Sentencia (59) cuando manifiestamente dicho motivo no tiene nada que ver. Un caso en suma de error patente. En el motivo del Sr. Núñez Clemente al que se remite la Sentencia de Casación se denunciaba infracción de ley por indebida aplicación del art. 390.1 y 386, para el caso de que se estimase el motivo anterior, y se hubiese aceptado que el comportamiento de los inspectores no podía ser "injusto". En nuestro motivo señalábamos que no hay forma de saber por qué clase de delito de cohecho se condenó a nuestro representado y que la única motivación de la calificación jurídica presente en la sentencia *tiene que ver con el cohecho pasivo impropio*. En consecuencia la remisión conduce al vacío y la pretensión de nulidad de la sentencia, con retroacción al dictado de una nueva que motive la subsunción jurídica que arrostra el motivo aparecía materialmente irresuelta.

También la pretensión de nulidad de sentencia por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia vehiculada en el motivo *cuarto* de nuestro recurso de casación, fue formal y materialmente irresuelta. En dicho motivo se

denunciaba infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a un derecho con todas las garantías, por carecer la prueba "reina" de la acusación practicada, esto es la pericial de los peritos de la AEAT, de la nota de imparcialidad en sus autores, siendo en suma prueba no válidamente obtenida y producida. Ni una sola línea dedica la Sentencia del Tribunal Supremo a resolver sobre la pretensión de casar y anular la sentencia de instancia, dictando otra absolutoria a que hubiese conducido la estimación de este motivo, como luego desarrollaremos.

También se denunció incongruencia omisiva en relación con **el motivo quinto** de nuestro recurso de casación, al no estar también ni explícita ni implícitamente resuelto. La alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse repudiado prueba pericial de esta parte sobre la base de afirmaciones radicalmente erróneas, fácilmente comprobables con los documentos allí señalados, no ha obtenido respuesta alguna por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Cobra especial significación este silencio, vista la gravedad de las impugnaciones que efectuábamos a la Sentencia de instancia en nuestro recurso de casación: en esencia, el repudio a la pericial del Sr. Sarró, que culmina en deducción de testimonio contra él, se basa en afirmaciones inveraces fácilmente comprobables con arreglo a los documentos que citábamos en nuestro motivo a los que luego nos referiremos. Un rechazo a valorar *a limine* la prueba manifiestamente arbitrario, ilógico e irracional, basado en razones cuya inveracidad podía haber comprobado el Tribunal en Casación a la vista de los documentos designados. Y sin embargo, ni expresa ni implícitamente, ni directamente ni por remisión a otros motivos o recursos se da respuesta a esta patente infracción del derecho fundamental alegada. Porque en efecto, la sentencia, tras "abordar" los motivos primero y segundo de nuestro recurso -siempre por remisión- y errar en la remisión por lo que respecta al *tercero*, salta incomprensiblemente al motivo sexto, orillando por completo -material y formalmente- dar respuesta a lo peticionado en los motivos cuarto y quinto.

3.2. No se ha tratado, como luego desarrollaremos, de una *incongruentia ex silentio* referida a simples *alegaciones*. Estamos ante falta de respuesta a pretensiones *autónomas*, de contenido *sustancial* y no subordinado, de nulidad con absolución unas, de nulidad con retroacción de actuaciones otras, que no han recibido respuesta alguna, expresa o tácita, cercenándose así materialmente el derecho al recurso de nuestro

mandante. Como luego desarrollaremos, tampoco del contenido conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial (tanto en la Sentencia de Casación como en el Auto inadmitiendo el incidente de nulidad), puede deducirse razonablemente que el TS haya valorado la pretensión deducida y mucho menos los motivos fundamentadores de una supuesta respuesta tácita. No son por último pretensiones subordinadas a la decisión adoptada respecto de otras también planteadas, como luego diremos, que hayan hecho innecesario el pronunciamiento sobre las omitidas (STC 87/2008, de 21 de julio , F. 5).

3.3. En todo caso, el examen de esta queja ostenta indudable trascendencia constitucional visto el argumento utilizado por el Tribunal Supremo para inadmitir el incidente de nulidad basado, entre otros, en dicha vulneración. El argumento no es otro, como se expondrá, que *el no haber procedido esta parte a denunciar incongruencia en nuestro recurso de aclaración de la Sentencia.*

Esta causa de denegación para resolver sobre la incongruencia omisiva denunciada en el incidente de nulidad desconoce la reiterada jurisprudencia de este Excmo. Tribunal sobre los límites de la aclaración y rectificación de Sentencias y establece de facto limitaciones constitucionalmente inadmisibles al incidente de nulidad, vaciándolo de contenido en favor de un diseño, igualmente inconstitucional, de la aclaración de sentencias.

Pues en efecto, tal modo de proceder desconoce el delicado equilibrio que impone la aclaración y corrección de sentencias para no vulnerar el derecho a la invariabilidad de las resoluciones firmes, máxime cuando se trata de modificación del alcance del fallo. Es cierto, como señala este Tribunal (STC 141/2003, de 14 de julio, FJ 4º,) que la corrección del error material, "entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente

el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3°."

En consecuencia, pretender que sea con carácter previo la vía de la aclaración o rectificación de sentencias las que sane los vicios de incongruencia detectados, excede del contexto interpretativo de lo manifestado o razonado en la resolución; pues no es ni mucho menos evidente que la resolución (en este caso la Sentencia de Casación) "pidiera" ser modificada a la luz de sus razonamientos jurídicos, desde el punto de vista jurídico. La corrección que según el Tribunal Supremo había de pedirse vía aclaración implicaba un juicio valorativo, y exigía operación de interpretación. Comportaba resolver cuestiones no resueltas. No se cumple pues con los presupuestos del art. 267 LOPJ, a saber, que el error "fluya directamente del propio texto de la resolución judicial, sin que se precise de hipótesis, deducción o interpretación alguna."

Es obvio pues que la aclaración no es el cauce idóneo para solicitar el remedio a las incongruencias denunciadas, pues hubiese comportado petitionar una revisión de lo resuelto que obedecía a algo distinto al error patente. Es cierto que la jurisprudencia del TC ha admitido tal efecto, pero ha señalado que "la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo" (STC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2°). En tales casos, señala la STC 262/2000, de 30 de octubre, "las rectificaciones de los errores materiales cometidos mediante el correspondiente cauce procesal, pese a desembocar en la alteración del sentido del fallo, han sido consideradas por este Tribunal acordes con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales al no implicar la reinterpretación de la Sentencia, la corrección de errores de Derecho o la realización de operaciones jurídicas. De manera que, pese a las llamativas consecuencias de la rectificación, la utilización del art. 267 LOPJ se consideró plenamente justificada, por ceñirse a la subsanación de errores puramente fácticos o materiales manifiestos. Todo lo cual conduce a concluir, como dice la STC 48/1999, de 22 de marzo, que cuando el error material que lleva a dictar una resolución equivocada "sea un error grosero,

manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano jurisdiccional podrá legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ, aun variando el sentido del fallo".

Por el contrario, "cuando la rectificación (con alteración del sentido del fallo) entrañe una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, el órgano jurisdiccional se habrá excedido de los estrechos límites del citado precepto legal y habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las partes en el proceso".

3.4. Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de que el Tribunal Constitucional aclare si en efecto, cabe inadmitir *a limine* incidente de nulidad, cuando se denuncia incongruencia omisiva, si ésta no se ha denunciado previamente en el recurso de aclaración. Cuestión novedosa de alcance general. No se trata sólo pues de reponer a este demandante de su derecho fundamental vulnerado. Alternativamente, si la doctrina de este Excmo. Tribunal sobre los límites del art. 267 LOPJ debe ser revisada para acoger la novedosa e insólita tesis que esgrime el Tribunal Supremo para rechazar nuestra pretensión de nulidad de la Sentencia de Casación. Concorre el supuesto previsto en la letra b) del fundamento jurídico 5 de la STC 155/2009, de 25 de junio: el Tribunal puede y debe aclarar su doctrina sobre el remedio procesal del vicio de incongruencia omisiva.

4.- *Justificación de la especial trascendencia constitucional de nuestra cuarta queja de amparo.*

4.1. En nuestra cuarta queja de amparo se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.1), por estar la prueba pericial practicada contaminada de tacha de parcialidad en sus autores, siendo en consecuencia prueba no válidamente obtenida

Esta queja se impone con carácter subsidiario para el caso de que no se estimase la anterior queja (incongruencia omisiva por parte de la Sentencia de Casación).

4.2. Como se expondrá en el desarrollo de la misma, la única prueba sobre la que descansa el carácter no exhaustivo de las inspecciones giradas por el Sr. Abella - incluido el pedido de documentación- es la pericial de la AEAT; prueba propuesta por la acusación de pericial de los Sres. D. Víctor Morena Roy, D^a Fuensanta López Sánchez y D. Jesús M^a Moyano Benito, que constituye el medio de prueba recurrentemente invocado en Sentencia recurrida como conformadora de su convicción judicial. Sobre la pregonada necesidad de regularización que tal pericial abona, se infiere, como dijimos, el carácter no exhaustivo de las distintas inspecciones. No existe otra prueba al respecto sobre tal segmento fáctico: el que concierne al carácter instrumental de las dádivas que se dicen percibidas, y que habría de justificar la calificación del hecho por una modalidad más grave de cohecho, y no por otras modalidades más benévolas de cohecho impropio.

4.3. En tal contexto, y como pormenorizadamente expondremos en desarrollo de esta cuarta queja, los inspectores de Hacienda designados peritos en la presente causa- pese a la actividad desplegada por esta defensa en denunciar su evidente mácula de parcialidad- tuvieron una intervención protagónica en la *conformación del relato acusatorio* (a su instancia y excitación, como con detalle expondremos, se acopiaron las diligencias que sustentan tal relato).

No combatimos la idoneidad de los funcionarios de la AEAT para actuar como peritos en las causas judiciales pero se nos muestra diáfano que la apreciación de tal idoneidad no puede sustraerse al examen de los criterios que deben confirmarse en la designación de todo perito. Criterios que tienen que ver con la falta de relación con las partes de la litis y con la ausencia *de contacto previo* . Quien ha conformado, diseñándola y construyéndola a su iniciativa la hipótesis acusatoria no puede luego validar *imparcialmente* la bondad de la misma.

Contrastando con la ausencia de doctrina del Tribunal Constitucional sobre la problemática del *perito-investigador*, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene empero reiterando sin matices "la habilidad de los funcionarios de la AEAT para intervenir como peritos en las causas por delitos fiscales, no obstante, incluso, su intervención en las inspecciones administrativas del sujeto pasivo del impuesto acusado

penal".(así STS de 2069/2002 de 5 de diciembre , 20/2001 de 28 de marzo, 1368/99 de 5 de octubre). La razón: "la imparcialidad de los peritos judiciales informante viene determinada por su condición de funcionarios públicos cuya actuación debe estar dirigida a servir con objetividad los intereses generales"(STS 20/01) Y la solución no es diversa “ cuando el funcionario llamado a peritar ha llegado más allá de aquella previa intervención, actuando como auxiliar del Ministerio Fiscal en sus actuaciones previas a la causa penal, e incluso manteniendo en la instrucción de ésta un cierto protagonismo impulsor de determinada estrategia investigadora” (STS de 24 de julio de 2014)

La doctrina jurisprudencial expuesta, nos parece, compromete gravemente la garantía invocada. A su amparo, y significadamente cuando se trata de la única pericial realmente practicada y valorada, al haberse repudiado la pericial de la defensa indebidamente (como ha sido el caso), se está produciendo una delegación encubierta de las facultades de enjuiciar en la misma AEAT, por mucho que formalmente sus conclusiones y alcance no vinculen al Tribunal.

Que la producción de la prueba pericial se produzca en condiciones inobjetable de imparcialidad subjetiva y objetiva, resulta pues fundamental, cuando sobre la misma gravita por completo la prueba de la hipótesis acusatoria. Su supresión mental deja huérfano de prueba el sustrato fáctico objeto de acusación en lo relativo al carácter ilícito de las inspecciones -aspecto nuclear del cohecho propio por el que se ha condenado-.

Como luego expondremos con detalle, son múltiples los datos que ponen de manifiesto hechos perturbadores a la garantía procesal, referidos a su participación, también previa, en la instrucción de la causa (equipo investigador), proponiendo e impulsando prueba. Pero no sólo, también participando de un modo paralelo y formalmente (aparentemente) ajeno a la instrucción de la causa en un *sistemático peinado fiscal sobre las empresas del grupo Nuñez y Navarro*, conduciendo el mismo a los fines de corroboración de la tesis pericial, en ejecución de los nuevos criterios que el Inspector Regional Jefe, D. Ángel Cenxual, dictara, revocando los anteriores, en materia de exención por reinversión. En definitiva, reescribiendo la historia en sede administrativa para proyectarla *retroactivamente*, como apoyo de sus tesis periciales. Una actividad administrativa paralela de refuerzo a las tesis que mantenían ahora en la

conformación de la pericial. Ni más ni menos. Sobre los peritos en definitiva y, singularmente, sobre el perito D. Víctor Morena Roy, adscrito a la *Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial* para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, pesa la tacha de parcialidad porque desde ambos ámbitos contribuyeron a la construcción de la tesis en que se basó la acusación.

Nos parece que quien coadyuva de forma relevante a conformar la acusación y el juicio provisorio del instructor que determina la prosecución de la acción penal hasta arribar a la apertura del plenario no puede ser acreedor del adjetivo de “imparcial” ni siquiera, como ciertamente estatuye nuestra legislación procesal, por la posibilidad real de someter las conclusiones de los peritos a debate contradictorio en el juicio oral. Necesariamente (aun en contra de su mejor voluntad) el prejuicio derivado de su intervención- activa e intensa -en sede instructora les acompaña al plenario y en modo alguno se neutraliza por el debate contradictorio. Su versión de los hechos formada en una dilatada instrucción no se torna neutra al emitir y exponer su pericia. Desde luego no por la sola condición de funcionario "al servicio de los intereses generales". Esa sola circunstancia, nos parece obvio, no les inmuniza de la contaminación que alcanzaría a cualquiera. Y lo que, por añadidura, es más censurable es que su pericia ocupe una posición privilegiada en la formación de la convicción del juzgador. No otra cosa sucede en lo que aquí sometemos a la consideración del tribunal: la pericial que se combate se califica por la Sala de "prueba reina" (y en congruencia con tal consideración son las solas manifestaciones de los peritos (a los que en relación a los hechos enjuiciados se suponen inmaculados y desprovistos de prejuicio alguno) las que sustentan el fallo condenatorio). Ello, claro es, después de desterrar del cuadro probatorio- -la contraprueba (esta sí, sospechosa de *parcial* con base en argumentos patentemente erróneos) que pudo contrarrestar los efectos incriminatorios de la única prueba practicada.

4.4. Al ser tal prueba la *única prueba de cargo* sobre el carácter indebido de las inspecciones giradas por el Sr. Abella (y luego no objetadas por el Sr. Bergua) el análisis de los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba pericial resulta pertinente en perspectiva de presunción de inocencia. Pues tal vulneración sólo puede ser apreciada por la existencia de "vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna; bien que la practicada se hubiera *realizado sin respetar las garantías procesales*

o hubiera sido obtenida con violación de derechos fundamentales del recurrente, o, finalmente, que no mediara razonamiento alguno, o fuera ilógico o arbitrario, entre el resultado de las pruebas practicadas y los hechos que se deducen de las mismas [SSTC 182/1989 (RTC 1989\182) y 41/1991 (RTC 1991\41)]"

Lo mismo que ha acontecido históricamente con el análisis de otros medios de prueba en la jurisprudencia de este Tribunal (declaración del coacusado, testigo de referencia, testificar única de la víctima, y un largo etcétera) el asunto suscita así especial trascendencia constitucional por tratarse de una problemática sobre la que hasta la fecha no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: las condiciones de validez constitucionalmente exigibles de la prueba del perito-investigador como única prueba de cargo. Concorre en consecuencia la previsión expresada en la STC 70/2009, de marzo, al suscitarse un problema sobre el que no existe doctrina de este Excmo. Tribunal. También la hipótesis prevista en la STC 155/2009, referido a tratarse de cuestión de repercusión general de gran trascendencia.

5.- Justificación de la especial trascendencia constitucional de nuestra quinta queja de amparo.

5.1. En nuestra quinta queja de amparo denunciemos infracción de precepto constitucional, a saber, art. 24.1 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, concretado aquí en la proscripción de toda discriminación arbitraria, por omisión o por rechazo ilógico o irracional, de las pruebas de descargo, vinculada además a la vulneración del derecho a la prueba sin indefensión (art. 24.2)

3404

La Sentencia de instancia, como señalamos, reconoce que la prueba pericial de los funcionarios de la AEAT referente a las operaciones del Grupo NN y las inspecciones practicadas, ha sido determinante para fijar los hechos probados. Pues bien, escudado en un simple argumento ad hominem, nuestra pericial ha sido desacreditada de plano, provocando un rechazo *materialmente a limine* de la prueba con el que se ha pretendido justificar la *falta de valoración de la pericia misma* como expresamente reconoce la Sentencia. Tal proceder pugna contra la obligación de valorar también la prueba de descargo como contenido integrante del deber de motivar ex. art. 120 CE y 24.1.CE que se erige en método profiláctico de la arbitrariedad y el

decisionismo-. Por demás, la razón para habilitar su rechazo se asienta en tan grueso error que solo puede ser tenido por arbitrario.

5.2. No desconoce esta representación procesal que la jurisprudencia de este Tribunal parte del principio de libre valoración de la prueba, y que, tratándose del derecho a la presunción de inocencia, ha señalado que no es su función la de entrar a valorar las pruebas "sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios" (entre muchas otras, STC 209/2007, de 24 de septiembre). Mas entendemos que el rechazo a valorar siquiera una prueba practicada, fundado en incredibilidad subjetiva que se apoya en datos patentemente erróneos e inveraces, pugna de modo manifiesto con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afirma El TEDH (por todas STEDH Sanocki c. Polonia, de 17 de julio de 2007) que si bien el artículo 6 del Convenio no regula la admisión de pruebas y "corresponde en principio a los tribunales nacionales valorar las pruebas presentadas por las partes", sí puede constatar si el proceso considerado en su conjunto, incluido el modo de practicar y valorar las pruebas, revistió un carácter justo, propio de un proceso equitativo. La necesidad de evitar un desequilibrio entre las partes y de mantener la igualdad de armas entre ellas ha sido mencionada a éste propósito en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal (ver, principalmente, Refinerías griegas contra Grecia, Sentencia de 9 diciembre 1994 [TEDH 1994, 47] , serie A núm. 301-B, ap. 46; Doorson contra Países Bajos, Sentencia de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20] .

5.3 Aquí se trata pues no de cuestionar la valoración hecha por el Tribunal de una prueba efectivamente practicada, sino del rechazo a valorarla por arbitraria tacha de *incredibilidad subjetiva*. Sin cuestionar por ello el posible resultado de una valoración que no se ha llevado a cabo apelando a razones inexistentes y fácilmente comprobables con los documentos que se citarán.

También esta queja se presenta como subsidiaria para el caso de que no se estimase la queja de incongruencia omisiva por parte de la Sentencia de Casación.

5.4. La especial trascendencia constitucional de la vulneración de denunciamos cabe verla desde la perspectiva de aclarar una faceta del derecho a la prueba. Pues en efecto, el irracional rechazo a valorar una prueba pertinente, acordada y practicada

equivale, *materialmente, a denegar la prueba misma*, vaciando de contenido aquel derecho constitucional, con patente indefensión. Estimamos que es preciso aclarar si la irrazonada y arbitraria negativa a valorar una prueba por incredibilidad subjetiva constituye, en perspectiva de aquel derecho, *un equivalente funcional a la negativa a su práctica*. Pues el impacto en términos de derecho de defensa es el mismo. El TC tiene así ocasión de aclarar una faceta general de este derecho fundamental: hasta ahora, se ha afirmado que incluye el derecho a que la prueba pertinente y necesaria sea *acordada*; el derecho a la prueba admitida sea *practicada*. Queda por afirmar que *sea efectivamente valorada*, con independencia, por supuesto, del resultado de dicha valoración. El asunto ostenta pues indudable trascendencia al permitir aclarar una faceta de aquel derecho que estimamos precisada de concreción. Concorre por ello los supuestos previstos en las letras a) y b) de la STC 155/2009.

6.- *Especial trascendencia constitucional de nuestra sexta queja de amparo.*

6.1.- En nuestra sexta queja de amparo se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 CE) por falta de prueba de cargo sobre el sustrato fáctico del delito de cohecho, tanto en la Sentencia de instancia en relación con las dádivas, como el plasmado en la Segunda Sentencia de casación, una vez depurado el *factum*, en lo que se refiere al objetivo de las dádivas: que éstas fueran entregadas para que los funcionarios no recabaran *documentación* y no *investigaran* a las empresas del grupo Nuñez y Navarro.

6.2. Como desarrollaremos en nuestra queja, tanto la realidad de las dádivas que se dicen entregadas a los funcionarios Srs. Abella y Bergua, como la finalidad de las mismas, está ayuna de soporte probatorio. Dádivas cuyo montante se conforma, por un lado, por la diferencia entre el que se afirma ser valor real de los pisos enajenados y el precio por el que fueron vendidos y por otro, por cantidades en efectivo ingresadas por aquellos funcionarios y destinadas, según se afirma, a cubrir las distintas cuotas hipotecarias por su adquisición. Ambas afirmaciones -componentes de la dádiva- no están respaldadas, como se dirá, por prueba alguna, sustancialmente la que se refiere al *origen de los pagos en efectivo*, que se atribuye a nuestro representado, como luego desarrollaremos, por el simple hecho de no haberse podido probar que procediera los

pagos de otros empresarios sometidos a las mismas inspecciones objeto de enjuiciamiento en la misma causa (en el resto de piezas). Tal modo de proceder supone una distribución arbitraria del principio de presunción de inocencia: el derecho de unos sirve de coartada para "justificar" la condena de otros, sin más prueba. La queja ostenta pues indudable relevancia constitucional al sustituirse la prueba del origen de los fondos por un pseudo-argumento que infringe de modo manifiesto el principio de presunción de inocencia.

Adicionalmente, el caso suscita también un problema general y de fondo, en lo que se refiere a la afirmación de que las dádivas fueran entregadas para que los funcionarios de Hacienda *no investigasen ni recabasen información de las empresas de nuestro patrocinado* sustrato fáctico del delito de cohecho activo *propio*. Se trata ésta de una afirmación que en rigor sólo se afirma singularmente en los hechos probados en la Sentencia de Casación, puesto que no aparece debidamente **concretada** *en el factum de la Sentencia de Instancia*. Sólo de pasada en los fundamentos jurídicos. Pero en todo caso una afirmación que descansa justamente en el único dato que la Sentencia de casación ha declarado no probado: que en las Actas se omitiesen datos de relevancia tributaria. Pues en efecto, como luego señalaremos, la "prueba" de esa supuesta inactividad inspectora -contundentemente contradicha por prueba de descargo que la Sentencia de instancia ni mencionada- descansa en el siguiente razonamiento: como en las Actas no se regularizaron determinadas operaciones en el modo y forma que la Sentencia de instancia apunta como regularización debida, es que nada se comprobó y que la actividad inspectora no fue exhaustiva. Pero una vez suprimida tal conclusión fáctica de la sentencia de casación, tal afirmación queda huérfana del único soporte probatorio sobre el que podría descansar. Pues en efecto la Segunda Sentencia de Casación contiene los siguientes hechos probados:

" 10.- En los documentos del procedimiento de inspección autorizados por el Sr. Abella a empresas del grupo Núñez y Navarro, en relación a las denominadas operaciones intragrupo, no consta que el actuario hiciera afirmaciones, describiendo las citadas operaciones, que no se correspondan con la realidad, en cuanto a que la empresa vendedora efectivamente vendiera, e incluso declarase la partida correspondiente en la base imponible del impuesto de sociedades. Tampoco que en esa

documentación se omitiera algún dato que tuviera relevancia fiscal, siendo consciente de ello, o no, el actuario. Así, particularmente, en cuanto a las fechas consideradas por la entidad vendedora y compradora para la imputación de costes e ingresos."

"11.- En esos mismos documentos, en relación a las exenciones por reinversión, tampoco constan probados ni enunciados mendaces, ni omisiones de datos, cuya existencia, constase o no al actuario, tuviera relevancia obstativa de la exención. Particularmente no consta que el actuario fuera consciente de que tuviera esa trascendencia la vinculación entre las entidades que protagonizaron las operaciones."

"12.- En relación a otro tipo de operaciones referidas en la acusación, relativas a ese grupo empresarial, y relatadas en la sentencia de instancia, tampoco consta ni el enunciado mendaz ni la omisión del dato de existencia constatada que tuviera relevancia tributaria."

Nos parece evidente, como siempre sostuvo esta representación, que si ni las Actas ni los "documentos de inspección" ponen de manifiesto que haya *afirmaciones falsas* ni *ocultación de datos fiscales* relevantes en relación con las operaciones intragrupo, mal puede afirmarse que luego que pese a todo, debió pedirse documentación referida a aquellos datos, sin decir cuáles, en todo caso datos *irrelevantes fiscalmente*. Si tampoco en las operaciones de exención por reinversión se localizan omisiones fiscalmente relevantes, mal puede afirmarse que pese a todo se debió investigar y recabar documentación sobre aquellos datos (¿los irrelevantes?). En fin, lo mismo con el tercer aserto fáctico.

Y sin embargo, con estos mimbres, sin prueba adicional alguna, directa o indirecta sobre esa falta de pedido de la documentación necesaria, o de la falta de investigación "exhaustiva" (sin que se siga cuán exhaustiva debía ser), se mantiene apodóticamente luego afirmación relativa a que pese a todo, el Sr. Abella- "para favorecer a los sujetos pasivos, no recabó la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes en cada inspección."

Nos parece evidente que los anteriores hechos probados resultan imposibles de encajar con esta última afirmación. No se omiten datos en los documentos en los procedimientos de inspección autorizados por el Sr. Abella, pero luego se dice que esa documentación (que no ofrece mendacidades ni omisiones) *no se recabó*. Insólito.

Esta aparente paradoja es fácilmente explicable leyendo la Sentencia: la afirmación genérica de que la investigación no fue exhaustiva y no se recabó documentación sobre las operaciones de riesgo -por lo demás perfectamente documentadas como bien señala la misma Sentencia, que habla de "riesgos fiscales" que son perceptibles a la luz de la misma documentación- es simplemente una deducción inferida del sólo hecho de que las Actas no regularizaron tributariamente unas operaciones perfectamente descritas y documentadas. El reproche sobre lo que es una omisión de la calificación jurídico-tributaria, se transmuta así en reproche por inactividad inspectora, basado únicamente en el deber de regularizar que afirma la Sala. Volatilizado en casación tal hecho base, la afirmación relativa a inactividad inspectora nada en el más puro vacío probatorio, como luego se expondrá.

6.3 El caso suscita pues un problema de alcance general y de especial trascendencia constitucional. Este reza así: cuando la prueba indiciaria de un hecho secundario descansa en un hecho base, la supresión de éste debe comportar el examen, en Casación, de la suficiencia probatoria de aquél. De lo contrario la Sentencia revisora resulta de imposible integración con la revisada. En el Auto que inadmite nuestro incidente de nulidad en este punto, el Tribunal Supremo, empero, incurre en contradicciones insalvables. Por un lado, tras señalar textualmente que la sentencia de casación "entendió que parte de los enunciados fácticos imputados a tal efecto no estaban probados", pasa a renglón seguido a contradecirse flagrantemente al señalar que "parte de tal relato no fue compartido por lo que el resultado final asumido como probado varió en la casación en cuanto a su calificación jurídica. *Pero no en cuanto a la aceptación de su probanza*". La afirmación es insostenible por contradictoria, y los hechos probados de la Sentencia de casación son los que son: no deja inalterado el hecho probado de la primera instancia, sino que lo transmuta sustancialmente en el sentido antes indicado. Es cierto que la sentencia de casación "no añadió nuevos datos fácticos" pero es indiscutible que sí los modificó, expurgando los relativos al contenido de las Actas que fueron eliminados. Tal insólita contradicción en el Auto inadmitiendo

incidente de nulidad (pág. 6 fundamento jurídico segundo) resulta pues patente, y el rechazo de nuestro motivo de nulidad manifiestamente infundado. Es más, el propio Tribunal da la razón al incidentista cuando afirma: "Mientras la sentencia de instancia proclamaba que la falta de investigación derivaba en la consideración de falsedad del acta, la de casación entendió que aquella ausencia de investigación no implicaba tal falsedad en la medida en que no se acreditase la existencia del dato omitido, su contenido y relevancia respecto a lo enunciado en el documento y la cobertura del elemento subjetivo del autor en referencia al mismo". Rotundamente, como veremos, la Sentencia de instancia deriva la falta de investigación de la falsedad. Si no hay datos omitidos en los documentos de inspección no puede seguir sosteniendo que éstos -sin que se diga por supuestos cuáles- no fueron "pedidos".

7. Especial trascendencia constitucional de nuestra séptima queja de amparo.

7.1 Como desarrollamos en nuestra séptima queja de amparo, la Segunda Sentencia de Casación incurre en vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de garantía criminal (*nullum crimen sine praevia lege stricta atque certa*), art. 25.1 CE, por resultar inaplicable el art. 391 y 386 CP de 1973 a los hechos declarados probados en esa misma Segunda Sentencia, una vez expurgados los de la Sentencia de instancia.

En efecto, la segunda Sentencia de casación contiene pronunciamientos fácticos que no resultan subsumibles en el tipo de cohecho propio antecedente, pues en sustancia, no se afirma que los inspectores realizasen inspecciones falsas, al afirmar no haberse probado contengan "omisiones de datos con relevancia tributaria" sino sustancialmente el hecho de que los inspectores no recabaran la documentación exigida, sin que se diga cuál, y no "investigaran exhaustivamente". Y es de notar que tanto el artículo 387 del CP de 1973, como el artículo 421 del Código penal de 1995, tipifican expresamente esta hipótesis, en los casos en que la dádiva recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario *se abstenga de un acto que debiera practicar en ejercicio de su cargo* e imponiendo, respectivamente, las penas de arresto mayor (CP 1973) y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva (CP de 1995). Que la infracción de deberes de *hacer* pueda considerarse también ilícita no obsta a que dicha forma de ilicitud, por pasividad consciente, no recibiese un tratamiento específico, más atenuado, en el Código de 1973 aplicado -no en la regulación actual-. Desde luego podrá

objetarse la decisión político-criminal de aquella distinción, como de hecho hizo el legislador posterior. Pero la dogmática -interpretación estricta de los tipos- constituye, en palabras de VON LISZT, la barrera infranqueable de la política-criminal.

Entendemos que el principio de legalidad no se agota, como parece desprenderse del argumento esbozado el Tribunal Supremo en su Auto de inadmisión del incidente de nulidad, en la mera constatación de si el hecho está previsto como delito, cualquiera que éste sea. La aplicación indebida de un tipo agravado o cualificado infringe también el principio de legalidad cuando se desconoce de modo palmario el principio de especialidad (*lex specialis derogat legem generalem*). Previene pues contra una interpretación que exceda del tenor literal del precepto más grave *una vez recortado* -en su ámbito de aplicación- por el tipo especial privilegiado. De lo contrario, éste último corre el riesgo de quedar vacío de contenido, infringiéndose el principio de vigencia.

7.2. En casos de tipos en relación de especialidad, el derecho fundamental a no ser sancionado por una conducta que no estaba previamente descrita en Ley penal como presupuesto de dicha sanción, ha de hacerse a la luz de ambos preceptos. El juicio de irrazonabilidad de la subsunción de la conducta probada (STC 262/2006, de 11 de septiembre) no puede prescindir del "recorte" que efectúa el tipo atenuado en el agravado (relación lógica de inclusión), pues tan sorpresiva es para el destinatario ser sancionado sin previsión legal como serlo por un precepto más grave cuando su conducta encaja en el más benévolo. Una tal subsunción rompe el monopolio legislativo, sino en la definición de las conductas delictivas (STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137] , F. 6), *sí en la sanción que éstas merecen*, por discutible que sea.

7.3. No se trata en consecuencia, de degradar el contenido del derecho fundamental confundiéndolo con una mera cuestión de interpretación posible de la ley. El tenor literal del precepto aplicado no admite conducta ilícitas de abstención -omisivas- salvo que sean funcionalmente equivalentes a auténticas resoluciones administrativas (constitutivas de prevaricación, lo que no es el caso que nos ocupa). Sin la presencia del artículo 387 del Código Penal de 1973, la interpretación del acto injusto a que se refiere el art. 386 CP 1973 como mera abstención de acto debido podría resultar conforme a su tenor literal y a pautas interpretativas razonables formal y

axiológicamente hablando (SSTC 159/1986 [RTC 1986, 159] , 59/1990 [RTC 1990, 59] , 111/1993 [RTC 1993, 111]). Orillar su existencia supone, de facto, aplicar retroactivamente el criterio asumido por el legislador de 2010, que en su LO 5/2010, equipara ambas clases de cohecho en el art. 419 CP, al incluir el "no realizar o retrasar injustificadamente" en el ejercicio de su cargo, "actos que debiera practicar".

En consecuencia, la subsunción -no motivada- trasluce un criterio axiológico ajeno a los criterios que informan el ordenamiento constitucional -*retroactividad in peius*-. Hace perfectamente inútil el cambio de orientación legislativa, al resultar posible reconducir todo el ámbito de referencia del art. 387 CP 1973 al art. 386 CP, desconociendo el principio de especialidad. Una interpretación que por el soporte metodológico subyacente conduce pues a una solución opuesta a la orientación material de la norma (STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137] , F. 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998, 189] , F. 7; 13/2003, de 28 de enero [RTC 2003, 13] , F. 3; 138/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004, 138] , F. 3; 242/2005, de 10 de octubre [RTC 2005, 242] , F. 4; 9/2006, de 16 de enero [RTC 2006, 9] , F. 4).

7.4. La relevancia constitucional del caso examinado, creemos, trasciende pues a la mera reparación del derecho fundamental, por suscitar una cuestión de alcance general: si también en los casos de tipos penales en *relación de especialidad* es preciso un canon de motivación reforzada para descartar la aplicación textual del tipo más benigno, cuando resulta implicado el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y en consecuencia si una interpretación manifiestamente restrictiva del tipo más favorable no supone en el fondo una interpretación in malam partem, por extensiva contra reo, del precepto más grave. Frente a ello el Tribunal Supremo nos reprocha que "confundimos" planos: "el constitucional, que proscribe castigar por hecho no previsto en la ley, y el de legalidad ordinaria relativo a la corrección del tipo penal aplicado" (Fj 4 pág. 8, Auto de inadmisión). Estimamos no obstante que la corrección del tipo aplicado también integra el derecho al principio de legalidad sancionadora cuando éste es manifiestamente más gravoso que el que de modo natural prevé el concreto hecho declarado probado. El tipo más grave debe ser interpretado con particular rigor, a la vista del atenuado «en tanto que perjudiquen al reo» (Aún sin referirse a esta cuestión, SSTC 29/2008, de 20 de

febrero [RTC 2008, 29] , FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio [RTC 2010, 37] , FJ 5). Aspecto éste que estimamos de interés general para la determinación del derecho.

8. *Especial trascendencia constitucional de nuestra octava queja de amparo.*

8.1. Denunciamos en nuestra octava queja vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) al no haberse motivado, en segunda sentencia condenatoria, *la individualización de la pena concreta* impuesta a nuestro representado.

Como luego expondremos, una vez fijado el "marco penal concreto" resultante de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas, el Tribunal Supremo, en su Segunda Sentencia, omite explicitar elemento alguno de individualización de dicho marco, *pese a optar por una pena rayana en el límite máximo* del marco penal concreto resultante de aquella atenuante. Tan sólo en el Auto de corrección se expresan "ex novo" elementos motivadores que suponen subvertir el criterio de individualización fijado por el Tribunal de Instancia, en su fundamento jurídico quinto. La introducción ex novo de motivación jurídica en el Auto de corrección rebasa los límites del artículo 267 LOPJ y en concreto, la *sustitución*, por otros, de los ya explicitados en la sentencia casada, sin que éstos hubiesen sido impugnados por las partes, con inversión del criterio expresado por el *órgano a quo* sobre la "gravedad" del hecho supone materialmente una *reformatio in peius* encubierta en lo que se refiere a la individualización judicial una vez obtenido el marco penal concreto.

8.2 La jurisprudencia de este Tribunal ha insistido en la necesidad de motivar la pena concreta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre [RTC 1996, 193] , F. 3; 43/1997, de 10 de marzo [RTC 1997, 43] , F. 6), y aunque no existe derecho fundamental a una *determinada* extensión y cabe motivación breve y concisa, incluso por remisión (SSTC 13/1987, de 5 de febrero [RTC 1987, 13] y 108/2001, de 23 de abril [RTC 2001, 108]) en el caso que nos ocupa se trata de omisión total de la misma en Sentencia. Cuando luego en el Auto de aclaración se establecen retrospectivamente elementos motivadores, éstos como se señalarán, contradicen los expresados en la Sentencia de instancia, e incurren, como se dirá, en la prohibición de doble valoración.

La cuestión ostenta pues trascendencia constitucional, pues estimamos que el Auto de aclaración no puede sanar retrospectivamente una déficit total de motivación, por exceder de la mera corrección de error patente o aclaración de lo que fluye del sentido de la sentencia en su globalidad. Preguntado por esta representación si no se trataba de un simple error de transcripción, el TS aprovecha el Auto de aclaración para "motivar" revirtiendo un criterio no impugnado por las partes de individualización del marco penal concreto. Estimamos por ello que concurren en el presente caso circunstancias novedosas que plantean un una cuestión de alcance general precisado de pronunciamiento por este Tribunal.

IV.- MOTIVOS DE AMPARO

PRIMERA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a un juez o Tribunal imparcial, como derecho integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Extracto de la queja

La iniciativa y actitud de la Presidenta del Tribunal en el acerado, penetrante y exhaustivo interrogatorio a cuantos testigos no avalaron las tesis acusatorias, patentiza intención de suplir las deficiencias de las acusaciones, favoreciendo la pretensión condenatoria de dichas partes, con extralimitación de las facultades que otorgan los artículos 708 párrafo segundo y 729 Lecrim, facultades que deben ejercerse de modo *excepcional* y *moderado*, para no comprometer su necesaria neutralidad. La batería de preguntas y comentarios de sesgo inequívocamente acusatorio que más adelante se expondrán avalan el carácter objetivamente justificado de las sospechas de parcialidad de esta representación procesal. Una iniciativa que más allá de infringir la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto a las posiciones de las partes en el proceso, en el caso concreto, exteriorizan un claro prejuicio sobre la culpabilidad de mi

representado. Son múltiples las intervenciones en el juicio oral que patentizan el prejuicio de la Presidente, que se expresa por medio no sólo de dichos interrogatorios, que revelan *actividad inquisitiva encubierta*, sino también de comentarios y valoraciones descalificadoras y despectivas respecto a las tesis de la defensa durante el acto del juicio oral. Un prejuicio expresado antes de que fuera posible realizar una valoración imparcial de toda la prueba, pues aún no se había practicado ésta en su totalidad ni se había dado la oportunidad al acusado de hacer uso de la última palabra. En consecuencia, no se ha salvaguardado la confianza sobre la imparcialidad del Tribunal que debe inspirar en el público, y más aún en el acusado, conforme a la doctrina emanada de este Tribunal y del Tribunal europeo de Derechos Humanos.

Desarrollo de la queja

1.- Pese a que la Constitución Española no plasma expresamente el derecho fundamental a ser juzgado por un Juez imparcial, el Tribunal Constitucional viene interpretando que este derecho forma parte sustancial de los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías, que establece el artículo 24.2 del Texto Fundamental (STS 31/2011, 2 febrero; STS 223/2005, de 24 de febrero; STS 444/2011, de 4 de mayo; STC 47/1982, 12 julio; STC 113/1987, 3 julio; STC 145/1988, 12 julio; STC 204/1994, 11 julio; STC 60/1995, 17 marzo; STC 181/2004, 2 noviembre). Dicha exigencia se ha hecho derivar también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la medida en que no podría calificarse como «efectiva» ni, más aún, como «tutela judicial», aquella que no resultase *imparcial*, toda vez que el artículo 117.1 CE (artículo 1 LOPJ) impone que los Jueces y Magistrados deban actuar «sometidos únicamente al imperio de la Ley», que resulta incompatible con la ausencia de la necesaria imparcialidad (STC 69/2001, 17 marzo; 38/2003, 27 febrero, FJ 3).

2.- Prescindiendo de su inserción en denominado el test objetivo o subjetivo de imparcialidad (cuyo significado y alcance no resultan coincidentes si se atiende a la jurisprudencia del TEDH o a la de éste Tribunal), lo cierto es que la vulneración del derecho a un juez imparcial no exige averiguar y *acreditar* su convicción personal o el interés del Juez en un caso concreto -prejuicio- (propio del test subjetivo en el sentido

en que lo maneja el TEDH)². Conforme al denominado test objetivo, se trata de determinar si a la vista del caso concreto dicho Juez *ofrecía garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto* (ver, *Piersack contra Bélgica*, de 1 octubre 1982, y *Grievés contra el Reino Unido*). Para la jurisprudencia del TEDH, basta una apariencia de prejuicio o *una duda legítima sobre la pérdida de imparcialidad, desde el punto de visto de un tercero razonable*. Conforme a esta doctrina, la alegación de una causa de pérdida de la imparcialidad objetiva crea una *presunción positiva a favor del demandante*, que sólo puede ser enervada por el Estado si muestra al Tribunal suficientes mecanismos de salvaguarda procesales que excluyan esa duda legítima (*Salov c. Ucrania*; *Farhi c. Francia*). Tal apariencia no sólo se compromete cuando concurren causales legalmente previstas de abstención o recusación. Tales causas no agotan la casuística de la pérdida objetiva de imparcialidad, con arreglo a la doctrina del TEDH. También puede comprometerse cuando la actuación del Juzgador ofrece razones suficientes que legitiman la sospecha de prejuicio o sesgo en aquél.

La protección de la "apariencia" de imparcialidad está en consecuencia ampliamente reconocida, como integrante del mencionado derecho fundamental, ex art. 6.1 CEDH, en la jurisprudencia del TEDH, Cfr. entre otras STEDH 1 octubre 1982, *Caso Piersack c. Bélgica*, § 30; STEDH 26 octubre 1984, *Caso De Cubber c. Bélgica*, §§ 24-26; STEDH 24 mayo 1989, *Caso Hauschildt c. Dinamarca*, § 48; STEDH 26 febrero 1993, *Caso Padovani c. Italia*, § 27; STEDH 23 abril 1996, *Caso Remli c. Francia*, § 48; STEDH 10 junio 1996, *Caso Pullar c. Reino Unido*, § 30; STEDH 25 febrero 1997, *Caso Gregory c. Reino Unido*, § 43; STEDH 29 agosto 1997, *Caso Worm c. Austria*, § 40; STEDH 28 octubre 1998, *Caso Castillo Algar c. España*, §§ 44-45; STEDH 17 junio 2003, *Caso Pescador Valero c. España*, § 23; STEDH 22 junio 2004, *Caso Pabla Ky c. Finlandia*, § 27; STEDH 24 octubre 2006, *Caso Martin c. Reino Unido*, § 41, en todas ellas con formulaciones prácticamente iguales), tiene declarado que:

1. El TEDH ha reconocido la dificultad de demostrar un incumplimiento del artículo 6 a causa de la parcialidad subjetiva y por esta razón, la gran mayoría de los casos que plantean cuestiones de imparcialidad se centran en la valoración objetiva. Sin embargo, no existe, como señala el TEDH división nítida entre las dos nociones, puesto que la conducta de un juez puede provocar objetivamente no sólo recelos justificados en relación a la imparcialidad del punto de vista del observador externo (valoración objetiva), sino que puede poner de manifiesto su convicción personal (valoración subjetiva) (a este respecto, STDH Kyprianou contra Chipre

«§ 30. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.

Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencia Delcourt de 17 enero 1970 (TEDH 1970, 1), serie A núm. 11, pg. 17, ap. 31). Como observó el Tribunal de casación belga en su Sentencia de 21 febrero 1979 (apartado 17, supra), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.» STEDH 1 octubre 1982, Caso Piersack c. Bélgica, § 30.

En tal contexto, deviene fundamental establecer si el temor del interesado puede considerarse “objetivamente justificado”, y en esa medida derogar la presunción de imparcialidad que opera en principio en favor de Jueces o Tribunales. (STEDH Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, Hauschildt contra Dinamarca, de 24 mayo 1987). De tal modo que cuando el presidente de un tribunal utiliza expresiones que implican haberse formado un punto de vista desfavorable sobre un asunto antes de concluir el juicio oral, tales declaraciones justifican objetivamente que el acusado desconfíe sobre su imparcialidad (Cfr. Buscemi c. Italia TEDH 1999, 35] , núm. 29569/95, ap. 67, ECHR 1999-VI). Lo mismo sucede respecto manifestaciones de hostilidad (De Cubber) o la expresión pública de la crítica de la defensa (Lavents contra Letonia [PROV 2004, 38413] , núm. 58442/00, aps. 118 y 119, de 28 noviembre 2002).

La conducta de los jueces en el plenario, en consecuencia, en términos de valoración objetiva, puede ser suficiente para motivar legítima y objetivamente aprehensiones justificadas en el acusado (TEDH 1999, 35) , pero también puede ser de tal naturaleza que plantee una cuestión de valoración subjetiva (como, por ejemplo, en el asunto Lavents [PROV 2004, 38413] , citado anteriormente) e incluso desvelar

prejuicios personales. Por tanto, en este contexto, si corresponde que un asunto sea tratado bajo una valoración u otra, o ambas, dependerá de los hechos concretos de la conducta impugnada

3.- Del mismo modo, la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal entiende que el derecho fundamental a un juez imparcial se extiende también a la denominada «apariencia de imparcialidad», en tanto que —en palabras del Tribunal Constitucional (STC 162/1999, 27 de septiembre, FJ 5; STC 65/2001, 17 marzo, FJ 2; STC 69/2001, 19 marzo, FJ 14 y 16; STC 5/2004, 16 enero, FJ 2)—, «lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos». En el mismo sentido, las STS 1219/2004, 10 diciembre, FD 26º (RJ 2004\7917); STS 223/2005, 24 febrero, FD 1º (RJ 2005\3614); STS 693/2005, 18 mayo, FD 2º (2005\4942); STS 729/2005, 9 junio, FD 1º (RJ 2005\5849); STS 1372/2005, 23 noviembre, FD 1º (RJ 2006\657); STS 1525/2005, 16 diciembre, FD 1º (RJ 2005\10151); STS 798/2007, 1 octubre, FD 1º (RJ 2009\4711); STS 882/2008, 17 diciembre, FD 9º (RJ 2009\2814); STS 273/2010, 3 marzo, FD 5º (RJ 2010\4480); STS 327/2010, 12 abril, FD 1º (RJ 2010\5796); STS 72/2011, 15 febrero, FD 3º (RJ 2011\1947). Esto es, si se trata de generar el convencimiento en la ciudadanía acerca de la imparcialidad judicial, el juez no sólo tiene la obligación de actuar imparcialmente en su fuero interno («imparcialidad subjetiva»), sino que además esa imparcialidad debe manifestarse hacia afuera («imparcialidad objetiva»). La idea fundamental que rige la necesidad de apariencia de imparcialidad en la actuación judicial, es la misma: no sólo se debe actuar imparcialmente, sino que tan importante como aquello, resulta cuidar las formas esenciales que contribuyen a salvaguardar la necesaria apariencia externa de imparcialidad

4.- El caso que nos ocupa se sitúa así en la valoración objetiva de la actitud y conducta de la Presidenta del Tribunal, y si ésta reporta razones que justifican y hacen razonable la sospecha de que se había conformado convicción sobre la culpabilidad de nuestro representado mucho antes de concluir el juicio oral, vistos los exhaustivos interrogatorios de signo inequívocamente acusatorio a los que somete a cuantos testigos no avalan las tesis acusatorias, y el tono y contenido de los comentarios a los que luego nos referiremos.

No desconoce esta representación procesal que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de perfilar doctrina general sobre esta cuestión en STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3), STC 229/2003, de 18 de diciembre de 2003, STC 123/2005, de 12 de mayo; STC 334/2005, de 20 de diciembre; STC 60/2008, de 26 de mayo), que estimamos respetuosamente amerita mayor concreción por las razones que luego se dirán.

En sustancia, los ejes básicos de dicha doctrina son los siguientes:

a) que el "derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3)".

b) que dicha actitud de neutralidad no equivale a "pasividad" durante el acto del juicio. En concreto el TC ha considerado que la iniciativa probatoria de oficio prevista en el art. 729.2 LECrim no sería *per se* contraria al art. 24.1 CE.

c) Pero que esta facultad, que califica de "excepcional"" (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3), si bien puede resultar amparada por la necesidad de verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes en aras a comprobar la certeza de elementos de hecho precisos para dictar sentencia, puede *ser también utilizada indebidamente*.

d) La utilización indebida de la facultad probatoria ex officio judicis merma la garantía de la imparcialidad objetiva cuando supone emprender "actividad inquisitiva encubierta". Un concepto éste que debe ser entendido, según parece desprenderse de la jurisprudencia, como actividad tendente a "suplir o enmendar la actividad acusatoria" o una "toma de partido a favor de las tesis de ésta" (STC 334/2005, de 20 de diciembre).

e) que para determinar si tal iniciativa ha comprometido la posición de neutralidad del juez, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto (STC 334/2005, de 20 de diciembre).

f) Incluso, aún sin tratarse en rigor de las facultades previstas en el art. 729.2 LECrim, el TC se ha pronunciado sobre la inexistente vulneración constitucional de las preguntas formuladas por el Tribunal a testigos o acusado cuando concurren los límites antes señalados (STC 334/2005, de 20 de diciembre): "Este Tribunal ha destacado que no cabe apreciar esta vulneración constitucional cuando las preguntas versan sobre los hechos objeto de acusación, puede entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta y de ellas no se derive ninguna indefensión permitiéndose alegar respecto de las mismas (STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 14).

Precisiones estas últimas que creemos han sido incorrectamente interpretadas por la Sentencia de Casación que recurrimos, pues pareciera que siempre que el Juez se limita a preguntar "para alcanzar un grado preciso de convicción sobre la adopción de la decisión" y la pregunta verse sobre los hechos objeto de acusación -como si fuese posible que el Juez pudiese introducir nuevos hechos- queda amparada la apariencia de imparcialidad.

Pero el sentido común impone una constatación elemental: el carácter retórico de la justificación basada en la necesidad de alcanzar "el grado preciso de convicción sobre los hechos". Es inútil tratar de distinguir en el plano subjetivo cuándo una pregunta se ha efectuado para alcanzar un grado preciso de convicción para la adopción de la decisión o por el contrario se ha hecho *para confirmar una convicción previamente alcanzada* (pre-juicio). El signo acusatorio de un interrogatorio no puede dirimirse con base en este criterio, que todo permite justificarlo. Tampoco sirve de criterio que las preguntas *reincidan* sobre las ya planteadas, cuando las preguntas, por su contenido, insistencia, tono, muestran inequívocamente, como diremos, disconformidad del Juzgador con el contenido de las respuestas previamente dadas a las partes, o con manifestaciones de desconocimiento o de no recordar, lejos de tratarse de aclarar

conceptos oscuros o respuestas ininteligibles. Disconformidad que *evidencia* prejuicio. Sobre esto habremos de volver inmediatamente. El "sentido" incriminatorio de las preguntas no resulta sanado pues por su *objeto*, por el hecho de limitarse al *factum objeto de acusación*. Como luego veremos, los larguísimos interrogatorios practicados por la Presidenta patentizan exceso en lo que es mero complemento o aclaración, en depuración de las respuestas ofrecidas por testigos y peritos a las previamente realizadas por las partes. Excede manifiestamente de las simples puntualizaciones a la respuestas ofrecidas cuando son oscuras o contradictorias. Van mucho más allá de simples aclaraciones que no sugieren toma de postura. En ningún caso tratan de verificar correcta interpretación de las palabras con las que han previamente depuesto. No son en absoluto, pues preguntas clarificativas o dilucidantes. Son exhaustivos interrogatorios claramente acusatorios. Y esto debería bastar para considerar justificada la aprehensión de nuestro representado vista la quiebra del estatuto de imparcialidad en el Juzgador.

Interesa aquí insistir, no obstante, en una idea fundamental: no cabe limitar el alcance del principio de imparcialidad, en su dimensión objetiva entendida como apariencia de imparcialidad, a los contornos del principio de aportación de parte, exigiendo que la conducta del Juzgador añada *contenido al objeto del proceso* y suponga quebrar los límites del principio de aportación de parte. Esta perspectiva reduccionista del principio de imparcialidad no se compadece con la doctrina emanada del TEDH ni creemos con la que se apunta en la doctrina de este Excmo. Tribunal. En todo caso, como luego se dirá, tal quiebra del estatuto de imparcialidad no deriva sólo del sesgo inquisitivo de las preguntas, sino también de comentarios a los que nos habremos de referir inmediatamente.

5.- En definitiva, entendemos que todo exceso de las facultades previstas en el artículo 708 párrafo segundo Lecrim, interpretado restrictivamente, constituye un potente indicador que legitima la sospecha de parcialidad desde parámetros generales y objetivos. Ya nuestra más que centenaria exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal preveía sobre el uso moderado y restrictivo de dichas facultades,

"siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto", "los

Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates", y desde luego, sin descender a la "arena del combate".

Lo que a continuación señalamos se sitúa en las antípodas de esta exigencia de neutralidad que de modo tan plástico y visionario exigía ya hace ciento treinta años nuestra LECrim.

6.- Una **primera muestra** patente de falta de imparcialidad viene constituida por el uso torcido e instrumental de la iniciativa probatoria del Juez, como instrumento de presión a cuantos testigos y peritos afirmaron "no saber" o "no recordar" algunos hechos que se reputaban esenciales para avalar la tesis acusatoria. Añadiremos que una iniciativa probatoria insólita y perfectamente inútil: su reconocimiento por el médico forense para comprobar la "veracidad" de la alegada falta de memoria. Nadie puede seriamente creerse que un médico forense pueda dictaminar sobre si alguien está en condiciones de recordar o no extremos que databan, en algunos casos, entre diez y veinte años atrás.

Pero el Tribunal *a quo*, molesto de forma ostensible con los testigos a los que tacha en sentencia de "olvidadizos" conminó durante el juicio oral a los mismos llamándolos la atención por el hecho de que, en algunos casos, no recordaban hechos o extremos ocurridos entre 1990 y 1999. Cuando el sentido común dicta que un testigo *puede* no acordarse al ser preguntado por extremos y circunstancias de hace diez, quince o veinte años que no han tenido un impacto existencial importante en su vida.

Ante esta situación, la Sala sentenciadora no se conformó con mantener una posición de neutralidad en la dirección de los interrogatorios y declaraciones, ni se limitó a intervenir para obtener algún tipo de aclaración sobre lo declarado, sino que visiblemente molesta porque las declaraciones de los testigos no favorecían los propósitos perseguidos por las preguntas incriminatorias de la acusación, los increpó y conminó intentando obtener de aquéllos respuestas que favorecieran los intereses de la acusación.

La propia Sentencia de instancia reconoce, en su **página 231**, que:

«El Tribunal, como muestra de la falta de colaboración de algunos de los testigos que depusieron en el plenario, y sorprendido por el alto número de testigos que se refugiaron en una pretendida falta de memoria, se vio forzado inclusive a llamar la atención a determinados testigos, hasta el punto de requerirles para ser médicamente reconocidos en orden a comprobar la realidad y veracidad de tales aseveraciones, con el resultado concluyente en el sentido de no sufrir merma ni deterioro cognitivo alguno derivado de su edad, ni tampoco atribuible a la lejanía temporal de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento».

Es pues manifiesto, o al menos *lo parece para cualquiera* (y esto debería bastar) que la Audiencia de instancia pretendía con ello presionar, conminar y dirigir a los testigos para que favorecieran en sus respuestas los intereses de las acusaciones, pretendiendo obtener de los mismos declaraciones en un determinado sentido que corroboraran la opinión incriminatoria preconcebida y ya formada por aquélla sobre los extremos de las declaraciones. Y todo ello, porque a la Sala *a quo* le parecía que con las respuestas negativas o la falta de memoria de algunos testigos «se ha intentado negar aquello que en ocasiones era obvio» (**pág. 233**). La Sala se mostró visiblemente molesta con los testigos porque —como reconoce la propia sentencia impugnada— intentaban negar aquello que para la Sala, ya entonces, en el propio momento del juicio oral, «era obvio».

Este insólito supuesto de "iniciativa probatoria" excede del ámbito textual y finalista de las facultades que otorga al Juez el artículo 729.2 Lecrim. No se trata, como es evidente, de "prueba sobre la prueba" enderezada a contrastar, verificar, comprobar la fiabilidad de las pruebas aportadas. Porque, cuando la declaración de un testigo o perito es clara e inequívoca, porque el declarante manifiesta que «no recuerda», que «no lo sabe» o que «no encuentra explicación» a un determinado hecho, no es posible para el Tribunal que el testigo o perite varíe o modifique su declaración, y menos aún bajo amenaza de ser reconocido médicamente. En tal caso, al Tribunal no le queda otra que valorar esa falta de memoria o ese desconocimiento en la que forma que en Derecho corresponda, pero en modo alguno puede pretender que el testigo o el perito varíen el

sentido de su declaración. Esto es propio de un inquisidor. Si el testigo o el perito refiere que «no lo sabe», no hay nada que aclarar: simplemente, no lo sabe. Lo mismo si declara que «no lo recuerda». El Tribunal deberá valorar esa declaración en el sentido que corresponda, pero no puede pretender dirigir al testigo para que modifique una declaración totalmente clara e inequívoca (no saber o no recordar), por el simple hecho de que al Tribunal no le encaje esa respuesta en la idea preconcebida que tiene formada sobre lo que debía haber contestado el testigo o el perito, y no ha sido así.

En consecuencia, el asunto no se ventila simplemente apelando a la distinción entre carga de la prueba e impulso probatorio. Tal parece ser el planteamiento de la Sentencia de Casación, aunque referido al interrogatorio a los testigos (que nada tiene que ver con el art. 729.2 Lecrim, sino con el artículo 708) que no a esta *actuación* que insólitamente se abstiene de comentar en su Sentencia. Se ha dicho que así como la carga de la prueba supone una precisión de actuar si se quiere evitar la producción de un perjuicio para el propio interés, el impulso es simplemente algo a priori desconectado con las pretensiones en forma abstracta. Como señala ANDRÉS IBÁNEZ, "se produce prueba de varias maneras: para justificar la pretensión procesal (prueba de cargo), para desvirtuar su eficacia (prueba de descargo) o, simplemente, para contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes. En este caso, se halla la posibilidad conferida al órgano jurisdiccional por el referido artículo 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este supuesto, la aportación probatoria (el impulso) tiene sólo como designio la «comprobación» de los hechos. Es decir, no se dirige a probar su existencia, sino a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que tal precepto se inserta."

Pero no "recordar" o "no saber" no implica prueba respecto a la pretensión acusatoria. Verificar la fiabilidad de un extremo fáctico sobre el que no se proyecta prueba (porque no sabe, no recuerda) es directamente un imposible lógico y científico (pues no existe método fiable para saber si alguien recuerda o no, y menos si se trata de hechos acontecidos una o dos décadas atrás). En consecuencia, no se trata por ejemplo que establecer el *origen* del conocimiento del testigo, lo que sería relevante a los efectos de valorar su testimonio (caso de la STS 426/2014, de 28 de mayo). Se trata de "presionar" al testigo para que avale la tesis pretendida. En consecuencia, el hecho de

que en rigor la conminación y posterior ejecución de la pericial médica no suponga invertir la carga de la prueba, exterioriza con claridad la posición del Tribunal tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, presionando al testigo. Sólo cuando hay prueba (el testigo aporta con su versión datos fácticos) puede articularse "prueba sobre la prueba", en aras a valorar su fiabilidad, de modo que por su finalidad no se compromete ni afecta la imparcialidad subjetiva. Cuando no la hay, porque el testigo no afirma lo que percibió al no recordar, ordenar pericial médica tras ásperos comentarios y conminaciones enderezados *a que recuerde* sólo puede ser interpretado como auxilio impropio a la acusación.

7.- En un segundo grupo de actuaciones que exteriorizan prejuicio cabe inscribir los exhaustivos y dilatados interrogatorios, una vez conclusos los de parte, frente a todo testigo o perito que no se expresó en términos aprovechables a la hipótesis acusatoria o que lo hizo de modo abiertamente contrario a aquella tesis. Pues como diremos, la presidente del Tribunal procede respecto a ellos a un profuso interrogatorio, enderezado las más de las veces a torcer la declaración previamente practicada y reconducirla a lo apetecido. En otras ocasiones a descalificar con reconvenciones a quien prestó testimonio inaprovechable a aquella tesis. Interrogatorios que por su contexto, sentido, duración desvelan el objetivo que persiguen: podrá a posteriori el Juez decir que trató simplemente de indagar la verdad material. Pero desde luego, antes de que concluyera la práctica de toda la prueba se comportó como si ya hubiese decidido que la verdad material coincidía justamente con la hipótesis fáctica que presentaba la acusación. Y esto fue visible para cualquiera que asistiese al juicio y lo será para este Excmo. Tribunal si examina *de visu* las grabaciones del juicio oral que se singularizarán a continuación.

Estas son algunas muestras de lo expresado en nuestro recurso de Casación. Ya anticipamos que tratándose de apariencia de imparcialidad, es esencial la visión de conjunto. Aisladamente consideradas, *analizadas una por una*, podría discutirse dialécticamente, a pesar de su extensión y del sesgo que patentizan, si tienen entidad bastante para estimar objetivamente justificada la sospecha. Pero no hubo una sola intervención. Hubo muchas, cuantitativa y cualitativamente consideradas. La perspectiva de conjunto arroja un saldo demoledor en términos de apariencia de

imparcialidad. Disgregar dicho conjunto focalizando aisladamente todas y cada una de las múltiples intervenciones, aislándolas unas de otras, para que se pierda dicha perspectiva, es jugar con las cartas cambiadas (una disgregación que ha sido denunciada por la misma jurisprudencia cuando se trata de valoración de la prueba) De modo que lo que aquí se ofrece es una muestra que trata de poner de manifiesto el conjunto.

Destacaremos estas muestras de lo expresado, rogando se disculpe la transcripción de pasajes que ya fueron extractados en nuestro recurso de Casación para mayor comodidad en el análisis de la queja. En todo caso, para apreciar adecuadamente lo que denota y connotan dichos interrogatorios es también importante atender al tono, lo que hace imprescindible el visionado de las partes de la grabación de la vista oral que se citarán.

7.1 Interrogatorio exhaustivo de D. José Gatius Roure.

D. José Gatius Roure, testigo del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, que fue llamado a juicio en tanto que Coordinador Territorial de Caixa de Catalunya en el año 1994 y que intervino en la aprobación del crédito hipotecario concedido al acusado D. Manuel Abella Zarraluqui. La tesis acusatoria pasaba por afirmar que fue otorgado ese préstamo a impulso o indicación del Grupo Núñez Navarro, pese a que el solicitante *carecía de capacidad de devolución*. Recuérdese que el hecho probado sobre el que descansa la condena por cohecho activo a nuestro representado sostiene que dicho piso, a pesar de haberse pagado con la hipoteca, en realidad fue "regalado" por Núñez y Navarro, quien luego quien luego las cuotas entregando dinero en metálico que aquel funcionario ingresaba en cuenta.

Como fuere que negó conocer recomendación del Grupo Núñez Navarro para su concesión y, es más, abonó, con examen en el propio plenario, la corrección de su concesión en función de la *capacidad de endeudamiento del solicitante*, por razón de otros ingresos (tres alquileres de inmuebles y 11 de parkings; acciones de cines ABC - 30%-) y que afirmara que “*lo que nos interesaba en esos momentos era hacer hipotecas*” (sesión del día 24 de noviembre de 2009, primer CD, del minuto 51.29 al minuto 52.48), y que examinando la declaración de renta del solicitante unida al

expediente de concesión afirmare “*lo que veo es que hay otros ingresos a parte de la nómina, 12 millones de rendimiento neto, un millón al mes*” (de 1h05min10s-1h06min del primer CD de la referida sesión), y que valorara que “*como fuera que el sujeto presentara otra fincabilidad además del piso que adquiriría como vivienda habitual ... nadie se lo dejaría perder*” (1h02min-1h04min.12s del primer CD) (es decir, el cobro de la hipoteca estaba asegurado, pues el sujeto puede vender otros inmuebles para evitar perder en ejecución la vivienda).

El disgusto causado por un testimonio que presentaba un claro signo de descargo, dio lugar, al cierre de los interrogatorios de las partes, a un interrogatorio de la Presidencia que evidencia palmaria pérdida de imparcialidad durante el desarrollo mismo del plenario (del minuto 14.55 al min. 21.13 del segundo CD de la sesión del día 24 de noviembre de 2009):

- *Presidenta (P): Dígame una cosa, por qué no ha comentado ud. que conocía al Sr. Abella, cuando le he nombrado (a las generales de la ley)?*
- *Gatius (G:) yo al Sr. Abella no le conozco de nada.*
- *P. Vamos a ver está ud hablando del Sr. Abella*
- *G. Por la cara quiere decir?*
- *P. Sr. Me deja terminar de hablar? Pero de referencia sí sabe quién es el Sr. Abella?*
- *G. Por el nombre.*
- *P. No, no, por el nombre no, **sabe muchas cosas**. Entonces por qué ha omitido ese comentario? Habrá sido un error?*
- *G. Yo no he hablado nunca con él*
- *Min. 15.24 P. **Dígame otra cosa, los Sres. Núñez Navarro siguen teniendo las cuentas en CAC?***
- *G. No lo sé, yo estoy en otro departamento y he perdido la pista.*
- *P. Y ud. no ve recobros?*
- *G. No, recobros no veo.*
- *P. Oiga, en qué año se implantó en CAC el scoring (sic)*
- *G. No lo recuerdo.*
- *P. En esa época ya estaba implantado, creo que data del setenta y tantos*
- *G. en el 94, no sé si teníamos score o rai, no lo sé.*

- *P. No es cierto que en este caso, no debía prevalecer su criterio sino el criterio del scoring*
- *G. No le he entendido Sra.*
- *P. Que no es cierto que debía prevalecer el criterio del scoring y no su criterio?*
- *Min. 16.10 G. No el scoring es un criterio frío, que da la máquina y que luego hay las circunstancias adicionales y entonces influye el scoring, hombre claro si hay devoluciones, impagados y tal, es un tema muy importante a tener en cuenta, hay otros temas a tener en cuenta también.*
- *Min. 16.34 P. No es cierto que uno de los elementos más importantes que analiza el scoring es precisamente la diferencia entre el dinero que se gana y la cuota que se tiene que pagar?*
- *G. Sí*
- *P. Ya ud. eso le da lo mismo?*
- *G. No vi el scoring*
- *P. Ud no vio el scoring en este caso?*
- *G. Y creo que en la Caixa no había entrado el scoring aun*
- *P. No estaba implantado en la Caixa*
- *G. El scoring no. Creo que entró en el año 1997, 1998, no lo recuerdo. Lo que sí me acuerdo es que no había rais ni incidencias negativas....*
- *17.12 P. **No me confunda ud. las churras con las merinas**, yo le quiero preguntar una cosa, no me venga ud. con otra totalmente diferente, que no tiene nada que ver. Yo no le estoy preguntando por el endeudamiento, las deudas que tuviera esa persona en el momento de pedir el crédito, le estoy preguntando sobre unas cosas que llaman enormemente la atención de este Tribunal: primero, cómo en este caso se iban a pagar todos los gastos generados por la tasación y por la petición de información, si Abella no pedía el crédito, y quién dio la autorización para hacer eso sin tener la solicitud. Porque tiene que ser de la persona que lo va a pagar*
- *17.57 G. Esto el director de la oficina, a mí ya me vino dado esto*
- *P. **Tiene problemas de memoria también?***
- *G. No, pero de hace 15 años, sí.*
- *P. **Tiene problemas de memoria?***
- *G. **De 15 años sí.***

- *Min. 18.10 P. En este caso, imagínese ud. que el Sr. Abella no solicita este préstamo, los gastos los asume la Caixa?*
- *G. Sí nos ha pasado otras veces. Los hubiera asumido CAC los gastos de tasación y los informes.*
- *P. Sr. Le pregunto, está ud. completamente seguro?*
- *G. Le digo que nos ha pasado en otras ocasiones con otros clientes, que al final se ha denegado la operación y se han negado a pagar los gastos*
- ***P. Sr. le recuerdo que se encuentra bajo juramento***
- ***G. Sí, sí, ya lo sé***
- *P. Y le pregunto ud. hacía prevalecer su criterio sobre los criterios que el Banco de España y que las entidades bancarias tenían para la concesión de créditos, en materia de endeudamiento, ud. iba a ojo y decía “aunque se salga un 10% si total no sirve”. Lo hacía así?*
- *G. Cada operación es un mundo*
- *Min. 19.14 P. Pero en este caso dónde está el resto del mundo?*
- *G. El resto del mundo está en las circunstancias personales del resto del mundo.*
- *P. Qué circunstancias personales?*
- *G. Pues si tiene otras fuentes de ingresos, interrupción*
- *P. Y si los ingresos no son suficientes?*
- *G. Si la garantía...interrupción*
- *P. Sr. escúcheme, los ingresos no son suficientes. No cubre la cantidad habitual, ni el 40 ni el 50 %. No son suficientes. Qué otra garantía tiene?*
- *G. La hipoteca. Yo creo que no se deja perder el piso por esta cantidad*
- *Min. 19.42 P. Vamos a ver, ese es un criterio suyo,*
- *G. Pues claro, como el otro*
- *P. Vamos a ver, no es cierto que si no tienes un margen mínimo, no te dan el 100% de la hipoteca, sino que te dan un 75 ó 80%, se lo digo por la práctica habitual, te dan un porcentaje, y en aquella época, ahora en estos momentos*
- *G. Se daba el 80 % en aquella época. Entonces del 63 al 80 % había un margen*
- *20.26 P. Vamos a ver, recibió ud. instrucciones concretas, bien del director de la oficina, bien de algún otro director (general, etc.), de dar un trato de favor al Sr. Abella?*
- *G. No.*
- *20.40 P. dígame una cosa, este crédito no era de su competencia, ha dicho?*

- G. No.
- P. Entonces ud. informaba de los créditos que no eran de su competencia?
- G. Sí porque me pedían que yo trasladase la información, tanto si ponía negativo como positivamente, al estamento superior para que pudieran decidir. Por lo tanto, yo no era nadie ni para denegar ni para aprobar.

Es manifiesto que tal interrogatorio tiene como norte una previa convicción: la de que el crédito hipotecario no le fue concedido con arreglo a criterios técnicos sino como trato de favor. El interrogatorio es pues de signo claramente inquisitivo. *Con reiteradas preguntas de signo incriminatorio y dirigidas a un único, concreto y determinado fin: acreditar que Nuñez estaba detrás de la concesión de la hipoteca.* Principia poniendo en duda la versión del testigo (afirma, pese a lo sostenido por él, que "sí sabe muchas cosas" del acusado, exteriorizando así una convicción previa), continúa dando por sentado, sin haber valorado aún la prueba practicada, que los ingresos de dicho funcionario no son suficientes; pregunta directamente si recibió instrucciones de dar trato de favor. En fin, podrá dársele muchas vueltas al asunto. Pero ninguna de las preguntas son para aclarar extremos confusos, o para depurar respuestas que ya habían sido ofrecidas, o para interpretar correctamente su previa declaración. El interrogatorio sugiere evidente toma de postura. Excede así de los límites que una interpretación constitucionalmente orientada impone al artículo 708 párrafo segundo de la Lecrim, lejos de toda finalidad de precisión y concreción.

7.2. Interrogatorio de la Presidente del Tribunal a D. Ángel Blesa Baguena.

D. Ángel Blesa Baguena, testigo del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, que fue Inspector Jefe Regional del 8 de septiembre de 1994 al 24 de marzo de 1997.

Según consta en la propia Sentencia, durante su Jefatura y a su significado impulso, se activa la persecución de empresas del Grupo Torras y controladas por éste (*“una vez que Ángel Blesa sucedió a Huguet se produjo un cambio de actuario (desplaza a Abella) y la actividad inspectora de Pinyer se encomienda al actuario Salvador Ruiz Gallud en 15 de abril de 1996 –página 87 de la Sentencia- “Posteriormente una vez que Huguet salió de la AEAT y pasó a la situación de*

excedencia en septiembre de 1994, y fue sucedido en el puesto de Jefe Regional de la Inspección de Catalunya por Ángel Blesa. Inmediatamente, Vega Mocoero reitera su petición sobre las sociedades de Figueras, firmando, Blesa, la orden de inclusión en plan el día 3 de mayo de 1994, realizando la correspondiente inspección y procesos penales derivados de la misma”- página 91 de la Sentencia-).

Más como fuera que en lo atiente al Grupo Núñez Navarro, su testimonio distó mucho de abonar las tesis acusatorias y, muy al contrario, fue abiertamente de descargo, mereció un profuso interrogatorio inquisitivo y reconvencional de la Presidencia del Tribunal.

Su carácter de descargo quedó de manifiesto cuando destacó la competencia y honradez de Ojeda, Inspector Jefe Adjunto, a quien nombró superior de Abella, cuando Roger Bergua cambió de destino pasando a la ONI (sesión del día 7 de enero de 2010, 3er CD, del minuto 20.25 al min. 24), defendió como normal la autogeneración de expedientes y el volver sobre un contribuyente, cual hacía Abella, como técnica idónea en el sector inmobiliario (del minuto 2.45 al minuto 7.33 del 4º CD de la referida sesión de 7 de enero de 2010). Pero la mayor contrariedad la produce cuando es interrogado sobre el rendimiento interpretativo y la correlativa práctica inspectora en torno al art. 147 RIS, donde, sin hacer referencia a Abella, explicó tesis que se ajustaban al hacer inspector de aquél y afirmó que como el TEARC había anulado un expediente de exención por reinversión de signo contrario a la interpretación mayoritaria, “*no tenía sentido insistir*” (del minuto 9 al minuto 14.20 del 4º CD).

A su vez, fue interrogado sobre el contenido, alcance y profundidad inspectora de las comprobaciones por devolución de IVA y sociedades, extremo sobre el que la dirección letrada de José Luis Núñez Navarro fiaba, en mucho, su defensa, y expuso, con apoyo por demás en la doctrina de los Tribunales, que “*aun en comprobaciones abreviadas aquello que se mira es definitivo*” (del minuto 16.51 al minuto 22.28 del 4º CD de la sesión de 7 de enero de 2010).

Su intervención testifical aquilatada, técnicamente solvente pero, inútil a la tesis de cargo, y todo apuntaba, de relevancia a la de descargo, le hizo merecedor del

siguiente interrogatorio inquisitivo y de pura reconvención de la Presidencia del Tribunal (del minuto 22.30 al minuto 33.25 del 4º CD):

- *Presidenta (P): Mire, vamos a ver, es que este Tribunal se ha quedado francamente sorprendido en relación a las contradicciones en las que ud. ha incurrido. En primer lugar, cuando le ha preguntado el MF (sic, AE) sobre la exención por reinversión sobre si era un tema debatido en las reuniones que uds. hacían en la época del Sr. Huguet, etc., ud. ha dicho que no recordaba nada, y luego resulta que le pregunta el letrado de la defensa y recuerda todo con una minuciosidad, tiene ud. algún problema de memoria? Qué es lo que ha ocurrido, porque no nos explicamos por qué al MF no recuerda y al letrado recuerda.*

- *Blesa (B): Yo no recuerdo que se hubiera debatido, lo que pasa es que cuando me lo han preguntado me ha venido la anécdota del enfado del Sr. Bergua.*

- *Min. 23.20 P: qué es lo que recuerda ud. el enfado del Sr. Bergua o el debate?*

- *B: Yo recuerdo el enfado del Sr. Bergua como consecuencia (interrupción P)*

- *Min. 23.30 P: Recuerda ud. el debate?*

- *B: No es que hubiera debate (interrupción)*

- *Min.23.37 P: No, no, la pregunta es: recuerda si hubo un debate, sí o no! Era un tema debatido? Recuerda si se debatió?*

- *B: Recuerdo que era un tema discutido en los años anteriores.*

- *Min. 23.45 P: Debatido no discutido. Era un tema del que se hablaba para unificar criterios, sí o no?*

- *B: Era un tema en el que la Inspección hacía actas y deja de hacerlas (interrupción)*

- *Min. 23.58 P: Mi pregunta es muy clara. Era un tema que dirigidos por el Regional de Catalunya, los inspectores, los adjuntos y todos los que se reunían, hablaban sobre el tema para unificar criterios, sí o no?*

- *B: Sí.*

- *Min. 24.12 P: Y por qué le ha dicho al MF que no?*

- *B: Habré entendido mal su pregunta o no lo sé, yo lo que, si me permite aclaro mi respuesta? Me permite que la aclare SSª?*

- *Min. 24.39 P: Mire, concretamente, cuando se le ha preguntado ud. ha manifestado, o cuando le han preguntado si el Sr. Ojeda planteó la cuestión de la exención por reinversión, ud. ha dicho que no lo recordaba y que no recordaba que se hablara de este tema.*

- *Min. 24.53 B: Exactamente.*
- *P: Cómo recuerda unas cosas sí, otras no,*
- *B: No, porque lo del Sr. Ojeda es posterior, porque en esa época no (interrupción)*
- *Min. 25 P: Lo del Sr. Ojeda es posterior?*
- *B: Es posterior a esta reunión que yo recuerdo donde fuimos conscientes de que (interrupción).*
- *Min. 25.09 P: Vamos a ver, a parte de esta reunión, en la que, al parecer, el Sr. Bergua estaba muy enfadado, en algún otro momento ud. ha hablado de la exención por reinversión? Ha debatido el tema de la exención por reinversión?*
- *B: Yo creo que no porque anteriormente teníamos claro que habíamos de regularizarlo, y después (interrupción)*
- *Min. 25.32 P: Yo no le estoy preguntando lo que tenían claro, yo le estoy preguntando si se debatió o no.*
- *B: No lo recuerdo.*
- *P: Entonces, con independencia de esta reunión, en algún momento se debatió la exención por reinversión?*
- *B: No lo recuerdo.*
- *Min. 25.45 P: Cuando ud. fue Jefe Regional, se debatió el tema de la exención por reinversión?*
- *B: No.*
- *P: Ud. dio órdenes de la exención por reinversión? De cómo se tenía que aplicar la exención por reinversión?*
- *B: No.*
- *P: Ud. en algún momento, en la Provincial, cambió el criterio que se tenía que aplicar en la exención por reinversión?*
- *Min. 26.03 B: Pues a raíz de esa resolución, supongo que sí, pero no lo recuerdo tampoco.*
- *P: De qué resolución?*
- *B: De esta resolución que motivó este cambio de criterio en la Inspección, la resolución del Tribunal (interrupción)*
- *Min. 26.15 P: Supone que sí?*
- *B: Seguro que sí, porque (interrupción)*
- *P: Cómo daba ud. esas órdenes?*
- *Min. 26.25 B: Pues a través de las reuniones que mantenía con mis adjuntos*

- P: *En la Provincial?*
- B: *Eso en la Provincial.*
- P: *Luego en la reunión ud. cambió de criterio o qué criterio se seguía?*
- Min. 26.32 B: *No le sé precisar (interrupción)*
- P: *O no sabe qué criterio se seguía en la Regional cuando ud. pasó a la Regional?*
- B: *Yo creo que la resolución a la que yo he hecho referencia marcó un antes y un después en este problema por parte de la Inspección de Catalunya.*
- Min. 26.57 P: *Muy bien, mire cuando le ha sido exhibido el folio 227.238, y le han preguntado, antes de que ud. leyera el folio, sin que el letrado le hiciera leer el documento, y preguntándole si era normal que para la devolución de iva se comprobara la exención por reinversión, ud. ha dicho que no, y luego a continuación cuando se le ha leído ha dicho que “bueno en este caso sí”, luego ha pasado de “en este caso sí”, luego si quiere le ponemos la grabación, luego ha pasado a una generalización. Entonces, aquí hay tres cuestiones: la primera pregunta es si era normal, sí o no, que se mirase la exención por reinversión, porque ud ha dicho que no, esto lo mantiene o no lo mantiene?*
- Min. 27.40 B: *Vamos a ver, yo he dicho que no era normal en una comprobación abreviada salvo (interrupción)*
- P: *Perdone ha dicho, si quiere lo ponemos la grabación, ha dicho que no era normal.*
- B: *Si no me haya expresado debidamente, supongo que puedo aclararlo en este momento.*
- P: *Sí, por supuesto, pero dígame, era normal mirar la exención por reinversión, cuando hay una comprobación de iva, sí o no?*
- Min. 28.06 B: *En una comprobación de iva, no. En una de sociedades, si, el inspector proveía (interrupción)*
- P: *Yo le pregunto, en una devolución de iva.*
- B: *Yo le he dicho antes que los inspectores (interrupción)*
- P: *Bueno pues vuélvame ud. a contestar porque no lo sé. En una devolución de iva es normal y habitual, aunque se le haya leído como muestra un botón, que se compruebe la exención por reinversión, sí o no?*
- Min. 28.32 B: *No puedo contestar simplemente sí o no, lo he de matizar.*
- B: *Bueno, primero diga sí o no, y luego lo matiza.*
- B: *Depende de si (interrupción)*
- P: *De qué depende?*

-B: *Depende de si el inspector intuye si puede haber alguna problemática específica, ya le he dicho antes que según el Reglamento, deberían limitarse a comprobar (interrupción).*

- P: *El Reglamento... no, vamos a ver,*

- B: *Otra cosa es que los inspectores en su celo profesional intenten ver que no se les escape algo y miren más cosas que probablemente no deberían mirarse en una comprobación abreviada.*

- Min. 29.10 P: *Vamos a ver, si el Reglamento no les autoriza a mirar más cosas, en cierta medida no es un fraude de ley que se miren más cosas y se consolide la situación?*

- B: *Sí, pero ha sido así toda la vida.*

- P: *Bien, pero en definitiva no deja de ser una especie de fraude de ley. El mirar más cosas es una actuación de consolidar tributariamente una situación excediéndose de sus funciones. Es así?*

- B: *No, yo creo que no. Si un inspector hace un informe de devolución y después aparece algo que debería haber visto, pobre de él si no lo pone de manifiesto, por eso (interrupción)*

- Min. 29.42 P: *Yo no le pregunto, yo le estoy preguntando lo que dice el Reglamento y lo que habría de hacer el inspector. Entonces, mi pregunta es si el Reglamento dice una cosa y el inspector hace más y por hacer más consolida una situación, sin hacer una investigación general, se está excediendo en sus funciones y se consolida una situación fuera de lo que es una investigación propia en un IS o de otro tipo y que queda limitado solamente a la devolución de iva, no hay un exceso que consolida una situación de una forma anómala?*

- Min. 30.21 B: *Es que los límites no están muy claros.*

- P: *Los límites no los marca el Reglamento y la Ley*

- B: *Bueno, los límites (interrupción)*

- P: *Los inspectores de hacienda están sujetos al principio de legalidad?*

- B: *Por supuesto.*

- Min. 30.39 P: *Entonces, qué es lo que le marca la ley.*

- B: *Pero vamos a ver, la manera de comprobar, qué quiere decir comprobar una devolución de iva? Debe entrar el inspector en si existe prorrata o no existe, debe analizar si es deducible o no lo es, pues tiene que analizar una serie de cosas y a veces unas le llevan a otras e, insisto, la práctica de toda la vida que los inspectores tienden a*

hacer lo más, aunque solo se les pide lo menos por temor a no dejarse, a hacer una devolución importante, y que después aparezca otro que le diga “cómo es posible que no hayas visto esto”. Esto es una práctica muy habitual.

- Min. 31.22 P: Y entonces sigue manteniendo que eso es un exceso?

- B: Pues no sé decirle si es un exceso o no.

- P: Al principio ha dicho que sí.

- B: Porque (interrupción)

- P: Cómo puede cambiar tantas veces de opinión en tantas cosas.

- B: SS^a es que el inspector podría ampliar el ámbito de actuaciones y transformar una comprobación abreviada en una en profundidad.

- Min. 31.40 P: Bueno pero si no se ha transformado, si no hay una orden de inclusión en plan

- B: Insisto el límite no está (interrupción).

- P: Estamos hablando sin transformación, sin orden de inclusión, sin nada de nada.

- Min. 31.51 B: El límite de una comprobación abreviada no está definido en ningún reglamento, ni circular, ni en ningún sitio, no está definido.

- P: Bien pero ud. ha dicho antes que se excedían cuando se miran más cosas, eso ha dicho, y está grabado.

- B: Bueno a veces se excedían porque se daban instrucciones por parte de las Jefaturas de que se vigilaran suficientemente las devoluciones. SS^a, en una plantilla de 400 actuarios, como comprenderá (interrupción)

- Min. 32.20 P: Pero mire, yo le pregunto una cosa y ud. me contesta otra.

- B: Pero es que yo (interrupción).

- Min. 32.23 P: Yo le he apercibido al principio de la declaración que tiene que contestar a las preguntas, no que conteste lo que ud. quiera, etc. etc.

- B: Lo único que intento expresar (interrupción)

- P: Pero realmente se está produciendo este efecto, entonces claro

- B: Lo único que pretendo es que se sitúe mi declaración en el contexto (interrupción)

- Min. 32.38 P: Lo que yo pretendo es averiguar la verdad, simplemente verdad material, que es lo que se dice en el proceso penal, entonces claro

- B: Deseo contribuir a ello SS^a.

- Min. 32.50 P: Pues con tantas dudas que nos está planteando, porque cambia tantas veces de versión que difícilmente lo podemos conseguir, pero bueno, en fin.

Como es de ver, la Presidente interrumpe continuamente al deponente, para, sin cerrar la explicación, tacharla de contradictoria, lo que sólo podría valorarse una vez cerrada la frase. Imputa contradicción si dejar que el testigo formule completamente su respuesta. Es obvio lo que la Presidente trata de conseguir del testigo: que efectivamente hubo debate en torno a los criterios relativos a la exención por reinversión en fecha de autos, lo que justificaría dicha operación como de "riesgo", activando al menos la necesidad de investigar. Es obvio también que trataba de volatilizar la versión exculpatoria basada en el carácter definitivo de las comprobaciones abreviadas que tantos otros inspectores habían realizado sobre los hechos que conformaban la hipótesis acusatoria. El sentido y norte del interrogatorio es pues evidente, y la apelada pretensión de averiguar la verdad material no oculta que para la Presidente, dicha verdad coincide con las tesis acusatorias.

7.3. Interrogatorio a los empleados y directivos del Grupo Núñez y Navarro.

En cuanto a los empleados y directivos del Grupo Núñez Navarro, también propuestos por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, y en tanto no abonaron el fruto apetecido, provocó fueran sometidos al interrogatorio de la Presidencia de Tribunal que decidió, con finalidad que desbordaba lo aclaratorio y entraba en lo directamente inquisitivo, tomar “*el partido de la acusación en cuya ayuda corrió, descendiendo a la arena del combate contradictorio*” (STS 780/2006).

Así, D. Joan Dalmau Carceller, Director Comercial del Grupo Núñez Navarro, fue interrogado por la Presidencia durante 10 minutos y 11 segundos (sesión del día 10 diciembre del 2010, del minuto 28.25 al minuto 38.36 del 3er CD). No se trata de preguntas puntuales sino de un auténtico debate en que va cuestionando en cascada las respuestas del interrogado, en una suerte de búsqueda denodada de su derrota.

D. Manuel Lafont Gilabert fue interrogado por la Presidencia durante 7 minutos 23 segundos (sesión del día 3 de diciembre de 2009, del minuto 25.25 al minuto 32.48 del 2º CD), dirigiendo su interrogatorio a *deshacer una explicada autonomía decisoria del Director Financiero Sr. Vidal Vila en relación a D. José Luís Núñez Navarro, y,*

finalmente, acerca de la relación jerárquica de éste respecto del declarante y el citado Sr. Vidal, llegándole a mostrar documentos dirigidos a la organización por el Sr. Núñez Navarro y sobre si tenían contenido imperativo o no, y ante la respuesta del testigo de que lo entendía como una sugerencia, se insiste “¿está ud. completamente seguro?”.

El visionado, que rogamos, de esta parte del interrogatorio despeja cualquier duda sobre el carácter inquisitivo del mismo.

7.4. Interrogatorio por la Presidente al perito de la defensa.

Por último, y como paradigma de la más radical toma de postura con la acusación en la dirección misma del debate, cumple destacar como se autorizó al Ministerio Fiscal con la colaboración de la propia Presidencia, que interrumpiendo al Ministerio Público y hizo suya la línea de interrogatorio a indagar extremos atinentes a las funciones, competencias que pudo ejercer el perito de la defensa, Sr. Sarró como Jefe que había sido de la Oficina Técnica de la Inspección Provincial, y en relación a un expediente tramitado del Grupo Núñez y Navarro. El interrogatorio se produjo en la sesión de prueba pericial de día 3 de marzo de 2010, y se extiende desde **la 1h01min.10s a 1h30 min (del primer CD de la referida sesión), hasta el minuto 5.35 del segundo CD (también de la referida sesión)**, es decir, durante **36 largos minutos** en que la Presidencia **realiza 93 preguntas** adornadas, en ocasiones, de largos preámbulos valorativos. Es más, la audición de ese pasaje, que rogamos encarecidamente, pone de manifiesto una escasísima voluntad de posibilitar que el perito interrogado se explicara, pues es interrumpido cada vez que pretendía situar en sus justos términos su intervención y la tesis jurídica que sustentaba aquel expediente y las razones de la regularización tributaria.

Cierra este potente indicador de parcialidad el postrer rechazo a limine a valorar dicha pericial so pretexto de que dicho perito mantuvo históricamente tesis jurídico-tributarias distintas a las que ahora exponía. Cosa radicalmente incierta, comprobable fácilmente con documentos obrantes en la causa, como luego veremos en queja específicamente destinada al efecto.

7.5. Otras intervenciones del Tribunal que revelan falta de imparcialidad.

a) Interrogatorio a D. José Luís Prada Larrea,

D. José Luís Prada Larrea testigo del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, Inspector Jefe Regional desde febrero de 1997 a diciembre de 2000. Recuérdese que es precisamente a su impulso por el que la Agencia Tributaria comienza una investigación interna que dio lugar a la Pieza Metro 3 correspondiente a D. Álvaro Pernas Barro, en la que se dictó Sentencia por la Sección 9ª de la Audiencia Provisional de Barcelona en fecha 27 de septiembre de 2002 (casada en parte por la STS núm. 1391/2003, de 14 de noviembre). Recuérdese que a su instancia y desde el momento en que D. Manuel Abella es imputado ante el Juzgado Central núm. 3 de la Audiencia Nacional (en las Diligencias Previas núm. 67/1993, Asunto Kio/Grupo Torras), suspende la aprobación de sus actas en curso y ordena repetición al actuario D. José Manuel Vidueira. Su compromiso en la lucha contra la corrupción en la AEAT resulta pues incontestable.

Sin embargo, y como resultó que en lo atinente a la Pieza Separada Grupo Núñez Navarro dictó los correspondientes actos administrativos de liquidación que le proponía el Inspector Jefe Adjunto D. José Antonio Madriñán a inspecciones realizadas a ese Grupo por D. Manuel Abella y, significadamente, defendió con solvencia y altura técnica la interpretación jurídica del art. 147.2 RIS que sostiene el Acuerdo de la Comisión Técnica Regional de 12 de febrero de 1999 y que viene a amparar la interpretación que hacía D. Manuel Abella, se traduce en un disgusto del Tribunal que le obsequia, concluidas las partes su interrogatorio con el siguiente cuestionario (en la sesión del día 26 de enero de 2010, del 2º CD, a partir del min. 29.17):

- *Presidenta: Vamos a ver Sr., dígame, dónde vive ud.?*
- *Prada: Vivo en la Calle Martí Julià de Barcelona.*
- *Presidenta: En el número 6?*
- *Prada: Sí.*
- *Presidenta: En el séptimo segunda?*
- *Prada: Sí.*
- *Presidenta: Es ud. el vecino de arriba de Lucas y Mayra?*
- *Prada: Sí, del Sr. Lucas.*

- *Presidenta: Cuando yo le he preguntado, ud. ha dicho que no los conocía.*
- *Prada: Al Sr. Lucas sí.*
- *Presidenta: Y a la Sra. Mayra Mas, que es su vecina desde los años 90, aproximadamente?*
- *Prada: No. No recordaba el nombre, la verdad.*
- *Presidenta: No recordaba el nombre? Y no la ha visto aquí?*
- *Prada: Aquí? No.*
- *Presidenta: No? No recuerda ud. el nombre, ni tan siquiera de verlo en el piso de al lado?*
- *Prada: De recordármelo ud. ahora, será efectivamente su mujer, sí.*
- *Presidenta.: Y sigue siendo su vecina?*
- *Prada: Sí.*
- *Presidenta: Ya, ahora se acuerda que sigue siendo su vecina, pero en cambio no se acordaba en las generales de la ley.*
- *Prada: Es que quizá cuando ud. me ha dado el nombre, Mas Echevarría, no habré caído, yo.*
- *Presidenta: A cuántos juicios ha ido a declarar como testigo?*
- *Prada: A un par.*
- *Presidenta: Y ha coincidido con su vecino, que su vecino está acusado?*
- *Prada: Que haya coincidido con mi vecino? No.*
- *(minuto 30.37) Presidenta: Vamos a ver, ud. ha hablado con alguno de los letrados?*
- *Prada: No en absoluto.*
- *Presidenta: Ud. conoce alguno de los letrados?*
- *Prada: Sí.*
- *Presidenta: Ha preparado ud. la declaración?*
- *Prada: No en absoluto.*
- *Presidenta: Seguro?*
- *Prada: Por supuesto.*
- *(minuto 30.50) Presidenta: Es que un letrado le ha tuteado. Se le ha escapado el tuteo. Esto puede ser conocimiento personal?*
- *Prada: Quién me ha tuteado?*
- *Presidenta: Mire es que aquí hay dos cosas que este Tribunal no entiende: primero que sea ud. el vecino de uno de los acusados y si no es porque se nos*

ocurre mirar el carnet de identidad, nosotros ni nos enteramos. Se ha mirado el carnet de identidad precisamente porque se ha escapado este tuteo. Entonces resultan cuestiones muy anómalas y nos hace dudar de la credibilidad de este testimonio.

- *Prada: Siento muchísimo que me diga esto.*
- *Presidenta: No es que lo sienta ud.*
- *Prada: Pero lo siento.*
- *Presidenta: No, no, indiscutiblemente **que lo siente, y lo sentirá, puede ser, que un poco más, más adelante cuando se dicte sentencia. Ha terminado ud., buenos días Sr.***

Afirmación esta última que ya está *anticipando veladamente el contenido condenatorio de la Sentencia*, al apuntar, inequívocamente a una eventual responsabilidad por falso testimonio que lógicamente depende del contraste entre el hecho declarado probado y lo depuesto por el testigo.

b) Sumamente revelador del desigual trato dispensado a las partes, es el reflejo inverso del ya descrito interrogatorio inquisitivo a quien no avaló las tesis acusatorias: la obstaculización del interrogatorio de esta representación procesal a los peritos que sí la avalaban. Y así, la tentativa de preguntar la defensa en la sesión de 10 de marzo de 2010 a los peritos Sres. Moyano y López acerca de su intervención en expedientes tributarios del Grupo Núñez y Navarro, como Adjuntos Regional y Provincial, respectivamente, se encontró con la interrupción de la Presidencia, primero preguntando al letrado sobre la finalidad de estas preguntas **(1h23min46s del 1er CD de la referida sesión de 10 de marzo de 2010)**, y su declaración de impertinencia **(1h24min)**.

El letrado trató de realizar hasta 7 preguntas atinentes a esa intervención inspectora y recibió 7 declaraciones de improcedencia (durante los 10 primeros minutos del segundo CD de la mencionada sesión de 10 de marzo de 2010), consumidos en largas explicaciones de la Presidencia acerca de las razones de su mandato prohibitivo, sin que se consiguiera saber nada de esa intervención más allá de su presencia en una reunión de planificación (la falta de imparcialidad en este caso se pone de manifiesto y trasluce en un desigual trato respecto de idéntico objeto a acusación y defensa). Cumple recordar aquí que con arreglo a la jurisprudencia del TEDH, y desde la perspectiva del

principio de igualdad de armas (STDH CB c. Austria, de 4 de abril de 2013), "si el tribunal decide que es necesario que un perito examine el asunto (como en el presente asunto), la defensa debe tener la oportunidad de hacer preguntas a los peritos, impugnar sus declaraciones e interrogarlos directamente durante el proceso." (Cfr. también Stoimenov contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia , núm. 17995/02, párrafos 38 y siguientes, 5 de abril de 2007

8.- La justificación "retrospectiva" de la aparente falta de imparcialidad en Sentencia.

El cuadro anteriormente expuesto dibuja una fuerte presunción de parcialidad ex ante en el Tribunal. Y acaso la mejor prueba de esto es la propia Sentencia y el extenso tratamiento que dedica, sin que se lo pidieran las partes, a "justificar" su imparcialidad. Tal incongruencia *extrapetitur* pone de manifiesto que también para la propia Sala la actuación de la Presidenta merecía explicación. Pero la imparcialidad no conoce más explicación que la que ofrece, con su actuación, el propio Tribunal en el acto del juicio. La apariencia de imparcialidad ha de brillar en el plenario mismo, y no en Sentencia, donde por definición el Juez deja de ser imparcial cuando tras la valoración de toda la prueba, y una vez hecho uso de la última palabra por parte del acusado, ha formado ya su convicción en favor de una de las dos tesis en pugna. Pero por decirlo en palabras de la doctrina, el contexto de la "argumentación" de la verdad procesalmente afirmada no sana vicios en el contexto del "descubrimiento": la corrección jurídico-formal de la valoración probatoria carece ya de validez por haber sido realizada sin atender a los estándares de imparcialidad objetiva constitucionalmente admisibles con carácter previo.

Pero la lectura del abultado tratamiento que la sentencia dedica a justificar su imparcialidad, no sólo no resulta llamativo, sino que está en perfecta sintonía con el tono inquisitivo, agrio y conminador que presidió su intervención en la práctica de la prueba.

En efecto, la sentencia dedica un apartado específico al «COMPORTAMIENTO PROCESAL DURANTE EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL REFERIDA A LA INICIATIVA PROBATORIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 729 DE LA LEY CRIMINAL E IMPARCIALIDAD OBJETIVA» (págs. 228 a 239).

En cuanto a la actuación de los testigos y peritos propuestos por las defensas, la Sala sentenciadora se refiere a ellos como personas que han actuado con «visos de mala fe procesal concomitantes a su torticera actuación» (pág. 229), «despreciando sus obligaciones para con la Administración de Justicia» (pág. 230); aludiendo a algunos de ellos como «los menos infieles a la verdad» (pág. 231); empleando expresiones peyorativas como «incesante cantinela» (pág. 232) para referirse a las declaraciones de no recordar o no entender reiteradas por un determinado testigo; acusándolos de ofrecer «respuestas pueriles... cuando no esperpénticas o extravagantes» (pág. 232). A algunos de ellos, llega incluso a atribuirle intención maliciosa en sus declaraciones, diciendo que «intentó confundir al Tribunal» (pág. 325), o se mofa de ellos indicando que le parece ilustrativo y, por tanto, asume, el apodo de «DOCTOR NO» que emplearon las acusaciones para referirse a su testimonio (pág. 232).

La Sentencia acaba pues confirmando lo que ex ante resultaba manifiesto: su disgusto con los testigos o peritos que no avalaron las tesis acusatorias. Disgusto que sólo podría explicarse, entonces, desde un previo convencimiento de culpabilidad. Las facultades del Presidente han de ponerse al servicio del fin constitucional que les es propio, huyendo de cualquier gesto susceptible de ser interpretado como expresión de credulidad o incredulidad respecto de las respuestas del testigo o del perito. Menos aún tratando de modificar su declaración. Por eso se les llamó la atención, por eso se les conminó, por eso se les sometió a pericial médica, por eso se les interrogó exhaustivamente. Luego la misma Sala confirma en su sentencia, a posteriori, la percepción que cualquier espectador objetivo pudo ya tener durante las sesiones del juicio. La Sala tomó evidentemente partido por una tesis y por ello trató de que los testigos y peritos reconociesen lo que para ella resultaba "obvio". Y por eso dice la sentencia impugnada, que el Tribunal se «vio forzado» a intervenir, y «a llamar la atención a determinados testigos». Y por ello también, molesta la Sala *a quo* con que no consiguió, a pesar de «verse obligada» a intervenir, que los testigos y peritos declararan las únicas respuestas que para la Sala eran obvias, es por lo que la sentencia impugnada

culmina el proceso conminatorio iniciado en el juicio, con la deducción de testimonio contra dos de ellos (pág. 239); testigo y perito, respectivamente, a quienes la Sala, haciendo un uso abusivo de una pretendida facultad aclaratoria, no había conseguido arrancar las respuestas sobre lo que para la Sala ya entonces «era obvio» que debía constituir la única respuesta posible de los testigos y peritos.

Que la Sentencia acoja con alegría la voz “taxonomía” o “clasificación de especímenes” (pág. 238) para referirse a ciudadanos testigos no parece concepto adecuado en un Estado de Derecho que tiene la dignidad del hombre como principio configurador. Podrá gustar a un lenguaje periodístico al uso, pero dista de ser el lenguaje del juez imparcial que quiere para sí el Estado de Derecho.

Que las acusaciones se mofen del testigo y la Sala lo asuma, indicando que le parece un «ilustrativo apodo» resulta de todo punto inadmisibile. Como lo es que la Sala *a quo* se viera «obligada a intervenir», según sus propias expresiones, ante la falta de memoria de diversos testigos sobre hechos de hace entre diez y veinte años, con la pretendida excusa de ejercer funciones aclaratorias ante respuestas de «no recuerdo» o «no lo sé», que resultan meridiana y palmariamente inequívocas y, por ende, no necesitadas de aclaración alguna. Y todo ello porque, como bien reconoce la sentencia impugnada, con estas expresiones «se ha pretendido negar aquello que en ocasiones era obvio», por lo que la Sala intentó infructuosamente que modificaran el sentido (claro) de sus declaraciones para adecuarlo a lo que al Tribunal le parecía que «era obvio» y que, por tanto, debía constituir la única respuesta posible. Y llegando al punto de «requerirles para ser médicamente reconocidos en orden a comprobar la realidad y veracidad de tales aseveraciones» (pág. 231), como si algún médico pudiera certificar si es cierto o falso si un testigo se acuerda o no en 2011 sobre hechos realizados entre 1991 y 1999, entre 12 y 20 años antes.

9.- Desde luego, la índole de los interrogatorios practicados patentiza designio de orientar el sentido de las respuestas: avalar la tesis acusatoria, forzando las cosas al extremo de someter al olvidadizo a pericial médica o descalificando, como hemos visto, al que sostenía tesis contrarias. No parece haberlo entendido así, incomprensiblemente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de Casación, que se centra individualmente en algunos de los interrogatorios señalados en nuestro recurso, omitiendo otros, y

sustancialmente *orillando la cuestión relativa a las periciales médicas sobre memoria* como instrumento de presión. Pero son demasiadas, cualitativa y cuantitativamente hablando las extralimitaciones del Tribunal en las discretas facultades que otorgan los arts. 708 párrafo segundo y 729.2 Lecrim, como para prescindir del conjunto. Este justifica, creemos, sobradamente las sospechas de parcialidad, para cualquier espectador objetivo.

Desde luego, algunos argumentos ofrecidos por la Sentencia del Tribunal de Casación para negar la alegada infracción merecen respuesta. En primer lugar, el relativo -aunque no determinante- a la extensión de los interrogatorios, comparado con la duración total del proceso. En segundo lugar, el dato relativo a que sólo ofreciésemos muestras de interrogatorio respecto de testigos y peritos, no respecto de los acusados. En tercer y último lugar que la queja de parcialidad sólo fue articulada por esta representación procesal y la del Sr. Núñez Clemente, no por el resto de condenados, pese a que se adhirieron posteriormente al recurso en este punto. Estos tres argumentos de rechazo resultan insostenibles, se olvidan que, como el mismo Tribunal reconoce, se ventilaron en un solo procedimiento tres objetos procesales distintos en un uso torpe e indebido de la conexidad procesal. Por eso mismo estimó que la duración de la causa activaba la atenuante de dilaciones indebidas, rechazada por la Sentencia de instancia. Se trata de tres piezas (Ibusa; Kepro; Núñez y Navarro) por agregación de hechos distintos, con acusados sólo en parte coincidentes en algunos casos. Resulta así impropio efectuar una comparación en términos de cuánto duraron los interrogatorios en el caso de testigos o peritos que no avalaron las tesis acusatorias en relación con la pieza Núñez y Navarro *con el resto*, que nada tienen que ver. Porque lo relevante es que *aquellos peritos y testigos que resultaban inaprovechables a las tesis acusatorias en esta concreta pieza resultaron ampliamente interrogados*. Por ello mismo, apelar a que el Tribunal disciplinó también a la acusación en el interrogatorio del Sr. Huguet, como indicador de imparcialidad en relación con nuestro representado, constituye una nueva falacia de composición³. El Sr. Huguet es ajeno a la pieza Núñez y Navarro y no estaba

³ En la misma línea, de confusión de unas piezas y otras, resulta muy reveladora denunciada parcialidad resulta la confusión que manifiesta la sentencia en relación con nuestro representado, a quien relaciona con testigos que nada tienen que ver con esta concreta pieza, sobre los que hacen sorna: Así (pág. 231 de la Sentencia) desdora al testigo Sr. Rodés Roca por no haber “*querido analizar un informe suyo de hace años ... alegando presbicia*”, para posteriormente, al valorar específicamente la prueba de Núñez y Navarro, atribuir ese ardid al citado testigo en relación a documental de esa pieza. Nada más lejos, como es de ver en el Acta de Juicio Oral de 19 de noviembre de 2009, el citado testigo, profusamente

acusado por los hechos objeto de ésta. Desde luego es perfectamente posible que el Tribunal haya sido imparcial en relación con unos acusados y parcial en relación con los de otra pieza por hechos distintos, luego agregados. Y este ha sido el caso. La extensión, en consecuencia será más o menos neutral, pero desde luego, en el estricto marco comparativo de la pieza Nuñez Navarro (que no en otras), constituye también un potente indicador de la vulneración del derecho objeto de esta queja.

Conforme a lo expuesto, y ante la radical vulneración del enunciado derecho fundamental a ser enjuiciado por un Tribunal imparcial con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a ser enjuiciado por un Tribunal imparcial c) declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que el recurrente sea repuesto en su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, lo que exige que otro Tribunal, compuesto por otros Magistrados diferentes a los que dictaron la sentencia que ahora se anula, celebren nueva vista, con práctica de toda la prueba, y dicten nueva sentencia.

SEGUNDA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24. 2 CE).

Extracto de la queja

El derecho invocado comprende, según la Jurisprudencia de este Tribunal, no sólo el derecho a que las pruebas pertinentes sean *admitidas* por el Juez o Tribunal, sin

interrogado por el Ministerio Fiscal y resto de partes comparecidas, se le interrogó solo y exclusivamente en relación al Grupo Kepro.

desconocer ni obstaculizar el derecho "e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva". También comprende el derecho efectiva a la efectiva *ejecución* de los medios de prueba admitidos (STC 59/1991, de 14 de marzo). La prueba no sólo pertinente y necesaria, sino *admitida* por el mismo Tribunal, debe ser *materialmente* practicada, sin desplegar una irrazonable y arbitraria obstaculización por parte de aquél que equivalga *materialmente* a su inejecución. Por la Presidencia del Tribunal, patente exceso de las facultadas ex art. 709 Lecrim, se impidió a la defensa de D. José Luís Núñez Navarro interrogar al testigo-perito D. Pedro Castro Merlos, Inspector de Finanzas del Estado, que había ostentado funciones de auxilio judicial y condición de perito desde las Diligencias Informativas de la Fiscalía Anticorrupción, en la Pieza Principal abordando trabajos atinentes al Grupo Núñez Navarro, y específicamente, en la Pieza Núñez Navarro. Pese a que no suscribió (firmó) el Informe pericial de 26 de noviembre de 2002, por renuncia sin excusa fundada en esa misma fecha, fue citado al plenario como *perito-testigo por la defensa* y así acordado por Autos de admisión de prueba. Sin embargo, se cercenó toda posibilidad de interrogarle y conocer eventual posición del perito frente al resultado final del informe de los coperitos, lo que habría de tener, en términos de aptitud y adecuación, manifiesta incidencia en la causa y resultado final como luego se dirá.

DESARROLLO DE LA QUEJA

1.- Por Auto de 6 de febrero de 2009, aclarado por Auto de 26 de febrero del mismo año, se admitió por el Tribunal prueba consistente en declaración testifical de D. Pedro Castro Merlos, Inspector de Tributos, propuesta por la defensa de D. Salvador Sánchez Guiu en su escrito de calificación provisional, y por esta representación procesal de D. José Luís Núñez Navarro, en su escrito de calificación provisional de 10 de septiembre de 2008, en el que, bajo III.2 (página 21) se interesaba “pericial-testifical de D. Pedro Castro Merlos, Inspector de Hacienda del Estado, nombrado perito judicial

en la Pieza Separada Núñez Navarro (folio 3.314 del Tomo 11)”. La prueba, en definitiva, quedó peticionada por cauces formales y admitida en los calendados autos de la Sala.

2.- Pese a todo, esta defensa no pudo practicarla, dada la negativa de la Presidenta del Tribunal a contestar a las preguntas e interrogatorio de esta defensa, con declaración reiterada y luego global de impertinencia. Esta parte proponente que intentó infructuosamente el interrogatorio, realizó las correspondientes protestas ex arts. 709 y 721 Lecrim, a cuyo fin nos remitimos al acta de juicio oral, en su sesión de 19 de abril de 2010, y el correlativo CD tenido por acta ex art. 743 Lecrim, sin perjuicio de extractar luego dicha intervención.

3.- Interesa ahora reseñar la doble naturaleza de *testifical/pericial* con el que fue propuesta y admitida la prueba, extremo que dio lugar durante el desarrollo del plenario a un primer debate de pura ordenación material atinente al tiempo en que debía ser practicada a fin de evitar *dos comparencias en días distintos del Inspector citado*, en tanto que el dicho Inspector Sr. Castro Merlos ostentaba también la condición de perito en la llamada Pieza Ibusa, a la que no había renunciado, habiendo sido citado también, como dijimos, por la defensa de D. Salvador Sánchez Guiu, en calidad de testigo, y por la defensa de D. José Luís Núñez Navarro, en calidad de testigo-perito, ambas para la Pieza Grupo Núñez Navarro.

Cumple recordar que esa naturaleza mixta testigo-perito, de creación jurisprudencial, goza de previsión expresa en el art. 370.4 LEC y ha sido contemplada y admitida en nuestro ámbito jurisdiccional penal por la Sala Segunda (por todas, STS de 3 de enero de 2003, FJ 3º).

Así en la sesión de 8 de enero de 2010, tiempo en que aun se estaban practicando testificales, se plantea la incomodidad de la doble comparencia y por la Presidencia del Tribunal, planificando sesiones, se afirma: “*Este Tribunal considera que no puede comparecer dos veces, una como testigo y otra como perito*” (minuto 1.45 de la referida sesión). Ulteriormente, interviene el Ministerio Fiscal que recuerda: “*El Sr. Pedro Castro Merlos es perito hasta el final en la Pieza Ibusa, pero que provisionalmente, al principio, perito también en la Pieza Núñez Navarro, judicialmente designado. Creo*

que debe ser una circunstancia también valorada” (min. 4.14). Ulteriormente, la defensa de mi mandante recuerda que “*no es forzar mucho las cosas admitir esa doble condición que viene admitiendo esta Sala, todos los Tribunales y el Tribunal Supremo*” (recuérdese que fue propuesto y admitido bajo esa doble condición), recibíéndose un “*sí*” por respuesta de la Presidencia (min. 5.10 a 5.29). Continúa el debate en torno duda la Abogacía del Estado de la condición pericial, y zanja la Presidencia afirmando que se han admitido las pruebas con un criterio amplio, pero que en todo caso “*está admitido como perito*” (min. 7.51).

3.- Aclarada la naturaleza de la prueba admitida, es menester destacar los antecedentes procesales del Inspector D. Pedro Castro Merlos, porque evidencian *su relación con la causa*, y significadamente, el interés y vinculación de cuanto pudiera expresar en torno al “*thema decidendi*”, a saber, la práctica interpretativa de la Delegación de Hacienda de Catalunya y sus Inspectores acerca de *las llamadas operaciones vinculadas y la asimetría fiscal por razón de la aplicación de los principios de caja y devengo, y la figura de la exención por reinversión en las operaciones vinculadas*. Pues sobre el supuesto deber de regularizar dichas operaciones se construye en lo fáctico el carácter ilícito de las inspecciones tributarias objeto de Autos, al inferirse de esa omisa regularización falta de inspección exhaustiva, lo que conformará el delito de cohecho. Por ello cabe señalar que la escueta respuesta dada por la Sentencia de Casación a esta vulneración resulta incomprensible. En efecto, tras afirmar que no ve utilidad en las preguntas que trataran de desvelar las razones de su apartamiento del grupo, afirma que “*dado que se ha estimado el motivo que excluye la responsabilidad por el delito de falsedad al que concernía la intervención del citado testigo, la eventual infracción ha devenido intrascendente*”. Nada más lejos de la realidad, subsistiendo condena por cohecho propio cuyo objeto, se dice, son ahora inspecciones no exhaustivas e innominado pedido de no se sabe qué información.

Aclarada la subsistente relevancia del *thema decidendi*, volvamos a los antecedentes referidos: debe destacarse que D. Pedro Castro Merlos participaba ya como perito de auxilio de la investigación en fase de Diligencias Informativas de la Fiscalía Anticorrupción (*verbi gratia*, fs. 1166 a 1181 del Tomo 4 de las Diligencias Informativas, aquél remitió informe preliminar patrimonial sobre D. Manuel Abella; fs. 1271 a 1279, también remitió nuevo informe sobre las averiguaciones patrimoniales a

Abella, etc.). En efecto, por providencia de 16 de marzo de 2000 se designa a él y a otros “como peritos” para el conjunto de las actuaciones (folio 1540 del Tomo 6 de la Pieza Principal).

Bajo tal nombramiento, interesó contabilidad de sociedades del Grupo Núñez Navarro (folio 238 del Tomo 1 de la Pieza Núñez Navarro); acopió cuentas de sociedades del Grupo Núñez Navarro (877 a 878 del Tomo 3 de la Pieza Núñez Navarro); selecciona documentación intervenida en la sede de Núñez Navarro y la aporta para el interrogatorio de los imputados Abella y Sánchez Guiu (folio 1219 del Tomo 5 de la Pieza Núñez Navarro); acopia y aporta certificaciones registrales (folio 2035 del Tomo 7 de la Pieza Núñez Navarro y folio 2241 del Tomo 8 de la Pieza Núñez Navarro); comparece a 2 de mayo de 2002 e impulsa del Juzgado se recaben inscripciones registrales de distintas sociedades Núñez Navarro y el expediente tributario de la sociedad del Grupo Cofinu, tramitado por la actuario Belén Soler (expediente de devolución Impuesto de Sociedades, ejercicios 1995 y 1996).

A 30 de abril de 2001 (folios 1-103 del Tomo 1 de la Pieza Núñez Navarro), junto a D^a Fuensanta López Sánchez, D. Víctor Morena Roy y D. Jesús Moyano Benito, en cumplimiento de mandato recibido por Auto de 28 de septiembre de 2000 (folios 4342 y ss. del Tomo 15 de la Pieza Principal), dan cuenta al Juzgado de un conjunto de extremos que infieren de la documentación judicialmente acopiada e interesan determinados accesos documentales y emite, junto con el resto de peritos, un primer “Informe” atinente al Grupo Núñez y Navarro (folios 6 a 103 del mismo tomo y pieza) (primer informe de la pericial judicial).

Por Auto de 15 de junio de 2002 (folio 3314 del tomo 11 Pieza Núñez Navarro) es nombrado más específicamente como perito judicial respecto de las entidades pertenecientes al Grupo Núñez Navarro, junto los citados López Sánchez, Morena Roy y Moyano Benito, nombramiento que consta aceptado en comparecencia de 21 de junio de 2002 (folio 3437 del Tomo 12 de la Pieza Núñez Navarro).

Esos cuatro peritos, singularmente designados para la Pieza Separada Núñez Navarro, trabajan en la pericia conjunta judicialmente ordenada durante 5 meses, y venían trabajando también en esa Pieza conjuntamente desde al menos el año 2000.

Sin embargo, a 26 de noviembre de 2002 se produce un hecho que debe ser focalizado, a saber, comparece D. Pedro Castro Merlos que manifiesta que “por razones personales renuncia al cargo de perito para el que ha sido designado en la presente pieza separada y relativa a Núñez Navarro” (folio 3879 del tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro), lo que da lugar a que en esa misma, 26 de noviembre de 2002, se dicte providencia en que “se le tiene por renunciado al cargo de perito para el que fue designado en la presente pieza separada, y sin perjuicio de que pueda ser citado al objeto de hacer alguna aclaración al dictamen a emitir por los restantes peritos, dada la intervención que haya podido tener en el mismo” (folio 3980 del Tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro) (en línea con esa invitación, esta parte lo propuso y así fue acordado para el Plenario).

Con secuencia inmediata y con idéntica fecha de 26 de noviembre de 2002, se produce la comparecencia de los peritos D^a Fuensanta López Sánchez, Víctor Morena Roy y Jesús Moyano Benito y se hace entrega del informe pericial encargado que es unido por Providencia de la misma fecha (folio 3982 del tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro).

De modo que D. Pedro Castro Merlos, tras trabajar dos años y medio muy activamente en la Pieza Núñez Navarro, renuncia el mismo día en que el dictamen es presentado, y debe significarse que esa renuncia no se produce por una causa exteriorizada y concreta. Tampoco se produce por enfermedad o incapacidad sobrevenida. Muy al contrario, *continúa como perito en otras piezas* y así, pocos días después, a 20 de diciembre de 2002, junto al perito D. Diego Artacho Martín-Lagos, presentó informe referido a las inspecciones llevadas a cabo por D. Álvaro Pernas Barro de las sociedades Tenob/Urbanizaciones y Transportes/Inmobiliaria Ramis (folio 13901 del tomo 49 de la Pieza Principal), y en esa misma fecha, también aportó el informe relativo al Grupo Ibusa, que ratificó en fecha 23/2/2003 (folios 2648 de la Pieza Separada Ibusa), y que sometió ulteriormente a la inmediatez y contradicción del Plenario.

La renuncia sin expresar ni justificar excusa fundada pugna con la obligatoriedad misma del régimen legal del encargo pericial previsto en los art. 462 y 463 Lecrim que

establecen prohibición a negativa a acudir al llamamiento de servicio pericial y responsabilidad a quien lo haga sin excusa fundada. Por tal razón, cuando el Juzgado tiene al Sr. Castro Merlos por renunciado, enfatiza en su providencia de 26 de noviembre de 2002 advertencia a cuyo tenor, pese a tal renuncia, podrá ser citado a fin de someterse a la ratificación y contradicción “dada la intervención que haya podido tener en el mismo”. En línea con esa disposición legal y judicial, la representación procesal de D. José Luís Núñez Navarro lo propuso como prueba para el plenario, y la Sala lo acordó en sus Autos de 6 y 26 de febrero de 2009. No se alcanza a entender como luego en la ejecución de la prueba se produce la más radical e impeditiva determinación judicial de prohibir el desarrollo del derecho a ejecución de la prueba acordada.

Su constante dedicación durante dos años y medio a la Pieza Núñez Navarro de la que dan fe múltiples comparecencia impulsando acopios probatorios y haciendo entrega de otros acopiados por la AEAT, y *lo insólito que supone abandonar una pericia que prima facie estaba llamada a suscribir junto a otros tres funcionarios justo el mismo día en que ésta es aportada al Juzgado, hacen pensar y presagiar fundada y legítimamente* que el perito podía *discrepar* de la tesis mantenida, máxime si se recuerda que es él el único que, en el acopio y diligencias que impulsa, abunda en una línea de extraordinaria relevancia para la tesis del descargo, a saber, las tesis jurídico-tributarias que otros inspectores habían mantenido en los expedientes de devolución de IVA y Sociedades (véase “ut supra” lo que interesa acopie el Juzgado entorno a Cofinu respecto a Impuesto de Sociedades de los ejercicios 1995 y 1996 –actuario Belén Soler-, entidad y ejercicio también comprobado por Abella con idéntico resultado a la Sra. Soler).

Desde una elemental perspectiva del derecho de defensa, pero también de un procedimiento criminal que aspira a la averiguación de la verdad material, la insólita deserción de D. Pedro Castro Merlos merece de puntual y escrupulosa indagación, a fin de conocer su personal parecer sobre el *objeto* de su trabajo pericial durante dos años y medio largos, máxime cuando no se trata de una pericial que aborda no solo aspectos de pura interpretación jurídico-tributaria (cual al uso y con gran tolerancia se admite realicen los Inspectores de Hacienda en pericias en Derecho, ciertamente impropias), sino que alzaprima su valor pericial en lo concerniente a la práctica inspectora de la

época, a las pautas interpretativas generalmente admitidas por los actuarios e implementadas y patrocinadas por sus superiores jerárquicos, referido a la profundidad en la indagación de las inspecciones de la época y su ajuste o no a parámetros medios de dedicación y diligencia. Que su parecer sobre el objeto del encargo al que finalmente renunció coincida con la pericia no significa que se trate de "prueba sobre la prueba" de la pericial. Sino prueba sobre el objeto mismo del proceso. No se le preguntó sobre "el medio probatorio", ni sobre el origen del conocimiento de los peritos. Se trataba de preguntar sobre los criterios sustentados, esto es, el objeto de la pericia misma. Como luego diremos, la declaración de impertinencia de las preguntas es palmaria, pues con este argumento, cualquier otra pericial de defensa que tratase de desvirtuar la propuesta por la acusación podría ser tachada de indebida "prueba sobre la prueba" al coincidir en su objeto.

Esa opinión pericial ostentaba pues esencial interés en tanto se trataba del único perito *sobre el no que recaía sombra de parcialidad* (no había sido nunca Actuario ni Adjunto al Inspector Regional en las actuaciones inspectoras que, con posterioridad a la incoación de la causa, se impulsaron con profusión por el ulterior Inspector Regional Jefe D. Ángel Cenxual, que modificó los criterios de la exención por reinversión, y ordenó un sinfín de actuaciones en el Grupo Núñez Navarro, de los que fueron Adjuntos y coordinadores, D^a Fuensanta López y D. Jesús Moyano, ni tenía dependencia orgánica y funcional respecto de la Fiscalía Anticorrupción, como acontece en el perito D. Víctor Morena -extremos éstos que se abordará en específica queja-. La utilidad de esa presagiada opinión pericial discrepante queda subrayada si recordamos las empalagosas loas que los peritos de AEAT merecen para la Sentencia, y la más radical censura (invocado razones por demás erradas, como veremos en queja aparte) que mereció el perito de esta defensa D. Jorge Sarró Riu.

4.- Expuestos los antecedentes que justifican la pertinencia de la prueba propuesta, y su carácter esencial, expondremos ahora los hechos en que se vivifica la *inejecución material de la prueba*, al impedirse el interrogatorio con inadecuada declaración reiterada de impertinencia.

Así, en la sesión de 19 de abril de 2010, a cuya acta a estos efectos nos remitimos, con inclusión de su CD tenido como acta con garantía de autenticidad e

integridad, ex art. 743 Lecrim, comparece el perito D. Pedro Castro Merlos y de modo congruo a la naturaleza con que fue acordada la prueba, la Presidenta, para tomarle juramento, le manifiesta: “comparece como testigo-perito, pero principalmente, como testigo” (min. 2.39).

Tras ser interrogado por la Presidencia por su relación con los acusados, se da comienzo por la defensa de D. José Luís Núñez Navarro a su interrogatorio (min. 5.33), que solo tuvo ocasión de preguntar si fue nombrado perito para la Pieza Núñez Navarro, y si aceptó el cargo, obteniendo en ambos casos respuesta afirmativa. Cuando trató de preguntar el letrado (minuto 6.05) acerca de si realizó una comparecencia ante el Juzgado (se pretendía preguntar, obviamente, por la comparecencia de renuncia de 26 de noviembre de 2002), se observa como la Presidencia interrumpe la formulación completa del enunciado de la pregunta, y realiza inopinada (minuto 6.08) advertencia de que “las preguntas son en relación con el objeto procedimental, no en relación con la prueba practicada” (sic e incomprensible en su significado para el entender de esta parte en tanto la prueba va referida al objeto). Cuando a minuto 6.38 se pregunta si en la fecha de entrega del trabajo pericial en la Pieza Núñez Navarro, si ese mismo día renunció, se vuelve a declarar improcedente, acaso de un modo razonable pues, así consta en las Diligencias Sumariales bajo fe público, aun cuando, es obvio, la pregunta era preambular a las siguientes que se desarrollaron del siguiente modo:

Min. 7.10 Letrado Ud. estuvo trabajando en esta pericia?

Min.7.20 Presidenta. Improcedente.

Min.7.21 Letrado. Protesto por ésta y la anterior.

Min.7.30 Letrado. Por qué renunció?

Min.7.38 Presidenta. Improcedente.

Min.7.40 Letrado. Protesto.

Min.7.41 Presidenta. Se le requiere al letrado para que pregunte sobre cosas que tengan que ver con el objeto procedimental no con la prueba practicada.

Min.7.53 Letrado. La testifical que proponíamos iba en dirección a conocer porque entendíamos que para el thema decidendi tiene importancia el conocer que un perito que ha impulsado hasta 16 diligencias instructorias, ha aceptado, ha ido trabajando unos años en el objeto de la pericia, y el mismo día renuncia.

*Min.8.17 **Presidenta.** Sr. Letrado se estima por este Tribunal que el objeto del procedimiento es el objeto del procedimiento, si el testigo o el perito hubiera querido manifestar por qué renunció, lo hubiera podido hacer constar en su renuncia. Si no lo ha hecho constar, no hay ningún motivo. Además se le recuerda que la recusación de peritos es un tema solventado por este Tribunal.*

*Min.8.39 **Letrado.** Sería lo contrario a la recusación. Es conocer por qué se fue, no le quiero recusar.*

*Min.8.44 **Presidenta.** No la recusación de los otros peritos.*

*Min.8.50 **Presidenta.** O pregunta sobre el objeto procedimiento o no hay preguntas. No estamos aquí para hacer prueba sobre prueba. Esto no es un 729. No se admiten preguntas salvo que tenga que ver con el objeto procedimiento.*

*Min.9. **Letrado.** Mi vocación es preguntar sobre el objeto del procedimiento.*

*Min.9.09 **Presidenta.** Primero, **este Sr. no es perito.** En segundo lugar, la relación del señor con una pieza en la que ya no es perito, no interesa a este Tribunal. En tercer lugar, si el letrado hubiera conocido de alguna irregularidad, lo hubiera tenido que hacer constar ante el Juez Instructor, en el escrito de defensa, incluso, por medio de denuncia o querrela. Estamos aquí para ver lo que este Sr. puede manifestar en relación con inversiones, con las operaciones sobre las que se formula acusación. No en relación con lo que le dijeron los peritos o le dejaron de decir. No en relación a lo que él piensa o no piensa. No interesa a este Tribunal a efectos probatorios por qué este Sr. decidió abandonar esta pericia.*

*Min.10.10 **Presidenta.** Cíñase por favor a las instrucciones de este Tribunal.*

*Min.10.12 **Letrado.** Con la venia,*

*Min.10.17 **Presidenta** Alegue ud. en el escrito que en su caso procediera (casación o amparo), pero aquí no proteste*

*Min.10.30 **Letrado.** Protesto en orden a justificar la pertinencia.*

*Min.10.34 **Presidenta.** No Sr. letrado no se justifica ni la pertinencia ni la **impertinencia** Objetivamente es impertinente la pregunta.*

*Min.10.45. **Letrado** Sobre el objeto del proceso me voy a referir.*

*Min.11. **Presidenta.** Se le requiere que se ciña al objeto del proceso. No es ud. un letrado nuevo.*

*Min.11.10 **Letrado.** Por qué ud. renunció?*

*Min.11.11 **Presidenta.** Se declara improcedente.*

***Letrado.** Protesto.*

Presidenta. *Si sigue en esa vía, se le van a inadmitir las preguntas.*

Min.11.23 Letrado. *Si discrepaba ud. del contenido final...*

Min. Presidenta. *Improcedente.*

Letrado. *No he terminado de formular...*

Presidenta. *Ese tipo de pregunta no se admite. Se le está requiriendo para que ajuste las preguntas al objeto del proceso. Está haciendo preguntas subrepticamente y con mala fe procesal. Se le ha dicho claramente, el objeto del proceso, no hacer prueba sobre prueba de los peritos con la finalidad de avalar la futura recusación que ya ha sido desestimada por la Sala en vía de apelación y como cuestión previa.*

Min.12.04 Letrado. *Si participó activamente...*

Presidenta. *Improcedente.*

Letrado. *No he terminado, para poder protestar tendré que acabar de formular...*

Min.12.10 Presidenta. *No se le va a admitir protesta ni se le va a consignar en acta. Está en la grabación. Si ud. sigue efectuando preguntas que no tienen relación con el objeto del proceso, se le va a retirar la palabra.*

Min.12.29 Letrado. *con la venia SS^a, la lógica de las cosas para que se vertebre...*

Presidenta. *Pregunte y la lógica la hace ud. en su casa en los escritos de alegación que tenga que hacer en su momento.*

Min.12.29 Letrado. *Si participó activamente en la Instrucción Pieza Núñez Navarro*

Min.12.48 Presidenta. *Improcedente.*

Min.12.55 Letrado. *Si participó en las dos entradas y registros y si la razón de su renuncia era por discrepar del dictamen final presentado.*

Min.13.20 Presidenta. *Improcedente. Se le llama al orden en atención al art. 553.2 LOPJ. Si sigue en esa vía se deducirá el correspondiente testimonio para proceder por no atender a la llamada al orden.*

Min.13.41 Letrado. *Si en el desempeño de la función pericial entonces aceptada y luego renunciada, juzgó ud....*

Min.14. Presidenta. *Improcedente.*

Min.14.02 Letrado. *No he terminado, como me la puede...*

Presidenta. *Improcedente tal y como la ha iniciado ud., el perito no tiene por que juzgar, no viene aquí como perito, sino como testigo.*

Min.14.12 Letrado. *Si estimó ud. imprescindible contar con la contabilidad principal, registros de iva, ... (interrupción)*

Min.14.34 Presidenta. Improcedente. Todas las preguntas que tengan que ver con la pericia practicada por este Sr. son improcedentes. Se le requiere al letrado para que no pregunte.

Min.14.53 Letrado. Protesto.

Presidenta. Muy bien. Para que no pregunte sobre el tema este, sobre la práctica de la prueba pericial por otros peritos.

Min.15. Letrado. Por qué renunció en la pieza Núñez Navarro y no en la de Ibusa

Min.15.09 Presidenta. Se ha efectuado la pregunta 3 veces.

Letrado. No

Presidenta. Sí, Sr. Letrado. No polemice con este Tribunal. Sr. letrado no he terminado de hablar. Es la tercera vez que le pregunta a este Sr. por qué renunció y en este acto (15.30) se acuerda abrirle una diligencia por el art. 553.2 LOPJ por no haber obedecido reiteradamente a las indicaciones de esta Presidenta, puesto que es la tercera vez que hace la misma pregunta, denegada en varias ocasiones.

Min.16 Letrado. Por qué no renunció a la pericial Ibusa

Presidenta. Improcedente.

Letrado. Protesto.

Por decisión de la Presidencia, producida *in voce* al inicio del Plenario, al acta de Juicio Oral de soporte CD, garantizada y averada por Secretario Judicial ex art. 743.1 y 2 Lecrim, se añadía una acta escrita extendida en cada sesión en los términos del numeral 4º del mismo precepto adjetivo. A la misma (acta de Juicio Oral de 19 de abril de 2010) nos remitimos. Aun cuando se desprende de la grabación que la Presidencia le da entrada como testigo-perito (minuto 2.39 Presidente: **“comparece como testigo-perito, pero principalmente como testigo”**), entrada que es congrua con la naturaleza en que fue propuesto por la defensa y admitida por la Sala en los autos de admisión de prueba, ciertamente, el acta incluye tratarse de “prueba testifical”. Se focaliza lo anterior por estricta buena fe procesal, aunque entendemos que ese nominalismo cambiante que se va produciendo en el plenario y en el desarrollo de la prueba mismo, es estéril en orden a resolver la cuestión aquí planteada desde el momento en que con tal naturaleza mixta perito-testigo fue peticionada, y judicialmente acordada.

Pues bien, de ese acta cumple destacar como solo se obtiene del declarante por respuesta que sí fue nombrado y que aceptó. A partir de esa pregunta toda tentativa de

interrogar fue declarada improcedente, constando incluso las preguntas transcritas finalizando en puntos suspensivos, en tanto no se autorizó su completa formulación. Sin embargo, sí aparece completa la pregunta de si el declarante discrepaba de la pericia suscrita y aportada por los Inspectores Sres. Morena, López y Moyano, y su declaración de impertinencia y subsiguiente protesta, y, finalmente, también aparece recogido en acta la taxativa admonición de la Presidencia a cuyo tenor “la Sala anuncia que toda las preguntas referentes a la pericia del perito se consideran impertinentes”, y la protesta del letrado y como acto seguido, se acuerda abrirle al letrado interviniente diligencias al amparo del art. 553.2 LOPJ, por no haber obedecido las indicaciones de la Presidenta del Tribunal. “Ad impossibilia” concluye la secuencia con la manifestación del letrado de no tener más preguntas que formular.

Cumple realizar breve glosa de extremos esenciales que se coligen de los soportes de sonido y escrito que dan fe de la sesión. Inequívocamente, la sesión principia dando entrada a D. Pedro Castro Merlos en la doble condición en que fue propuesta y acordada. Que fue nombrado perito para la Pieza Núñez Navarro y aceptó, junto con los Sres. Moyano, Morena y Sra. López.

A partir de este escaso bagaje obtenido de una prueba admitida, principia una radical desestimación de toda indagación acerca del parecer pericial y, en su caso, testifical de quien había trabajado a ocho manos con los peritos que sí suscribieron y presentaron el informe de 26 de noviembre de 2003. Se desestima preguntar por improcedente la razón de la renuncia producida el mismo día de la presentación del informe, tras dos años y medio de trabajo (min. 7.30 a 7.40). Indagar la razón de la renuncia producida bajo ese dato temporal tan llamativo necesariamente debe conectarse con una vocación legítima de la defensa de conocer eventuales disensiones internas del equipo pericial, eventuales discrepancias acerca de la interpretación pericial de los datos manejados, su suficiencia, su univocidad indiciaria, eventuales disensiones acerca de la diligencia que se predica ausente en la labor inspector del actuario Abella, eventuales disensiones acerca de su conocimiento cualificado de lo que era el “status quo” interpretativo y tratamiento de la problemática inspectora y jurídico-tributaria de la asimetría y exención por reinversión en operaciones vinculadas. Todas estas legítimas aspiraciones que deben encontrar plácido cauce de indagación fueron cercenadas de raíz. Del resultado de una tal línea de interrogatorio podrían resultar hechos de descargo

impeditivos o excluyentes a la tesis acusatoria. Esa tentativa ligada inequívocamente al derecho de defensa quedó cercenada.

Por toda motivación “in voce” se recibe de la Presidencia lo siguiente: “Sr. *Letrado se estima por este Tribunal que el objeto del procedimiento es el objeto del procedimiento, si el testigo o el perito hubiera querido manifestar por qué renunció, lo hubiera podido hacer constar en su renuncia. Si no lo ha hecho constar, no hay ningún motivo. Además se le recuerda que la recusación de peritos es un tema solventado por este Tribunal*” (min. 8.17). No estaba en el ámbito de intenciones de la defensa acopiar ignotos datos acerca de conocimientos del renunciante atinentes a estar sus compañeros peritos incurso en causa de recusación. La propia explicación inopinada de la Presidencia abre, acaso, otra veta también legítima en términos de un proceso de garantías, a saber, la idoneidad del resto de peritos informantes. Mas no siendo esta la intención de la defensa, y en su ingenuidad, se contesta “sería lo contrario de la recusación, es porqué se fue, no le quiero recusar” (min. 8.39), aclarando la Presidencia referirse a eventual recusación de los otros peritos (min. 8.44).

Tratando de enfilarse la defensa el núcleo de la opinión pericial principia pregunta (min. 11.23) sobre “si discrepaba ud. del contenido final...” y una vez más se produce la desestimación por impertinencia. Ulteriormente, directamente se le pregunta “si la razón de su renuncia era por discrepar del contenido final del informe presentado”, y una vez más se desestima por impertinente (min. 12.55 a 13.20), momento en que se produce la llamada al orden y judicial admonición de testimonio ex. art. 553.2 LOPJ, al confundirse reiteración con lo que era una pregunta nueva ¿Por qué no renunció a Ibusa?

En un marco de imposibilidad de ejercer con libertad la defensa confiada, se expresa por la Presidencia en primer lugar una mutación en la condición del declarante (“no viene aquí como perito sino como testigo”) siendo así que en tal doble condición fue propuesto y acordada la prueba, y una admonición que en cauce limita la ulterior tentativa de ejercitar defensa: “todas las preguntas que tengan que ver con la pericia practicada por este señor son improcedentes. Se le requiere al letrado para que no pregunte”. La dirección del debate navega sin norte: el perito, inopinadamente, deja de ser perito, y el elemental recordatorio de constreñirse el interrogatorio al objeto del

procedimiento muta en prohibición de realizar preguntas sobre la pericia, precisamente, núcleo esencial, prueba reina, del objeto del procedimiento.

Finalmente, queriéndose destacar si el perito no renunció por una causa que le impidiera física e intelectualmente ser perito, se le pregunta por qué no renunció a la pericial Ibusa, y una vez más la tentativa encuentra la declaración de impertinencia y correlativa protesta.

La taxativa afirmación del minuto 14.34 ordenando no realizar preguntas sobre la pericia practicada y *la correlativa apertura de diligencias ex art. 553.2 LOPJ* contra el letrado, hicieron imposible un interrogatorio, a nuestro entender, pertinente y útil. No se alcanza a comprender como en la moderación de unos debates, se produzca una limitación tan radical, un cercenar hasta la inanidad el ejercicio del derecho a la ejecución de la prueba admitida.

5.- No ofrece pues duda que una prueba pertinente y necesaria que ha pasado el filtro de su admisión, resulta materialmente inejecutada vía declaración inicial de procedencia, luego jalónada en una secuencia de declaraciones de “improcedente”, que hizo del todo punto imposible la satisfacción del derecho constitucional a la prueba, y en que es de destacar que, en ocasiones, el letrado ni conseguía terminar el enunciado que principiaba. La devastación del derecho que cerró el insólito episodio queda plasmado en el minuto 14.34 bajo el categórico mandato imperativo: “Improcedente. Toda las preguntas que tengan que ver con la pericia practicada por este señor, son improcedentes. Se le requiere al letrado para que no pregunte”.

Ciertamente, cuando el mandato prohibitivo mismo es *radical y absoluto*, cuando la limitación va referida a “la pericia practicada por este señor”, resulta palmario que refiriéndose a un objeto de prueba sobre el que, precisamente, la Sentencia afirma de un modo altisonante que fue la prueba reina en la Pieza Núñez Navarro, el requisito de la pertinencia no puede ser más claro. Quien trabajó en un equipo pericial durante dos años y medio, y el día de su entrega al Juzgado renuncia a firmar, y es traído al juicio como perito-testigo puede y debe ser interrogado por la defensa acerca de su parecer pericial, y si discrepaba o no del contenido final del trabajo de sus coperitos, pregunta *preambular* a la que habría de seguir un interrogatorio de concreción sobre las

razones de esa discrepancia posible, entrando en sucesivos detalles que articulan la pericia presentada a 26 de noviembre de 2002. No se alcanza a entender, insistimos, la radical censura y prohibición de interrogar al perito D. Pedro Castro Merlos, máxime cuando su competencia y saber pericial destaca la propia Sentencia, que refiriéndose a su intervención pericial en la Pieza Ibusa, subraya su “objetividad, rigor e imparcialidad” (pág. 476 de la Sentencia).

6.- Tiene dicho el TC que conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el art. 24.2 C.E., ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y *practicadas* por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva" (entre otras, STC 205/1991, de 30 de octubre)

De cuanto antecede, es palmario que esta parte respetó las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de proposición. Que la prueba fue admitida pero que no pudo ser ejecutada por patente exlimitación de las facultades del Tribunal. Una inejecución indebida en aplicación estricta de normas cuya legitimidad constitucional no se discute STC 133/2003, 30 de junio (RTC 2003, 133) , F. 3 a)]» (STC 86/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 86] , F. 3.a; en el mismo sentido también SSTC 187/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 187] , F. 3; 190/1997, de 10 de noviembre [RTC 1997, 190] , F. 2; 52/1998, de 3 de marzo [RTC 1998, 52] .

Como tiene dicho este Tribunal, en lo que se refiere a la falta de práctica de una prueba «**el efecto de la inejecución de una prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa**» (SSTC 357/1993, de 29 de noviembre) 147/1987, fundamento jurídico 3.º; 50/1988 fundamento jurídico 3.º). Y más en concreto, "**La no práctica** -se dice en las citadas SSTC- **equivale objetivamente a una inadmisión** SSTC 147/1987, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º; 50/1988, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º; ATC 161/1991). Como se ha mostrado la obstaculización radical y global del interrogatorio equivale a su "no práctica "

La inejecución resulta además imputable al órgano judicial, por declaración de impertinencia manifiestamente arbitraria o irrazonable. (SSTC 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996, 1] , F. 2, y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70] , F. 5). Con la declaración de impertinencia global de preguntas en relación con la pericia se vetaba así cualquier pregunta sobre el objeto del proceso mismo, como hemos desarrollado. Bajo la supuesta ilegitimidad de resultar improcedente la "prueba sobre la prueba" se cercena así la posibilidad de conocer el criterio discrepante del ex co-perito respecto al status quo" interpretativo y tratamiento de la problemática inspectora y jurídico-tributaria de la asimetría y exención por reinversión en operaciones vinculadas en fechas de autos sobre el que descansa la imputada inactividad inspectora (inspección no exhaustiva de riesgos fiscales)

Se trataba además de *prueba decisiva en términos de defensa* (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre [RTC 1998, 217] , F. 2; 219/1998, de 27 de enero [RTC 1998, 219] , F. 3)»: STC 190/2006, de 19 de junio (RTC 2006, 190) , F. 5; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre (RTC 2004, 165) , F. 3.b; 240/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 240) , F. 4; 152/2007, de 18 de junio (RTC 2007, 152) , F. 2

7.. Sin embargo, tal peculiaridad -su inejecución material- no impide que sea aplicable a tales supuestos la doctrina reiterada del Tribunal sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, en cuya aplicación la cuestión se centra en valorar la relevancia de la omisión de la actividad judicial respecto a aquella práctica no efectuada, "pues la mera ausencia de la práctica de una prueba admitida como pertinente no supone por sí misma la infracción del art. 24.2 CE". En efecto, conforme a esta doctrina, es menester acreditar que con la ausencia de prueba se ha producido indefensión para la parte, en la medida en que su práctica hubiese *tenido influencia decisiva para la causa*. (STC 185/2007, de 10 de septiembre [RTC 2007, 185] , F. 2)» (STC 258/2007, de 18 de diciembre [RTC 2007, 258] , F. 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero [RTC 2006, 53] , F. 4; 316/2006, de 15 de noviembre [RTC 2006, 316] , F. 3.c; 152/2007, de 18 de junio [RTC 2007, 152] , F. 2, todas ellas en relación con la prueba penal)."

Como señala el TC "Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. "

Desde luego, sobre un resultado probatorio ignoto y desconocido, al haberse cercenado *ab radice* el derecho a practicar la prueba admitida, resulta difícil efectuar tal prueba. Sobre prueba realmente practicada, la supresión mental arroja resultados seguros. Sobre la que no se practicó, tal suerte de *causalidad hipotética* resulta perfectamente inútil, al desconocerse el contenido de lo que pudo haber sido y no fue. Es obvio que el Tribunal Constitucional no puede interpretar así el requisito, pues lo haría de imposible cumplimiento, limitando el alcance del derecho a practicar prueba pertinente y *necesaria a la prueba documental* (pues ni siquiera está asegurado que un testigo no pueda cambiar el signo de la declaración previamente efectuada en sede instructora) El resultado e influencia en la causa de una prueba no practicada así interpretado de su hipotético contenido, y este resulta desconocido. Sensible a esta paradoja, el Tribunal Supremo ha resuelto esta cuestión Sentencia de 14 de abril del 2000 núm. 638/2000 (RJ 2000/8735) que casa la resolución recurrida y cuya extensa cita nos permitimos por su indiscutible eficacia para orientar la resolución de la presente queja:

"Dado que en el proceso se plantean siempre cuestiones distintas y pretensiones contrarias entre las partes con alegaciones e interpretaciones diversas, no todas avocadas al éxito final, la pertinencia se determina por su relación con los distintos planteamientos de la acusación y de la defensa, sin excluir los desestimables siempre que se hayan incorporado en términos razonables al debate por la parte que los sostenga. Quiere decirse que no por desestimarse finalmente una tesis se convierte en impertinente la actividad probatoria dirigida a demostrar los presupuestos fácticos aducidos en su apoyo, pues corresponde a la defensa elegir su propia estrategia

defensiva. Su hipotética incorrección jurídica aún no declarada en Sentencia no convierte apriorísticamente en impertinente las pruebas que la sustenten. Son así pertinentes las pruebas que tienen relación con todos los temas planteados razonablemente e incorporados al debate, aunque en definitiva no sean estimados por el Tribunal por ser jurídicamente errados. Entenderlo de otro modo extendería excesivamente el sentido de lo impertinente anticipando indebidamente el juicio valorativo sobre la tesis defensiva, sostenida con un mínimo de razonabilidad. Además, el rechazar una pregunta por impertinente no deja de ser la excepción a la regla general contraria del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en principio faculta para hacer al testigo las preguntas que las partes tengan por convenientes y consideren oportunas .

En definitiva, el ejercicio de las facultades del Presidente de un Tribunal impidiendo se conteste una pregunta dirigida a un testigo debe ejercerse con especial medida y cuidado limitándose a los supuestos en que sea verdaderamente necesario, sin mutilar o dificultar con innecesario rigor el desarrollo defensivo libremente elegido por la parte, sobre todo cuando la contestación a la pregunta que se quiere formular por considerarla básica en su estrategia de defensa no afecta ningún otro interés en juego que pueda perturbarse o afectarse con la contestación pedida al testigo. Mejor es en tales casos permitir la pregunta y valorar después la relevancia o irrelevancia jurídica del dato objeto de la pregunta, que impedir su contestación como impertinente cuando ese dato tiene relación directa con un presupuesto fáctico relevante desde la perspectiva jurídica, quizá equivocada, de la parte que legítimamente la sostiene ejerciendo libremente su derecho a la defensa, que no significa obligación de optar por la interpretación mejor dentro de las que son jurídicamente posibles” .

“No se trata ahora de dilucidar el acierto o desacierto de esa interpretación de la defensa que la Sala razonadamente desestima. Lo relevante en el ámbito del motivo planteado es constatar que la demostración de la dedicación exclusiva del acusado constituía un dato de hecho relevante en el propio planteamiento defensivo diseñado por el acusado, de modo que las pruebas dirigidas a demostrar su veracidad no eran impertinentes en cuanto tenían relación directa con un tema incorporado al debate del proceso, fuese la tesis defensiva acertada o no, porque se trataba en todo caso de un planteamiento razonable que la defensa tenía derecho a formular ante el Tribunal, practicando las pruebas necesarias y entre ellas las dirigidas a demostrar una dedicación exclusiva sobre la que la defensa –con acierto o no es ya otra cuestión–

pretendía construir la buena fe del acusado excluyente del dolo, y hasta la propia legitimidad del cobro dada la abierta posibilidad de su posterior aprobación por el Pleno con efecto retroactivo.

Lo que aquí interesa es ahora destacar que en tal caso preguntar al acusado y a los testigos cuáles eran los trabajos desempeñados por aquél en el Ayuntamiento y si desempeñaba o no sus funciones con dedicación exclusiva no era impertinente, porque era una pregunta conectada al presupuesto fáctico de un tema jurídico básico en la defensa construida por el Letrado del acusado, y que la Sala de instancia debió permitir contestar, sin perjuicio de lo que pudiera luego razonar estimando o desestimando el planteamiento interpretativo del Abogado defensor”.

Conforme a esta doctrina, se trata pues de aquilatar si la prueba intentada guarda relación con el *thema decidendi* del proceso. Sin excluir cualquier posible resultado ex ante: la hipótesis de que el Sr. Castro Merlo avalara las tesis jurídico-tributarias de esta defensa y por eso renunciase a esta pericial y no a la de otras piezas (cuya problemática era distinta) es una *posibilidad que fundaba una expectativa legítima de esta defensa*, pues de lo contrario no se comprendía su renuncia. Si la propia Sentencia recurrida, en distintos pasajes, destaca que en la Pieza Núñez y Navarro fue la pericial la “prueba reina”, la vinculación al *thema decidendi es así palmaria*. Las distintas razones o motivación aducida para la “improcedencia” (creemos entender impertinencia, pues no se está al caso de lo capcioso o sugestivo) con la moderación “in voce” de la Presidencia fueron dispares y heterogéneas (no hacer prueba sobre prueba, ceñirse al objeto del proceso siendo la pericial esencialmente medio de acercamiento al objeto de proceso, el perito deja de ser perito durante el transcurso mismo de la sesión) dificultan en este momento a la parte construir congruo contrargumentario. Un proceder que se sitúa en las antípodas de lo que exige este Tribunal, que la prueba ha de poder practicarse sin “desconocimiento ni obstáculos”, (STC 183/2002, de 14 de octubre) y en este caso el rechazo ha sido patentemente irrazonable.

Basta pues con colmar el requisito apuntando que la intervención letrada pretendía preguntar sobre el objeto de la pericia y ésta guarda relación con el *thema decidendi*.

La influencia en la causa ha de valorarse, por tanto, de acuerdo con una *perspectiva ex ante*. Que sea, no *realmente* sino "*potencialmente* trascendente para el sentido de la resolución" (STC núm. 183/2002 de 14 octubre. RTC 2002\183, fj 3). En esta línea ha señalado en alguna ocasión el mismo Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 2007 (77/2007), abordando ese último requisito funcional de conexión con el resultado del juicio, es en esta perspectiva en la que hay que poner el acento: "*lo relevante es determinar si la negativa responder privó a la defensa de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido **aptitud** para variar la decisión final*".

Desde luego, desde una perspectiva de aptitud en su entendimiento como "adecuado o acomodado para cierto fin" (DRALE), queda colmado el requisito con la prueba pretendida. Si el perito hubiere desplegado su saber pericial *en términos de razonada discrepancia* con el parecer pericial de los coperitos de cargo, posibilidad cierta, el resultado hubiese podido tener manifiesta influencia, al comprometer, desde las mismas entrañas de la pericial practicada y sin tacha de parcialidad, como dijimos, la validez de las tesis defendidas por la única prueba de cargo sobre la que descansa la inadecuación legal de las inspecciones practicadas a nuestro defendido por los funcionarios condenados, sustrato del delito de cohecho activo propio.

Entendemos pues colmado el requisito de la manifiesta influencia en la causa y del resultado del juicio.

Conforme a lo expuesto, y ante la radical vulneración del enunciado derecho a la prueba con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a practicar prueba pertinente c) declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que el recurrente sea repuesto en su derecho a proponer y practicar la prueba indebidamente cercenada.

TERCERA QUEJA DE AMPARO

Vulneración, tanto en la Sentencia de Casación, como en el Auto de inadmisión del incidente de nulidad de 23.06. 2014, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación al derecho que el órgano judicial resuelva las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vienen planteados (incongruencia omisiva), dada la falta de contestación, ni explícita ni implícita, por parte de la Sentencia de Casación, de las *pretensiones* sustanciales y autónomas vehiculadas en los motivos tercero, cuarto, y quinto de nuestro recurso de casación.

Extracto de la queja

En el incidente de nulidad planteado ante la Sala de lo Penal del Tribunal supremo, denunciaba esta representación procesal incongruencia omisiva en relación con las pretensiones vehiculadas en los siguientes motivos:

a) La pretensión de nulidad de la Sentencia de instancia con retroacción al dictado de otra que motivara en términos constitucionalmente admisibles la calificación jurídica del hecho probado, vehiculada a través del motivo tercero de nuestro recurso de casación, que fue formal y materialmente irresuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo.

b) La pretensión de nulidad de sentencia, con dictado de otra absolutoria, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia vehiculada en el **motivo cuarto** de nuestro recurso de casación, también formal y materialmente irresuelta. En dicho motivo se denunciaba infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a un derecho con todas las garantías, por carecer la prueba "reina" de la acusación practicada, esto es la pericial de los peritos de la AEAT, de la nota de imparcialidad en sus autores, siendo en suma prueba no válidamente obtenida y producida. Ni una sola línea dedica la Sentencia del Tribunal Supremo a resolver sobre la pretensión de casar y anular la sentencia de instancia, dictando otra absolutoria a que hubiese conducido la estimación de este motivo, como luego desarrollaremos.

c) La pretensión de nulidad de la sentencia por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, vehiculada en nuestro **motivo quinto** por haberse repudiado prueba pericial de esta parte sobre la base de afirmaciones radicalmente erróneas, fácilmente comprobables con los documentos señalados en nuestro motivo.

No se trata, de una *incongruentia ex silentio* referida a simples *alegaciones*. Estamos ante falta de respuesta a pretensiones *autónomas*, de contenido *sustancial* y no subordinado, que versan sobre *vulneración de derechos fundamentales* y que no han recibido respuesta alguna, expresa o tácita, cercenándose así materialmente el derecho al recurso de nuestro mandante. Tampoco del contenido conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial (tanto en la Sentencia de Casación como en el Auto inadmitiendo el incidente de nulidad), puede deducirse razonablemente que el TS haya valorado la pretensión deducida y mucho menos los motivos fundamentadores de una supuesta respuesta tácita. No son por último pretensiones subordinadas a la decisión adoptada respecto de otras también planteadas, como luego diremos, que hayan hecho innecesario el pronunciamiento sobre las omitidas (STC 87/2008, de 21 de julio , F. 5).

Por Auto de inadmisión del incidente de nulidad se rechaza dicha vulneración so pretexto de una exigencia no prevista en la ley y contraria al art. 267 LPOJ: no haber solicitado en previo escrito de aclaración la reparación de dicha incongruencia omisiva.

Desarrollo de la queja

1. La queja que a continuación se desarrolla se inscribe en los parámetros constitucionalmente exigibles para apreciar vulneración del derecho fundamental invocado. Sucintamente expuesto son estos:

a) Que los supuestos de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, «sino que hay que examinar las circunstancias que concurren en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como una desestimación tácita» . Así, entre muchas otras, (STC 128/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\128], y en la misma línea, SSTC

175/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990\175], 198/1990, de 10 de diciembre [RTC 1990\198], 88/1992, de 8 de junio [RTC 1992\88], 163/1992, de 26 de octubre [RTC 1992\163], 226/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992\226], 169/1994, de 6 de junio [RTC 1994\169], 91/1995, de 19 de junio [RTC 1995\91], 58/1996, de 4 de abril [RTC 1996\58], 26/1997, de 11 de febrero [RTC 1997\26] y 16/1998, de 26 de enero [RTC 1998\16]);

b) Doctrina que es también la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisiones en los asuntos Ruiz Torija c. España [TEDH 1994\4] e Hiro Balani c. España [TEDH 1994\5], ambas de 9 de diciembre de 1994) .

c) Pero que en todo caso, es menester distinguir entre las *alegaciones* aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas.

d) Respecto de las primeras (alegaciones), "no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" (entre otras muchas, Cfr. SSTC 58/1996 y 26/1997). No obstante, la omisión de toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes también vulnera el art. 24.1 CE. (SSTC 85/2006, de 27 de marzo , F. 5; 144/2007, de 18 de junio)

e) Pero mucho más estricta ha de ser la exigencia de congruencia respecto de las pretensiones, pues aquí es necesario, para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita» .

f) Por último, y como límite negativo, se ha apreciado que «no existe una incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que, al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza o por conexión procesal—, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquellas otras (por todas, STC 138/2007, de 4 de junio)» (STC 87/2008, de 21 de julio, F. 5).

g) En los términos anteriores no cabe discutir que el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera

congruente con los términos en que vengán planteados, y que el incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas dichas pretensiones, constituye lesión de aquel derecho fundamental (SSTC 14/1984, de 3 de febrero [RTC 1984\14], 177/1985, de 18 de diciembre [RTC 1985\177], 69/1992, de 11 de mayo [RTC 1992\69], 88/1992, 4/1994, de 17 de enero [RTC 1994\4], por todas). Todo ello no obsta a que no exista incongruencia constitucional relevante si el órgano judicial resuelve genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, no haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que resuelva las pretensiones formuladas (SSTC 14/1985, de 1 de febrero [RTC 1985\14], 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987\29], y 169/1994, de 6 de junio).

2. En todo caso, es menester subrayar aquí las peculiaridades que suscita la vulneración cuando se predica de una sentencia de casación penal. Tiene dicho este tribunal que es el *contenido* del recurso y no las pretensiones de instancia, las que determinan el deber de congruencia. Esta no comprende «ya directamente la totalidad de la delimitación fáctica y jurídica de los hechos imputados, sino la legalidad del modo en que se ha resuelto en la resolución impugnada la calificación jurídica del hecho. Dicho de otra manera, lo que se ventila en un recurso de estas características no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial"(STC 283/1993, de 27 de septiembre , F. 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, F. 3;)

En consecuencia, en este ámbito, el deber de congruencia ha de predicarse entre las "*concretas pretensiones revisoras* de las partes deducidas en el recurso y el fallo" (entre otras, STC 123/2005, de 12 de mayo) . Esto lógicamente impone restricciones al abuso de la doctrina de la estimación o desestimación tácita, apelando a una respuesta global a la pretensión punitiva.

3.- Por último y no menos importante, tiene dicho a jurisprudencia de este Excmo. Tribunal que cuando lo que se plantea es la vulneración de derechos fundamentales, " resulta de obligada observancia nuestra doctrina sobre la exigibilidad de una respuesta judicial expresa, *que no cabe sustituir por fórmulas alternativas como*

la motivación tácita ni por remisión, «y ello no tanto por la posición de subsidiariedad en que el constituyente ha situado este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), sino, sobre todo, en virtud del lugar ocupado por los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE). Al margen de ello, es claro que un resultado de incongruencia omisiva en esta materia frustra también el diseño del amparo de los derechos fundamentales previsto en el citado apartado segundo del art. 53 CE» (STC 34/1997, de 25 de febrero [RTC 1997, 34] , F. 2; en igual sentido, entre otras, SSTC 83/1998, de 20 de abril [RTC 1998, 83] , F. 3; 153/1998, de 13 de julio [RTC 1998, 153] , F. 2; 67/2000, de 13 de marzo [RTC 2000, 67] , F. 3; 53/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 53] , F. 3; 189/2001, de 24 de septiembre [RTC 2001, 189] , F. 1; 104/2002, de 6 de mayo [RTC 2002, 104] , F. 3; 236/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 236] , F. 5; 2/2004, de 14 de enero [RTC 2004, 2] , F. 4; 268/2006, de 11 de septiembre [RTC 2006, 268] , F. 2; 176/2007, de 23 de julio [RTC 2007, 176] , F. 2 y 215/2007, de 8 de octubre [RTC 2007, 215] , F. 2.b).

4.- Pues bien, este es justamente el caso que nos ocupa: falta de respuesta judicial, en casación, ante la alegada vulneración, en nuestro recurso de casación, *de derechos fundamentales*. A este ámbito circunscribimos nuestra queja de amparo, siendo que en el incidente de nulidad planteado denunciarnos, además de a las señaladas, a otras pretensiones no vinculadas a derechos fundamentales (falta de contestación a nuestros motivos decimocuarto y decimoquinto)

5.- De acuerdo con el marco constitucional anteriormente expuesto, veremos cómo la Sentencia de Casación ha orillado resolver y valorar algunas pretensiones deducidas vinculadas a la lesión de derechos fundamentales, sin que quepa localizar respuesta expresa, ni mucho menos (lo que tampoco colmaría el canon de constitucionalidad) los motivos fundamentadores de una supuesta respuesta tácita, en caso de que ésta se hubiese producido -lo que aquí se niega por las razones que veremos-.

6.- Cabe predicar en efecto incongruencia omisiva respecto de la pretensión vehiculada a través del motivo tercero de nuestro recurso de casación, que aparece formal y materialmente irresuelto. En este motivo denunciábamos, al amparo del art. 852 Lecrim, infracción de precepto constitucional, a saber, derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE) por defectuosa, cuando no inexistente, motivación de la subsunción jurídica.⁴ La Sentencia de casación despacha la cuestión (fundamento jurídico sexagésimo quinto) señalando que dicho motivo tiene el mismo contenido que el del motivo séptimo del recurso del Sr. Núñez Clemente, *remitiéndose en consecuencia al fundamento quincuagésimo noveno de la sentencia (59)* cuando manifiestamente no tiene nada que ver. En el motivo que por error se cita del Sr. Núñez Clemente se denunciaba infracción de ley por indebida aplicación del art. 390.1 y 386, para el caso de que se estimase el motivo anterior, y se hubiese aceptado que el comportamiento de los inspectores no podía ser "injusto". En nuestro motivo señalamos que no hay forma de saber *por qué clase de delito de cohecho se condenó a nuestro representado* y que la única motivación de la calificación jurídica presente en la sentencia *tiene que ver con el cohecho pasivo impropio*. En consecuencia la remisión es incorrecta y la pretensión de nulidad de la sentencia que arrostra el motivo aparece irresuelta.

Para patentizar esto, cumple reiterar aquí los datos que se pusieron de manifiesto en el incidente de nulidad

6.1. Hasta tal punto es incomprensible la calificación jurídica que hasta el Ministerio Público y el Abogado del Estado interpretaron la condena de forma distinta, como resulta meridianamente de sus escritos de impugnación a nuestro motivo:

a) Y así, El Ministerio Público, tras reconocer benévolamente que la sentencia es "poco precisa e incurre en un error calamitatis", afirmaba empero que nuestro discurso

⁴ El extracto del motivo es el que sigue: "La Sentencia condena a nuestro representado como coautor de un delito continuado de cohecho activo, sin que esta representación procesal pueda saber, empero, a qué clase modalidad de cohecho activo, de entre las existentes, se refiere y lo que es peor, conforme a qué Código penal (si el de 1973 o el de 1995) se le ha condenado. Adicionalmente, la sentencia rompe la unidad del título de imputación sobre el soborno cuando a los sobornados les condena por el delito de cohecho del art. 386 CP 1973, que constituye el precedente del artículo 420 CP previo a la reforma por LO 5/2010; esto es, aceptar dádiva por realizar acto injusto. Mientras que por la pena, parece deducirse que a nuestro representado se le ha condenado por la figura más grave de cohecho. Parece deducirse sólo, pues no se sabe qué precepto se aplica, al citarse, reiteradamente el art. 390.1.4 CP de 1973, que manifiestamente no recoge delito alguno de cohecho. Cuando se acude en auxilio a los razonamientos jurídicos, la sentencia no dedica una sola línea a desentrañar el confusionismo expuesto, pues se limita a ilustrar, en unos veintiún folios, genéricamente la historia, contenido y evolución legislativa de *todas* las modalidades de cohecho, con especial incidencia en el cohecho impropio o no corruptor; para concluir por toda referencia concreta, a que un tal Don Aurelio -que no hemos podido saber quién es- creyó que debía pagar (sic)."

era "intencionadamente sesgado porque de la sentencia *se desprende sin esfuerzo alguno que el tipo delictivo que aplica es el Art. 391 Código Penal 73 que precisamente constituye*, como explica el Tribunal "el reverso del cohecho pasivo" del Art. 386 Código Penal 73, *aunque en realidad se trata del art. 385 del Código penal....*", y que las dudas que pudiesen existir sobre si el tipo de cohecho aplicado es el art. 386 o por el contrario el art. 385, "se resuelven con la lectura de la sentencia", aun sin cita de pasaje alguno de la sentencia y menos aún del relativo a la calificación jurídica, y aunque comparta con este recurrente que la sentencia no efectúa un "análisis concreto del tipo aplicado y la concurrencia de sus elementos".

El Ministerio Público parecía colegir sin esfuerzo la condena por el artículo 391 en relación con el 385 ambos del Código penal de 1973 . Con el mismo -poco- esfuerzo con el que la Abogacía del Estado afirmaba cosa distinta, a saber, que la condena lo ha sido por el delito previsto el artículo 423 CP en relación con el artículo 419 CP de 1995 (Cfr. pág. 359 y 360 de su escrito, impugnación a los motivos 15, 16, 7 y 18 de nuestro recurso). Y hasta tal punto creyó la Abogacía que se condenaba por la más grave modalidad de cohecho que probablemente no recurrió la sentencia por eso. Pues en todo caso la pena efectivamente impuesta en la instancia a los inspectores sólo resulta imponible con arreglo a dicha calificación.

El Ministerio Público y la Abogacía del Estado han entendido pues, cosas distintas ¿No patentiza esto acaso la razón del recurrente? Sólo coinciden en la más grave forma de cohecho: ambos creen que se trata del cohecho para realizar acto constitutivo de delito. El Ministerio Público sostiene que se condena por cohecho activo del Código de 1973, eso sí, tras corregir expresamente la modalidad de cohecho pasivo *que sin excepción utiliza la sentencia, que no es otra que la del cohecho pasivo del artículo 386 CP*. Lo que en consecuencia habría de determinar la condena a nuestro patrocinado por la más benévola modalidad de cohecho activo del artículo 423 en relación con el 420 CP del Código penal de 1995, al ser indubitadamente *lex mitius*. La Abogacía del Estado, entiende sin embargo que se nos ha condenado por el artículo 423.1 CP en relación con el artículo 419 CP del Código de 1995, pese a que los "sobornados" han sido condenados por el delito penado y previsto en el artículo 386 CP de 1973, como reiteradamente se señala en Sentencia.

6.1. Las partes acusadoras discrepan pues sobre el título de condena y el Código aplicado. Cosa insólita. Pero que cualquiera puede comprender leyendo la Sentencia de instancia. El problema es que, ausente la sentencia de verdadera motivación sobre la calificación jurídica, resultaba imposible saberlo. Y así, respecto del cohecho pasivo, el Ministerio Público sostiene que se ha condenado por el art. 385 CP 1953. El Abogado del Estado por el 419 CP 1995. Y ésta Ilma. Sala, ahora, por el 386 CP 1973.

6.2 Una falta de motivación que impidió a esta representación ejercer en plenitud el derecho al recurso, al tener que impugnar cualquier posible interpretación sobre el tipo realmente aplicado, pues desconocía a qué clase de cohecho activo ha sido condenado nuestro patrocinado, y con base en qué Código penal, pues mientras que la Sentencia condena al Sr. Nuñez y Navarro por un delito de cohecho activo de los artículos "390.1.4, 74, 66.1.6 y 53 del Código Penal Texto Articulado 1973", los responsables del cohecho pasivo lo son, según se reitera sin excepción, por la modalidad *del artículo 386 del Código Penal* de 1973, precepto que constituye el precedente del artículo 420 CP previo a la reforma por LO 5/2010; esto es, aceptar dádiva por realizar acto injusto. (págs. 685 y 686, 692). Una construcción subsuntiva imposible, pues cita artículos incorrectos, mezcla preceptos del viejo y el nuevo Código y rompe la coherencia en la calificación de una u otra clase de cohecho.

6.3. Una subsunción imposible de integrar dada la inexistente motivación de la calificación jurídica, básicamente destinada al cohecho pasivo impropio. Un larguísimo ensayo genérico sobre el cohecho, en todas sus modalidades. Un auténtico corta y pega de sentencias varias, que cuando desciende a lo concreto aborda, no el hecho probado, sino la conducta de un sujeto desconocido (un tal Aurelio) de quien se dice procede condenar por cohecho *impropio* (Cfr. ilustrativamente, pág. 654 de la Sentencia de instancia)

6.4 La Sentencia cuya nulidad se postula asume, empero, en su literalidad el título de la condena en relación con el cohecho, corregidas las menciones -todas, al articulado del texto de 1995 que se sustituyen ahora por las de 1973. Hasta tal punto lo asume que acepta por endoso un precepto manifiestamente improcedente, que luego tiene que corregir en posterior Auto de aclaración . Pues en efecto, la subsunción, inexplicada, que mereció la conducta de mi patrocinado en punto al cohecho, en la

sentencia de instancia era en los "artículos 390.1.4, 74, 66.1.6 y 53 del Código Penal Texto Articulado 1973". Y ahora esta Ilma. Sala cita los artículos, una vez corregida la sentencia mediante Auto de Aclaración "386, 391, 61.1ª y 69 bis del Código Penal de 1973".

6.4. Pero se trata ésta de la interpretación acrítica de lo que acaso quiso decir la Sentencia de instancia, sin que se ofrezca razón alguna - a salvo de situarse en el CP de 1973- por las que se "interpreta" que el inexistente art. 390.1.4 CP 1973 (que inequívocamente tiene que ver con el delito de falsedad por el que se condenó, en el articulado del Código penal de 1995), tenga que "traducirse" ahora por el art. 391 en relación con el 386 CP, y no en cualquier otra modalidad de cohecho.

6.5 Mas lo que se denunciaba en nuestro motivo cuarto no es el resultado final de lo que la sentencia quiso decir , sino el hecho mismo de la inexistente justificación subsuntiva, que el Ministerio Público reconoce expresamente. Y que hubiese obligado a retraer las actuaciones al momento del dictado de la Sentencia para expresar tal motivación. Justificación ausente que impedía reconocer el tipo y el Código aplicado por el Tribunal *a quo*. Nada de esto parece merecer el menor comentario al Tribunal Supremo, que omite por completo contestar no sólo expresamente a dicha pretensión de nulidad, sino que tampoco ofrece fundamento alguno por el que procedería la desestimación tácita de la denunciada falta de motivación.

6.6. Una falta de motivación que no queda sanada en la alzada, pues también aquí debería haberse motivado la concurrencia del elemento típico "acto injusto" como objetivo de la dádiva para conformar subsunción ex art. 391 y 386 CP 1973. Ausente falsedad en las Actas, y afirmado en los numerales 10, 11, 12 del Antecedente de hecho único de la segunda sentencia *que no consta en éstas omisión de datos con relevancia tributaria*, construir tal modalidad de cohecho sobre el dato, afirmado ex novo, de que el actuario "no recabó la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes" como modo de conformar la afirmada falta de exhaustividad de la investigación, sin que se diga qué documentación era necesaria en relación con qué procedimiento, exigiría algún esfuerzo motivador. Mas éste no existe en Sentencia. Se limita a afirmar apodícticamente que la actuaciones de los funcionarios son ilícitas, lo que en consecuencia conforma el contenido de la voluntad corruptora de mi mandante: éste no ofreció dádiva para que los inspectores, por ejemplo, no objetaran las

liquidaciones que consideraba justas, sino para que realizaran precisamente actos ilícitos. Una tal alternativa merecía algo de esfuerzo motivador en la Sentencia de casación, a la vista del análisis de la normativa jurídico-tributaria en fecha de autos.

Pero por toda argumentación, se ofrece la siguiente, en el fundamento vigesimoquinto del recurso del Sr. Bergua (pág.211), uno de cuyos párrafos transcribimos:

"Tal como venimos adelantando, la parcial estimación de los recursos formulados por los acusados integrados en el denominado grupo NyN, deja sin efecto la declarada naturaleza delictiva de los comportamientos atribuidos a los funcionarios en las actuaciones inspectoras desarrolladas en relación con esas empresas. E incluso de su naturaleza de ilicitud no penal. (sin negrita ni subrayado en el original)

*Tal contenido de la decisión casacional exige que se **excluya** del hecho imputado al aquí recurrente, y en relación al delito de cohecho, la afirmación como dato probado de una **finalidad de obtención de comportamientos delictivos**, pero, como se dirá al examinar los recursos de los Srs. Navarro, no se excluye la finalidad de que el funcionario realizara comportamientos ilícitos."*

Adviértase que esta Excma. Sala afirma que la estimación de nuestro motivo deja sin efecto "incluso " **la naturaleza de ilicitud no penal de los funcionarios.** Aunque esto "no excluiría" la finalidad de la dádiva: que el funcionario realizara comportamientos ilícitos. Tal aserto sólo podría ser integrado partiendo de una suerte de error inverso en mi patrocinado: la creencia *errónea* de que los hechos a realizar por los funcionarios serían ilícitos, cuando objetivamente no lo eran. Una suerte de delito de cohecho propio putativo (y de real cohecho impropio en todo caso).

A la vista de tal afirmación y a la espera de que, tal y como se anuncia, se examine la cuestión en " los recursos de los Srs. Navarro", uno esperaría encontrar el desenlace de tal nudo gordiano. Pero por toda argumentación, se ofrece la siguiente (pág. 291) : "en el presente caso, dado que estimamos el motivo que lleva a la exclusión del delito de falsedad, pero permaneciendo la atribución a éste de comportamientos ilícitos, aunque no típicamente falsarios, ha de mantenerse el título de imputación de la condena establecido en la instancia".

En todo caso, la motivación autónoma de la calificación jurídica en la alzada - que aquí se niega- no supondría sanación retrospectiva de la falta de motivación en la instancia. Aquí no se denuncia esta falta de motivación, constitucionalmente exigible también respecto de la calificación jurídica (SSTC. 147/99 de 4.8 (RTC 1999\147) y 173/2003 de 19.9 (RTC 2003\173). Sino el hecho mismo de que no se dé respuesta a la vulneración del derecho fundamental perpetrada en la instancia.

7.- Mas patente aún resulta la incongruencia "ex silentio" en relación con **el motivo cuarto** de nuestro recurso de casación, que aparece formal y materialmente irresuelto en la Sentencia de Casación. En dicho motivo denunciábamos infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a un derecho con todas las garantías, por carecer la prueba reina de la acusación practicada, esto es la pericial de los peritos de la AEAT, de la nota de imparcialidad en sus autores, siendo en suma prueba no válidamente obtenida y producida. Ni una sola línea dedica la Sentencia de este Alto Tribunal a resolver sobre la pretensión de *nulidad de la sentencia de instancia* a que hubiese conducido la estimación del motivo, obligándonos así a formular queja en este recurso de amparo.

No se trata aquí de exponer siquiera sucintamente el contenido y alcance de la vulneración alegada que no ha sido contestada. Cumple en lo menester remitirse aquí al desarrollo de nuestra cuarta queja de amparo.

La única y exclusiva referencia a la tacha de parcialidad alegada de tales peritos, la encontramos en pág. 307 y 308 de la sentencia (fundamento jurídico 80) resolviendo los motivos planteados por el recurso de Sánchez Guiu. En este motivo, simplemente se dice que la cuestión de su parcialidad *ha sido resuelta en el fundamento quincuagésimo séptimo (57) del recurso de Nuñez Clemente, al que se remite, cuando es notorio que en dicho fundamento nada se dice sobre la tacha de parcialidad,* puesto que resuelve un motivo por infracción de la presunción de inocencia (pág. 268 de la Sentencia) por irracionalidad de la prueba, derivada del análisis de la normativa jurídico-tributaria de la época, en la afirmación relativa a la a) incorrección de las inspecciones, y b) la evidencia de riesgos fiscales. Motivo que es desestimando al considerar esta Excm. Sala que se trata de *cuestiones jurídicas* ajenas a la presunción

de inocencia (Cfr. pág. 275 de la Sentencia) Es obvio que se trata de un error en la remisión. Pero el problema es que no existe en toda la Sentencia, ni un solo fundamento destinado a analizar esta alegada vulneración de derecho fundamental de forma expresa, implícita o tácita. Simplemente está "olvidada". No se trata en consecuencia, sólo de un lapsus calami en la cita al fundamento al que se remite la cuestión. Es que no existe tal fundamento.

8.- La sentencia omite también respuesta alguna a la pretensión de nulidad de la Sentencia de instancia articulada en el motivo quinto de nuestro recurso de casación, que aparece también formal y materialmente omitido e irresuelto. La alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse repudiado prueba pericial de esta parte sobre la base de afirmaciones mendaces, fácilmente comprobables con los documentos allí señalados, no ha obtenido respuesta alguna por parte del Tribunal Supremo. Resulta especialmente sorprendente este clamoroso silencio, vista la gravedad de las impugnaciones que efectuábamos a la Sentencia de instancia: en esencia, el repudio a la pericial del Sr. Sarró, que culmina en deducción de testimonio, se basa en afirmaciones radicalmente inexactas fácilmente comprobables con arreglo a los documentos que se cita en nuestro motivo que no es menester reproducir aquí puesto que son objeto autónomo de queja en este recurso. Mas la vulneración alegada del art. 24.1 CE no ha merecido respuesta, ni expresa ni implícita, ni directamente ni por remisión a los recursos de otras partes. En efecto, la Sentencia de Casación, tras "abordar" los motivos primero y segundo de nuestro recurso -siempre por remisión- y errar en la remisión por lo que respecta al *tercero*, salta incomprensiblemente al motivo sexto, orillando por completo -material y formalmente- dar respuesta a lo peticionado en los motivos cuarto y quinto.

Con estimación de esta alegación, procede pues acordar la nulidad de la Sentencia, para que, con dictado de una nueva, se dé respuesta a las pretensiones deducidas en los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso.

9.- Esta vulneración fue puesta de incidente en incidente de nulidad. Por toda respuesta, el Tribunal Supremo, en su Auto de 23.06.2014 por el que acuerda inadmitirlo a trámite señala que "no se agotó la vía previa de aclaración. Si no cabe amparo constitucional sin previo agotamiento de la vía jurisdiccional, si cabía otro

remedio previo, tampoco cabe el incidente de nulidad que ahora se quiere promover. Lo que hace innecesario recordar al promovente los amplios textos de la sentencia de casación sobre la alegada parcialidad de los peritos o la subsunción de los hechos en la norma penal".

Desde luego, esos "amplios textos" no existen, como se ha demostrado, en lo que respecta a las concretas pretensiones de nulidad basadas en lesión de derechos fundamentales: en dos casos, como vimos, por no existir referencia alguna. En el tercero, el Tribunal cree haber resuelto la cuestión al remitirse a un fundamento jurídico que nada tiene que ver.

Por lo demás, pretender hace pasar por simples alegaciones en relación con la pretensión punitiva lo que son pretensiones autónomas y substantivas fundadas en la vulneración de derecho fundamental, contradice la doctrina ya señalada de este Tribunal: cuando se trata de recurso de casación no cabe hablar de congruencia genérica con la pretensión punitiva, ya agotada: el deber de congruencia ha de predicarse entre las "*concretas pretensiones revisoras* de las partes deducidas en el recurso y el fallo" (STC 123/2005, de 12 de mayo). Cuando se plantean en este contexto vulneración de derechos fundamentales" resulta de obligada observancia nuestra doctrina sobre la exigibilidad de una respuesta judicial expresa, *que no cabe sustituir por fórmulas alternativas como la motivación tácita ni por remisión*, «y ello no tanto por la posición de subsidiariedad en que el constituyente ha situado este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), sino, sobre todo, en virtud del lugar ocupado por los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE). Al margen de ello, es claro que un resultado de incongruencia omisiva en esta materia frustra también el diseño del amparo de los derechos fundamentales previsto en el citado apartado segundo del art. 53 CE»

10. Pues bien, el diseño institucional de protección de tales derechos fundamentales se ve ahora en riesgo de prosperar la insólita tesis que esgrime el Tribunal Supremo, que viene a establecer un gravamen no previsto en la ley a la posibilidad de que el mismo Tribunal repare los derechos fundamentales vulnerados a través del incidente de nulidad. Incidente que como señala el Tribunal Constitucional, asume, "tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de

tutela y defensa de los derechos fundamentales. (STC 153/2012 (RTC 2012, 153) , FJ 3:)

Este gravamen no es otro que la previa utilización del denominado recurso de aclaración o corrección. Pero no se trata sólo de que el requisito no está exigido en ley alguna, y que sobre una inexistente causal no puede condicionarse la función de los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales (SSTC 107/2011 [RTC 2011, 107] , FJ 5, y 153/2012 [RTC 2012, 153] , FJ 3). Se trata, ante todo, de que tal alegar exigencia choca frontalmente con las posibilidades y alcance del art. 267 LOPJ. Tiene dicho este tribunal al respecto que "la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º." (STC 141/2003, de 14 de julio, FJ 4º.)

A esta interpretación se sujetó esta representación cuando limitó su escrito de aclaración a poner de manifiesto dos errores que estimaba patentes: la inclusión de una pena de inhabilitación no prevista en el CP de 1973 -que fue estimada- y la solicitud de si acaso no se había equivocado el Tribunal imponiendo pena de dos años y dos meses. Desde luego no denunció incongruencia omisiva porque el Auto de aclaración, conforme a la doctrina expuesta del TC no es la vía idónea para remediar falta de fundamentación jurídica. Y la incongruencia omisiva es de modo patente el caso más grave de falta de fundamentación. De haberse hecho, el Tribunal debería haber en todo caso anulado su Sentencia y dictado una nueva resolviendo las pretensiones omitidas. Esta limitación *extra legem* del incidente de nulidad, contraria al tenor y la interpretación constitucional del art. 267 LOPJ no puede tener cabida.

Conforme a lo expuesto, y ante la vulneración del enunciado derecho una respuesta fundada en derecho, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a)

otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho que el órgano judicial resuelva las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vienen planteados c) declare la nulidad de la Sentencia de Casación y del Auto inadmitiendo el incidente de nulidad recurridos que ha de tener como efecto la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que el recurrente sea repuesto en su derecho.

CUARTA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un procedimiento con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), por estar la prueba pericial practicada contaminada de tacha de parcialidad en sus autores, siendo en consecuencia prueba no válidamente obtenida.

Extracto de la queja

La queja, que se impone con carácter subsidiario a la estimación de la anterior (incongruencia omisiva) denuncia vulneración de presunción de inocencia, toda vez que la única prueba sobre la que descansa el carácter no exhaustivo de las inspecciones giradas por el Sr. Abella a las sociedades del grupo Nuñez y Navarro es la pericial de la AEAT; prueba propuesta por la acusación de pericial de los Sres. D. Víctor Morena Roy, D^a Fuensanta López Sánchez y D. Jesús M^a Moyano Benito, que constituye el medio de prueba recurrentemente invocado en Sentencia recurrida como conformadora de su convicción judicial. Sobre la pregonada necesidad de regularización que tal pericial abona, se ha inferido, el carácter no exhaustivo de las distintas inspecciones. No existe otra prueba al respecto sobre tal segmento fáctico: el que concierne al carácter instrumental de las dádivas que se dicen percibidas, y que habría de justificar la calificación del hecho por una modalidad más grave de cohecho, y no por otras modalidades más benévolas de cohecho impropio.

Tal prueba presenta tacha de parcialidad, lo que la inhabilita como única prueba de cargo atendida su *naturaleza* (prueba pericial), pues los peritos tuvieron una

intervención protagónica en la *conformación del relato acusatorio* (a su instancia y excitación, como con detalle expondremos, se acopiaron las diligencias que sustentan tal relato). Quien ha conformado, diseñándola y construyéndola a su iniciativa la hipótesis acusatoria no puede luego validar *imparcialmente* la bondad de la misma.

Que la producción de la prueba pericial se produzca en condiciones inobjetables de imparcialidad subjetiva y objetiva, resulta pues fundamental, cuando sobre la misma gravita por completo la prueba de la hipótesis acusatoria. Su supresión mental deja huérfano de prueba el sustrato fáctico objeto de acusación en lo relativo al carácter ilícito de las inspecciones -aspecto nuclear del cohecho propio por el que se ha condenado-.

Son múltiples los datos que ponen de manifiesto hechos perturbadores a la garantía procesal, referidos a su participación, también previa, en la instrucción de la causa (equipo investigador), proponiendo e impulsando prueba. Pero no sólo, también participando de un modo paralelo y formalmente (aparentemente) ajeno a la instrucción de la causa en un *sistemático peinado fiscal sobre las empresas del grupo Nuñez y Navarro*, conduciendo el mismo a los fines de corroboración de la tesis pericial, en ejecución de los nuevos criterios que el Inspector Regional Jefe, D. Ángel Cenual, dictara, revocando los anteriores, en materia de exención por reinversión. En definitiva, reescribiendo la historia en sede administrativa para proyectarla *retroactivamente*, como apoyo de sus tesis periciales. Una actividad administrativa paralela de refuerzo a las tesis que mantenían ahora en la conformación de la pericial. Ni más ni menos. Sobre los peritos en definitiva y, singularmente, sobre el perito D. Víctor Morena Roy, adscrito a la *Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial* para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, pesa la tacha de parcialidad porque desde ambos ámbitos contribuyeron a la construcción de la tesis en que se basó la acusación.

Desarrollo de la queja

1. Como ya anticipamos en el apartado relativo a justificar la relevancia constitucional de este motivo, cabe de entrada significar que por las defensas se intentó,

en tiempo y forma (ex art. 723 Lecrim), la recusación de los peritos, lo que fue resuelto por la Sala por Auto de 23 de julio de 2009, lo que colma la proscripción de un planteamiento casacional “per saltum” (STS de 5 de octubre de 1999) y la exigencia constitucional de que se invoque, en tiempo y forma, la alegada vulneración. También, dada la inequívoca trascendencia al derecho constitucional, la defensa de D. José Luís Núñez Navarro, siguiendo la doble senda apuntada por la STS de 3 de enero de 2002, planteó en “cuestiones previas” ex art. 786.2 Lecrim, la infracción de la tutela judicial efectiva, el procedimiento con todas las garantías y la presunción de inocencia, por la falta de imparcialidad de los peritos. Este doble planteamiento procesal efectuado siguiendo doctrina del Tribunal Supremo mereció de la Sala de instancia como respuesta la adjetivación de la iniciativa como “artificiosa, torticera y subrepticia... entrañando fraude de ley o ejercicio abusivo del derecho proscrito por el art. 11. 2 LOPJ”. Pero el cauce y oportunidad procesal no solo eran legítimas sino que, como se verá, las razones sustantivas que lo alimentaban extraordinariamente sólidas.

Como también se dijo, la alegada vulneración de este derecho en recurso de casación no mereció respuesta en Casación, infracción autónoma (incongruencia omisiva) denunciada en nuestra anterior queja.

2.- El repaso cronológico de la intervención de los peritos antes y durante la instrucción de la causa, y *fuera de ella*, permitirá concluir la invocada falta de imparcialidad con incidencia en la validez misma de la prueba practicada con quebranto de la presunción de inocencia. Los hitos sustanciales del mismo son los siguientes:

2.1. *Confusión de las condiciones de perito e inspector ejecutor de los nuevos criterios relativos a la exención por reinversión.*

2.1.1.- A 16 de marzo de 2000 (folio 1540 del tomo 6 de la Pieza Principal) se extiende Diligencia de Constancia en que comparecen determinados funcionarios adscritos a la AEAT y funcionarios policiales que se relacionan que, se dice, acompañan a los “*peritos designados en su día por el Ministerio Fiscal en auxilio judicial de las Diligencias de Investigación de la Fiscalía*”. A continuación se dicta Providencia de igual fecha que habilita “la asistencia de todos ellos a la práctica *de diligencias de entrada y registro, así como al examen de la documentación que se intervenga*”. De la lectura conjunta de la Diligencia y de la resolución se colige que D^a Fuensanta López

Sánchez, D. Jesús Moyano Benito y D. Pedro Castro Merlos *actuaban ya como auxilio* a los Sres. Fiscales en las Diligencias de Investigación de la Fiscalía, incorporándose D. Víctor Morena Roy “Inspector de Hacienda adscrito a la Fiscalía Anticorrupción de Madrid”.

2.1.2.- Posteriormente, por Auto de 28 de septiembre de 2000 (folios 4342 y ss. del tomo 15 de la Pieza Principal), el Juzgado afirma “valorar como idóneos para el auxilio de la Instructora, a los inspectores de la Agencia Tributaria ya designados en Providencia de 16 de marzo de 2000, para la asistencia a los registros practicados y examen de la documentación intervenida, D. Víctor Morena Roy, D. Pedro Castro Merlos, D^a Fuensanta López Sánchez, D. Jesús Moyano Benito y D. José Sánchez López” (razonamiento jurídico 4º), acordando, en su parte dispositiva, ratificar el nombramiento y atribuirles facultades de examen y verificación de la documentación acopiada o que se pueda acopiar.

2.1.3. Por Auto de 15 de junio de 2002 (folios 3314 y ss. del tomo 11 de la Pieza Núñez Navarro), específicamente en relación al Grupo Núñez Navarro, y en su razonamiento jurídico único, se afirma haberse acopiado ya documentación de interés pudiendo estimarse que esa pieza separada se halla completa, por haberse recabado cuanta documentación ha parecido de importancia, “*y ello sin perjuicio de la que puede estimarse necesario recabarse en el futuro, ya fuere de oficio, ya a instancia de parte o de cualesquiera de los peritos que se dirán*”, y al propio tiempo, se nombra peritos judiciales a los Sres. D. Víctor Morena Roy, D. Pedro Castro Merlos, D^a Fuensanta López Sánchez y D. Jesús Moyano Benito, y se describe como objeto de pericia que emitan “*informe sobre las posibles irregularidades que se observen en las actuaciones de inspección tributaria seguidas por los Inspectores Sres. Bergua y Abella, respecto de las entidades pertenecientes al Grupo Núñez Navarro, detallando si las mismas se ajustan a los criterios de actuación de la Inspección Tributaria y, en su caso, se proceda a especificar y cuantificar el posible perjuicio económico que se hubiere ocasionado al Erario Público*”. Desde su inicial nombramiento de 16 de marzo de 2000 hasta la emisión de su informe de 26 de noviembre 2002, los citados peritos, *aun sin aquella singular cobertura habilitante para impulsar acopio de prueba documental*, propusieron e impulsaron profusamente diligencias de acopio y que luego relacionaremos “in fine” bajo un singular apartado de “perito investigador”.

2.1.4 Es preciso destacar ahora un hito anterior en el tiempo de singular importancia en esta causa, a saber, la posición fijada por la llamada *Comisión Técnica Regional de la Delegación Especial de Catalunya*, órgano presidido por el entonces Inspector Jefe Regional y un conjunto de altos cargos de la AEAT de Catalunya, que unificaban criterios en la Delegación, que en su reunión de 12 de febrero de 1999, y a resultas de opiniones en discusión acerca del rendimiento interpretativo del art. 147.2 RIS y resoluciones del TEAR de Catalunya, tomaron acuerdo por el que, aceptando la doctrina del TEAR y de la Dirección General de Tributos, fijan conclusión a cuyo tenor:

“Asuntos tratados y conclusiones...:

...E) Exención por reinversión del incremento de patrimonio puesto de manifiesto con ocasión de la transmisión de un terreno. Art. 147.2 del RD 2631/82:

Diversas Resoluciones del TEAR de Cataluña han venido interpretando que el régimen del art. 147.2 del RIS constituye un régimen excepcional con respecto al régimen general del art. 147.1. Es decir, han venido interpretando que cuando lo que se transmita sea un terreno, para la aplicación de la exención por reinversión, no será necesaria la concurrencia de los requisitos del artículo 147.1, sino tan solo la de los previstos en el art. 147.2.

Por otra parte, se tiene constancia de que una de esas resoluciones, que incidía en la no necesidad de afectación a actividad empresarial alguna del terreno transmitido, no ha sido recurrida ni por el Departamento de Inspección, ni por la Dirección General de Tributos, al entender ambos Centros Directivos que el criterio sentado en dicha resolución es correcto.

En consecuencia, ha de interpretarse que efectivamente el régimen del art. 147.2 es excepcional respecto del establecido en el art. 147.1 y que, por tanto, la exención por reinversión con motivo de la transmisión de terrenos no queda condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos en el citado art. 147.1, sino solo a los establecidos en el art. 147.2. Ello significa, entre otras cosas, que es indiferente la consideración del terreno como activo fijo o como existencia y la previa afectación del mismo a una actividad empresarial”.

Es decir, por la Regional de Catalunya se fijaba un criterio interpretativo ya extendido y contemplado incluso en el Manuel del Impuesto de Sociedades de la Escuela de Hacienda Pública del año 1987, y que es, precisamente, *el manejado por D. Manuel Abella y que reprocha la Sentencia* (folio 2952 del tomo 10 de la Pieza Núñez Navarro).

2.1.5. Constante la Instrucción de la causa, y la revisión que ésta hacía sobre la actuación inspectora de Abella sobre Núñez y Navarro y otros grupos, por el entonces Inspector Jefe Regional D. Ángel Cenzual Rodríguez, a 9 de febrero de 2001, dirige oficio a los Inspectores Jefes en que retoma las “dudas acerca de la doctrina” de la exención por reinversión del art. 147.2 RIS, planteadas especialmente por la doctrina sentada por el TEAR de Catalunya y a que el Acuerdo de la Comisión Técnica Regional de 12 de febrero de 1999 quería ajustarse.

El oficio del Inspector Jefe Regional Sr. Cenzual Rodríguez (folios 182.607 y ss. de la caja documental 182) produce un *radical giro* en torno a los dos elementos de constante referencia que orbitan en la interpretación del art. 147. 2 RIS, a saber, si el activo transmitido ha de ser un activo fijo o existencias y si el mismo debe tener como destino final el arrendamiento a terceros, y se expresa del siguiente tenor:

“Sres. Inspectores Jefes:

Se han planteado ante esta Dependencia Regional diversas dudas acerca de la doctrina que debe seguirse en los casos aún subsistentes en que los contribuyentes aplicaron el beneficio fiscal de la exención por reinversión, amparándose en el art. 147.2 del antiguo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, referido a las transmisiones de terrenos por empresas dedicadas al arrendamiento de viviendas.

Las dudas que se plantean especialmente ante la existencia de cierta doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Catalunya, conocida por esas Dependencias.

En opinión de esta Dependencia, debe admitirse la doctrina administrativa sentada por esos pronunciamientos del Tribunal, que no han sido recurridos por la Dirección del Departamento de Inspección de la AEAT, pese a haberlos conocido.

Sin embargo, deben hacerse determinadas precisiones ante lo que ha sido posiblemente una interpretación excesiva del alcance de los pronunciamientos del Tribunal. En ese sentido, cabe matizar lo siguiente:

En primer lugar, la exención por reinversión podrá reconocerse únicamente si los elementos transmitidos son activos fijos de la compañía en cuestión. Si bien el Tribunal Económico-Administrativo ha admitido la exención por reinversión en algún caso en que el bien se hallaba contabilizado como mercancía, ello debe interpretarse en el sentido de que no empece al beneficio fiscal la incorrecta contabilización de un bien, pero en ningún caso que quede exceptuado el requisito legal y reglamentario de que los bienes objeto de la transmisión sean activos fijos afectos a la actividad.

En segundo lugar, ..., debe existir, para que se pueda gozar de la exención por reinversión, afectación del bien transmitido a la actividad realizada de arrendamiento de viviendas ...

En tanto que pueden haberse en su día transmitido órdenes o interpretaciones del precepto comentado por parte de esta misma Dependencia contradictorias en todo o en parte con las conclusiones que ahora se expresan, debe aclararse que la presente nota refleja la posición definitiva de la Dependencia sobre el tema y que subsana o corrige cualquier otra del mismo rango que pudiese ser de otro tenor o sentido”.

2.1.6. En esas mismas fechas, el Grupo Núñez Navarro es objeto de un profuso y sistemático peinado fiscal inspector. Esas inspecciones perseguían específicamente el beneficio de la exención por reinversión *conforme a la nueva doctrina* Cenzual (gemela, como decimos, a la doctrina sustentada de la pericia de cargo).

La sospecha de poder existir indeseados trasiegos o zonas de solapamiento y confusión entre la actividad ordinaria inspectora de la Agencia y la pericial encargada, dio lugar a diligencias de prueba instadas por las partes comparecidas que arrojaron en el marco de un incidente de recusación un clarificador, insólito y sorprendente resultado y que se describe en el oficio de 19 de julio de 2002 (obrante a folios 3732 y ss. del

tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro), a cuyo tenor la Dependencia Regional informa que por ese órgano de la Administración Tributaria se había trabajado sobre un listado (“tercer listado de 18 entidades”) del Grupo Núñez Navarro, sobre el que se informa lo siguiente:

“Tal listado, con los datos económicos de todas las entidades concernidas, fue examinado en una reunión celebrada el 28 de febrero de 2002 a la que acudieron los Adjuntos de la URI (Sr. Moyano Benito) y de la Inspección Provincial (Sra. López Sánchez), así como los actuarios de ambas Dependencias con responsabilidades respecto de empresas constructoras e inmobiliarias (Sres. Palacios Gutiérrez, Vidueira García, Nodal Puerta, Ezquerro Calvo); en dicha reunión se establecieron unos criterios y áreas de riesgo que debían ser examinadas, y se repartieron a cada uno de los actuarios asistentes tres o cuatro entidades para su estudio y análisis”

... “Para hacer la carga de las entidades que iban a ser comprobadas por la URI, este Inspector Regional firmó el pasado 28 de marzo de 2002 las correspondientes órdenes de inclusión en plan, que contaron también con la firma del Adjunto Sr. Moyano Benito, del que dependen los actuarios Sres. Palacios Gutiérrez y Vidueira García”.

A continuación relaciona cuatro entidades del Grupo Núñez y Navarro que carga en plan para la inspección de IS, IVA, retenciones e IRPF, para los ejercicios 1997 a 2001.

A ese oficio se adjuntaba documentación de la que destacamos que van firmadas como Inspector Regional Adjunto por D. Jesús Moyano Benito (es decir el perito judicial); que se consigna como motivo de inclusión: “comprobación del posible diferimiento mediante reinversión” (el tema estrella de la pericia de cargo y correlativamente de la Sentencia), y que se cargan en plan a los actuarios de él dependientes Sres. Vidueira y Palacios (se designan los folios 76, 77 y 78 obrante en la Pieza de incidente de recusación de peritos tramitado en la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona).

Cumple destacar que en la fecha de esas cargas en plan, los actuarios encargados Sres. Vidueira y Palacios pertenecían a Unidades Regionales que dependían del entonces perito e Inspector Regional Adjunto D. Jesús Moyano Benito (según consta a folios 1107 y 1108 del Tomo 3 del Rollo).

2.1.7. Ciertamente, el hecho que *dos peritos judicialmente designados* (Moyano Benito y López Sánchez) para la Pieza Núñez Navarro *acudan a una reunión con el nuevo Inspector Jefe Regional* que, precisamente, ha dictado un oficio de *revisando los criterios anteriores en torno al art. 147.2 RIS*, precepto reglamentario sobre el que gira el reproche que se efectúa al Inspector Abella en relación a las inspecciones del Grupo, es sumamente revelador. Una reunión que tiene por objeto establecer criterio y áreas de riesgo del Grupo Núñez Navarro a fin de acordar cargas en plan que tienen por motivo exteriorizado el beneficio de la exención por reinversión, en el que estas nuevas inspecciones se encomienden a inspectores –Vidueira y Palacios- que dependen del Sr. Moyano Benito. Todo ello dista en satisfacer el marco de apariencias en que debe pervivir la imparcialidad de un perito designado en una causa penal en un Estado de Derecho.

En definitiva, los peritos reescriben en el ámbito tributario, con carácter retrospectivo (cambio de criterio), las tesis que justamente están defendiendo en su pericia.

2.2. D. Víctor Morena Roy como funcionario adscrito a la unidad de apoyo a la Fiscalía Anticorrupción; su dependencia ; su inexplicable conocimiento del curso de la actividad inspectora sobre las sociedades del Grupo Núñez y Navarro contemporánea a la realización de su pericia

2.2.1. D. Víctor Morena Roy, que fue como se dijo designado como perito en funciones de auxilio en la entrada y registro y para examen de documentación, y ulteriormente, específicamente para realizar informe de objeto judicialmente acotado, era al tiempo del nombramiento y realización del encargo funcionario adscrito a la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción. Así consta en la certificación emitida a 4 de junio de 2009, obrante a folios 1150 del tomo 4 del Rollo, que sitúa a ese funcionario en esa adscripción desde 1996 a 2004.

Ese dato, en sí mismo, conduce a un primer alegato invocando falta de imparcialidad. En efecto, no se trata de una genérica tacha al uso de ser funcionario de la AEAT y que ha sido abordada en distintas y, a veces, oscilantes resoluciones jurisprudenciales en doctrina que hoy parece cerrada en torno a distinguir para los delitos fiscales que el actuario deba ostentar condición procesal de testigo, sin perjuicio de ser utilizados peritos especialistas de la Unidad de Delito Fiscal de la AEAT que *no hayan participado en la investigación misma del hecho*, ni en fase administrativa ni en fase procesal. En el presente supuesto, se trata de una adscripción a la Fiscalía *que impulsa la instrucción construyendo durante la misma el edificio de lo que será su escrito de acusación* y en ese viaje tiene por compañero a un auxiliador que además es perito y habría de estar investido por tal condición de deseable imparcialidad. No se cuestiona, es obvio, la profesionalidad y honestidad. Se pone el acento en el parámetro de la apariencia. Ese solo dato invalidaría su condición de perito, juicio valorativo que mereció un supuesto idéntico para la SAN de 19 de abril de 2007, que abordando el dato de la doble condición de perito y de funcionario adscrito a la Fiscalía Especial Anticorrupción que, como en éste, formuló acusación, concluye que *“no pueden tener la consideración de perito ya que su imparcialidad objetiva queda totalmente contaminada”*. El Tribunal Supremo que confirmó aquella resolución, si bien sin abordar de un modo directo y específico la contundente posición de la Audiencia Nacional, lo cierto que tampoco la desdijo, matizó o atemperó. Confirmó la resolución, desestimando recurso del Ministerio Fiscal (STS 463/2008, de 23 de junio) bajo el argumento de que no existía para el recurrente quebranto del derecho fundamental que invocaba, pues la absolución había basculado sobre *“otras pruebas contradictorias practicadas”*. Es decir, el Tribunal Supremo en nada alteró o modificó la apreciación de parcialidad por razón de la adscripción que realizaba la Audiencia Nacional.

Y es que, en efecto, la Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial Anticorrupción creada por Resolución de 8 de enero de 1996 de la AEAT, conforma un órgano que, con arreglo al propio preámbulo de dicha resolución, queda encargado de auxiliar a la Fiscalía Especial para la investigación de la Delincuencia Económica en la investigación del presunto hecho delictivo. En suma, *participan de la formación del criterio determinante de incriminación del investigado*, su opinión sirve de apoyo para fundar la acusación pública e inserta en la línea de acusación del Ministerio Público

produciendo indeseable confusión por una suerte de doble posición procesal de querellante y perito, quedando su imparcialidad objetiva contaminada.

Es más, como es notorio, el voto particular concurrente de la citada sentencia, hace cuestión de distintos problemas en torno a las periciales de funcionarios de la AEAT y, significadamente, a los adscritos a la Fiscalía Anticorrupción, en tanto sobre éstos se produce la inequívoca tacha de formar “parte del equipo investigador de la posible infracción delictiva”, y que con esa participación dan lugar “de manera trascendente, a la propia decisión a la necesidad de proceder contra los que posteriormente resulten acusados”. Cuestiona tener por peritos a “quienes cooperan directa y esencialmente a la confección del material que, con posterioridad, integró la versión del denunciante” (ulteriormente, se relacionará la actividad de impulso investigador –equipo investigador- de los peritos cuyo informe cuestionamos en su validez constitucional).

2.2.2 Describíamos anteriormente el solapamiento y confusión de los peritos Moyano Benito y López Sánchez por una doble condición perito/inspector concerniente a Grupo Núñez Navarro que compatibilizaban en el tiempo.

a) El supuesto del perito D. Víctor Morena no queda a la zaga y presenta perfiles ciertamente insólitos, que han dejado sorprendente rastro en la causa: Suscitada por la propia AEAT la cuestión de si, concluida la inspección de la compañía del Grupo Núñez Promotora Europea de Inmuebles, existían inconvenientes para que puedan ser incoadas actas, se obtiene una adecuada respuesta del Ministerio Fiscal que informa al órgano judicial expresando “no existe óbice alguno para que la Inspección de Hacienda continúe ejerciendo de forma autónoma (el subrayado es nuestro) y soberana sus funciones respecto de los contribuyentes afectados por el presente procedimiento penal” (folio 1855 del tomo 7 de la Pieza Núñez Navarro).

El impacto se produce con la respuesta recibida del “perito judicial“ D. Víctor Morena Roy, quien mediante fax que envía al Juzgado en fecha 27 de noviembre de 2001 desde la Fiscalía Especial Anticorrupción (carátula a folio 1856 del tomo 7 de la Pieza Núñez Navarro) que, tras afirmar que “*no existe impedimento para que sean*

ultimadas las actuaciones inspectoras relativas a Josel como entidad absorbente de Promotora Europea de Inmuebles”, se anima a dar información a cuyo tenor:

“Tanto en el referido expediente administrativo (Josel S.A. como entidad absorbente de Promotora Europea de Inmuebles S.A.), como el que se ha instruido en relación a Peromoinver S.A., como entidad absorbente de Monigra S.A., se ha regularizado el diferimiento por reinversión de la tributación de los beneficios declarados en transmisiones inmobiliarias entre sociedades de Núñez y Navarro, a diferencia de lo actuado por el Sr. Abella en relación con operaciones análogas que se atribuyen a sociedades por él comprobadas”.

Lo insólito no es solo que conozca de expediente ajeno a la causa Peromoinver/Monigra y el tipo de regularización que afirma realizada (diferimiento por reinversión), cuando no tiene por qué hacer seguimiento privilegiado de las inspecciones que sufre una empresa del Grupo sobre quien realiza su informe pericial, sino que también conoce el de Josel/Promotora Europea de Inmuebles y, a mayor abundamiento, y lo siguiente desdibuja hasta la inanidad su apariencia de imparcialidad, esa regularización que dice conocer todavía no se había producido: En efecto, el acta de “Josel S.A., sociedad absorbente de Promotora Europea de Inmuebles” se produjo posteriormente a 18 de diciembre del 2001 (folios 211.003 y ss. de la caja documental núm. 211) , y el perito expresa conocimiento, como dijimos, a 27 de noviembre de 2001.

b) En relación a ese conocimiento impropio y visionario, se adosa otro dato que patentiza confusión e interacción de planos que ponen de manifiesto haber quedado desdibujada hasta la inanidad la debida imparcialidad del perito: En efecto, la actuaría que levanta el acta de Josel/Promotora Europea de Inmuebles es D^a M^a Dolores Linares Sáez, que a esa fecha es Inspectora de Unidad que dependía de la Coordinadora con categoría de Inspector Jefe Adjunto D^a Fuensanta López Sánchez, recordemos, también perito de la causa (esa dependencia aparece en la certificación que obra a folio 1107 y ss. del tomo 3 del Rollo, y, en concreto, en su página 5).

Es decir, la perito Fuensanta López Sánchez que había acudido a la reunión en que se estudiaron y planificaron las áreas de riesgo y cargas en plan de 18 entidades del Grupo Núñez Navarro, conforme al “revisionismo” del nuevo Jefe Regional Ángel

Cenzual Rodríguez, es la superior jerárquica de quien depende una actuación inspectora que lleva a término su subordinada la Sra. Linares que regulariza con arreglo a los nuevos criterios del Regional Jefe D. Ángel Cenzual una exención por reinversión en el Grupo Núñez Navarro, regularización que es conocida antes de producirse por otro de los peritos D. Víctor Morena Roy, por demás, adscrito a la Fiscalía Anticorrupción.

Ciertamente, la apariencia de imparcialidad queda gravemente alterada en términos, a nuestro entender, con relevancia constitucional y que debe conducir a la declaración de haberse violentado el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de válida obtención de las pruebas de cargo, con la consecuencia de no poderse tener en cuenta es prueba como desvirtuadora de la legal y constitucional presunción de inocencia, con el inexorable efecto de la absolución de nuestro mandante José Luís Núñez Navarro.

3.- En la clásica definición de definición de perito y el medio de prueba que le es propio como la *“declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso”* (Fenech), resulta exigible que la función pericial no sea realizada por quienes *“cooperan directa y esencialmente a la confección del material que, con posterioridad, integró la versión del denunciante”* (Voto Particular concurrente a la Sentencia 463/2008, de 23 de junio). Pues bien, en el supuesto presente, los peritos cuya falta de imparcialidad ahora objetamos *“formaron parte del equipo investigador de la posible infracción delictiva y, con esa participación, dieron lugar, de manera trascendente, a la propia decisión relativa a la necesidad de proceder contra los que posteriormente resultan acusados”* (del mismo Voto Particular citado)

Pese a esta elemental constatación (quien configura la hipótesis acusatoria no es imparcial para luego valorar la bondad de la misma), la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo viene empero reiterando sin matices "la habilidad de los funcionarios de la AEAT para intervenir como peritos en las causas por delitos fiscales, no obstante, incluso, su intervención en las inspecciones administrativas del sujeto pasivo del impuesto acusado penal".(así STS de 2069/2002 de 5 de diciembre , 20/2001 de 28 de marzo, 1368/99 de 5 de octubre). La razón residiría, se dice, en que "la imparcialidad de los peritos judiciales informante viene determinada por su condición de funcionarios

públicos cuya actuación debe estar dirigida a servir con objetividad los intereses generales"(STS 20/01) Y la solución no es diversa “ cuando el funcionario llamado a peritar ha llegado más allá de aquella previa intervención, actuando como auxiliar del Ministerio Fiscal en sus actuaciones previas a la causa penal, e incluso manteniendo en la instrucción de ésta un cierto protagonismo impulsor de determinada estrategia investigadora” (STS de 24 de julio de 2014)

Mas al doctrina entendemos compromete gravemente la garantía de presunción de inocencia y contradice por lo demás, la doctrina sentada por el Tribunal de Estrasburgo (STEDH, Bönisch c. Austria, 6 de mayo de 1985, serie A 92, §§28-35)⁵ que tiene declarado que la condición de coadyuvador en la investigación, priva la prueba de su condición de *pericial*, por mucho que pudiera valorarse como eventual testifical de cargo. Aunque en un contexto muy apegado a las exorbitadas facultades que el ordenamiento austríaco otorga a los peritos judiciales, y en perspectiva de derecho a un juicio equitativo -en concreto, igualdad de armas- tal doctrina resulta aprovechable, pues es obvio que en tanto que simple testifical, la mencionada prueba resulta inhábil para dilucidar cuestiones relativas al "deber ser" de unas inspecciones, por tratarse de valoración técnica alejada de lo que son simples percepciones sensoriales sobre la realidad de los hechos investigados.

⁵ Como señala la Sentencia: "Por lo que se refiere al derecho interno, el Tribunal no debe partir de la noción suministrada por el Gobierno, sino que, con el fin de determinar el papel jugado por el perito en el procedimiento, el Tribunal no puede fundarse en la terminología explicada en la legislación austríaca, sino que debe observar la posición procesal que ocupa y la forma en que realiza su función. En este sentido, él habría redactado los informes del Instituto, cuya remisión al Ministerio Fiscal determinó la persecución penal del señor Bönisch (aps. 10 y 15, supra). Posteriormente fue nombrado perito por el Tribunal regional de Viena en virtud del artículo 48 de la Ley de 1975 (aps. 11 y 19, supra); según éste, le correspondía exponer y completar las investigaciones o el dictamen del Instituto (ap 21, supra). **Se comprende fácilmente que pueden surgir dudas, en particular en el ánimo del acusado, sobre la neutralidad de un perito cuyo informe ha provocado el ejercicio de la acción penal.** En el presente caso, las apariencias sugieren que el director del Instituto es más un testigo de cargo. En principio, su interrogatorio durante la vista no es contrario al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo (ver, "mutatis mutandis", Sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, pg. 15, ap. 28) e ilustrada por el párrafo 3.d) del artículo 6 ("en las mismas condiciones" -ver, "mutatis mutandis", la Sentencia Engel y otros de 8 de junio de 1976 , serie A, núm. 22, pg. 39, ap. 91-) exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa. El Tribunal considera, igual que la Comisión, que no se ha observado tal equilibrio en los dos procedimientos en cuestión: En primer lugar, el director del Instituto fue nombrado perito según la ley austríaca; según ésta, tendría que desarrollar una función de asistencia neutra e imparcial al juez. Por ello, sus declaraciones debían tener más influencia que las del testigo oído, como en el primer asunto ocurría, a petición del acusado (aps. 12 y 13, supra), aunque en el presente caso su neutralidad e imparcialidad podrían parecer dudosas (ap. 32, supra)

En definitiva, tanto su condición de *investigadores* como de inspectores que proceden a un peinado fiscal paralelo en sede tributaria, de acuerdo con los nuevos criterios aplicados retroactivamente, les inhabilitaba para evacuar informe en condiciones aparentes de imparcialidad -imparcialidad objetiva-.

4.- Porque la intervención de dichos inspectores en el diseño y conformación de la hipótesis acusatoria y en el acopio probatorio -a iniciativa propia- es incuestionable. De hecho el mismo Auto de 15 de junio de 2002 (folio 3314 y ss. del tomo 11 de la Pieza Núñez Navarro) que les nombraba peritos para la Pieza Núñez Navarro les habilitaba para “recabar” a su “instancia” acopio probatorio.

Pero aun antes de esa habilitación que, en rigor, pervertía su condición pericial, los Sres. Peritos investidos de inequívocas notas de *equipo investigador*, impulsaron, entre otras, las siguientes diligencias de prueba:

4.1.- Interviniendo los Sres. Morena, López, Moyano y Castro, en la primera entrada y registro en las dependencias de Núñez Navarro, de fecha 3 de mayo de 2001, asistencia habilitada por el propio Auto de la misma fecha (folio 134 del tomo 1 de la Pieza Núñez Navarro) “a instancia de los peritos intervinientes ... se requiere al Sr. Sánchez Guiu a fin de que aporte a la sede judicial la contabilidad que ...” (folio 240 del tomo 1 de la Pieza Núñez Navarro).

4. 2.- D. Víctor Morena Roy, a medio de escrito de 10 de julio de 2001 (folio 891 del tomo 3 de la Pieza Núñez Navarro), informa a la Instructora de una serie de conexiones telefónicas internas entre varias empresas relacionadas con el Grupo Núñez y Navarro, y por Providencia de la misma fecha (obrante a folio 895 del mencionado tomo 3), se acuerda requerir a Telefónica para que informe sobre determinados abonados.

4.3.- A 5 de julio de 2002, por datos que D. Víctor Morena Roy extrae de la Base de Datos Nacional de la AEAT, y tras formular una suerte de juicio de pertinencia, afirma “*resultaría de interés recabar de la AEAT las diligencia de constancia de hechos extendidas en los procedimientos inspectores de Espí Rosellón y Sentsar...*” (folio 905 del tomo 3 de la Pieza Núñez Navarro). Por Providencia de 6 de julio de 2001 (folio 870 del tomo 3) se une esa comunicación recibida por fax “*del perito designado D.*

Víctor Morena Roy, y a la vista de lo expuesto expídase oficio a la AEAT a fin de que se remita a este Juzgado...”.

4.4.- A 12 de julio de 2001, tras examen de la contestación del imputado Sr. Sánchez Guiu, dirige oficio el Perito D. Víctor Moreno al Juzgado en el que afirma “*resulta de interés conocer el movimiento de las cuentas bancarias ... y para ello habrían de girarse los siguientes requerimientos...*” (folio 941 del tomo 4 de la Pieza Núñez Navarro), lo que se acuerda por Providencia obrante a folio 943 del tomo 4 de la Pieza Núñez Navarro.

4.5.- El perito D. Víctor Morena Roy, en el ya comentado oficio de 27 de noviembre de 2001 (folio 1857 del tomo 7 de la Pieza Núñez Navarro), afirma al Juzgado que “*resultaría de interés recabar de la AEAT los expedientes de inspección completos de Peromoinver, Josel y Edificio Córcega*”, concluyendo con un juicio de pertinencia en torno a la utilidad de la prueba. La misma se acuerda por Providencia obrante a folio 1858 del referido tomo.

4.6.- D^a Fuensanta López Sánchez comparece a 7 de febrero de 2002 ante el Juzgado (folio 2278 del tomo 8 de la Pieza Núñez Navarro), “*manifestando que a los fines de esta causa sería conveniente recabar del Ayuntamiento de Barcelona ...*”, lo que se acuerda por Providencia obrante a folio 2279 del mismo tomo.

4. 7.- En ejecución de lo anterior, los peritos D^a Fuensanta López Sánchez y D. Víctor Morena Roy se constituyen en comisión judicial a fecha 8 de febrero de 2002 ante el Ayuntamiento de Barcelona (folios 2307 y ss. del tomo 8 de la Pieza Núñez Navarro) y recaban y reciben documentación de sus archivos.

4. 8.- El 26 de febrero de 2002, D^a Fuensanta López Sánchez, constituida en comisión judicial con la Sra. Secretaria Judicial del Juzgado, realiza una segunda diligencia de requerimiento y obtención de documentos (folios 2396 y ss. del tomo 8 de la Pieza Núñez Navarro).

4. 9.- El oficio del Inspector Jefe Regional de 30 de septiembre de 2002 (folios 3732 del tomo 13 de la Pieza Núñez Navarro) pone además de manifiesto que los Sres.

Peritos realizaban una pesquisa autónoma y así, al no poder evacuar un requerimiento por extravío de lo solicitado, señala que *“esos y otros expedientes han pasado por muchas manos; las del Servicio de Auditoría Interna de la AEAT que han venido en varias ocasiones, la de los peritos judiciales de esta causa, ...”*.

5.- Todo lo expuesto patentiza una suerte de desdoblamiento en tanto que investidos de condición pericial, actúan además como agentes de pesquisa. No cuestionamos que el Estado pueda y deba proveer a los órganos de instrucción criminal de especialistas de auxilio a la función investigadora. Lo que se cuestiona es la pureza procesal de poder considerar peritos que no han perdido imparcialidad cuando han participado de un modo relevante y activo en la conformación y acopio del material mismo de cargo. Ese apoyo al Instructor durante una larga y prolija instrucción les hace participar (y contaminarse) de la función y naturaleza misma de ese órgano judicial de investigación, y así aflora un natural paralelismo con la por todos compartida doctrina que veda la función de juzgar a quien ha instruido, precisamente, por pérdida de imparcialidad objetiva, doctrina que fluye y se proyecta naturalmente sobre los Sres. Peritos Morena Roy, Moyano Benito y López Sánchez que, inequívocamente, perdieron la debida imparcialidad y, por ende, su intervención pericial en el plenario debe tenerse, por este argumento y por todos los que hemos encadenado ut supra, como prueba no válidamente obtenida para la formación recta de la convicción judicial del órgano de enjuiciamiento y fallo.

6.- Nada de lo afirmado resulta desdibujado por el razonamiento de la Sentencia de Instancia recurrida (páginas 222 a 225), que transita entre la descalificación a quien ejercita defensa (*“la defensa trata de resucitar procesalmente, de reavivar en habilidosa estrategia, pero ingenua por impropio vía inadecuada ... de forma artificiosa, torticera y subrepticia... en fraude de ley o ejercicio abusivo del derecho”*), y la apreciativa loa a los peritos (*“rectitud, rigor profesional y científico, probidad y honestidad”*), soslayando que de ningún modo cuestionamos *“en solfa su profesionalidad, probidad y honestidad”*, sino que se invoca un quebranto de un derecho constitucional desde el parámetro de reflexión que impone el instituto mismo de la imparcialidad como figura que se alimenta de la formalidad y de la apariencia.

Frente a lo que se afirma en Sentencia, la simple condición de funcionario no inmuniza frente a esta tacha de parcialidad. Necesariamente (aun en contra de su mejor

voluntad) el prejuicio derivado de su intervención- activa e intensa -en sede instructora les acompaña al plenario y en modo alguno se neutraliza por el debate contradictorio. Su versión de los hechos formada en una dilatada instrucción no se torna neutra al emitir y exponer su pericia. Desde luego no por la sola condición de funcionario "al servicio de los intereses generales".

7.- Al ser tal prueba la *única prueba de cargo* sobre el carácter indebido de las inspecciones giradas por el Sr. Abella (y luego no objetadas por el Sr. Bergua) el análisis de los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba pericial resulta pertinente en perspectiva de presunción de inocencia. Pues tal vulneración sólo puede ser apreciada por la existencia de "vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna; bien que la practicada se hubiera *realizado sin respetar las garantías procesales* o hubiera sido obtenida con violación de derechos fundamentales del recurrente, o, finalmente, que no mediara razonamiento alguno, o fuera ilógico o arbitrario, entre el resultado de las pruebas practicadas y los hechos que se deducen de las mismas [SSTC 182/1989 (RTC 1989\182) y 41/1991 (RTC 1991\41)]"

En efecto, suprimida mentalmente esa pericia de cargo, por vacío probatorio, todo conduce a la libre absolución del cohecho *activo propio*, por entenderse que ésta no es prueba válidamente obtenida.

Conforme a lo expuesto, y ante la vulneración del enunciado derecho fundamental a la presunción de inocencia, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a la presunción de inocencia c) declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la absolución del delito de cohecho activo propio por el que fue condenado mi representado (dáviva para realizar acto injusto).

QUINTA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), concretado en la proscripción de toda discriminación arbitraria, por omisión o por rechazo patentemente

erróneo, ilógico o irracional, de las pruebas de descargo, en conexión con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

Extracto de la queja

En nuestra quinta queja de amparo denunciarnos infracción de precepto constitucional, a saber, art. 24.1 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, concretado aquí en la proscripción de toda discriminación arbitraria, por omisión o por rechazo ilógico o irracional, de las pruebas de descargo, vinculada además a la vulneración del derecho a la prueba sin indefensión (art. 24.2)

Esta queja se formula de modo subsidiario a la desestimación de la alegada vulneración al derecho a obtener respuesta fundada (incongruencia omisiva), pues se trata de vulneración cuya denuncia fue irresuelta por el Tribunal Supremo en Casación. Por ese motivo no se ha formulado conjuntamente con la vehiculada por medio de la queja núm. 2, pese a su proximidad, pues ésta última sí fue resuelta por el Tribunal Supremo.

Como se ha venido insistiendo, a Sentencia de instancia, reconoce que la prueba pericial de los funcionarios de la AEAT referente a las operaciones del Grupo NN y las inspecciones practicadas, ha sido determinante para fijar los hechos probados. Y sin embargo, escudada en razones patentemente erróneas, se ha desacreditado de plan la pericial de la defensa sobre este extremo, rechazando valorarla a limine. Un rechazo irracional, por error patente, fundado en *inexistentes* indicadores de incredibilidad subjetiva, que sólo cabe considerar arbitrario. Dicho error patente se deriva de modo inequívoco de los documentos que se citarán en el desarrollo de esta queja. Este infundado repudio a valorar por completo la prueba, como *expressis verbis* reconoce la Sentencia de instancia, constituye un equivalente funcional de la inejecución de la prueba misma, y en consecuencia resulta lesiva del derecho a practicar la prueba acordada, con patente causación de indefensión.

Desarrollo del motivo

1.- Como ya señalábamos en nuestro recurso de casación, en la jerga lógica se conocen los argumentos *ad hominem* como una clase de falacias. Estas consisten en desacreditar un determinado razonamiento, no en función de los argumentos intrínsecos aportados, del objeto, de la idea sostenida, sino en atención al *sujeto* que los desarrolla. En suma, atacando personalmente a quien ha formulado la afirmación, desacreditándolo, para reputarla falsa. Este recurso retórico, muy utilizado en política, suele ser muy socorrido cuando no se puede echar mano de ningún *argumentum ad rem*.

Como veremos, la Sentencia que se recurre patentiza un insólito desprecio hacia las conclusiones de la pericial de esta defensa, bajo el argumento, -por lo demás patentemente erróneo como se verá- de que el Sr. Sarró había sostenido históricamente como funcionario de Hacienda, posiciones distintas a las que luego mantuvo en su dictamen y ratificó en el plenario. Este es en sustancia el leit motiv del rechazo de todas y cada una de sus conclusiones: la imputación de "decir lo que no piensa". Imputación que culmina insólitamente con la deducción de testimonio por delito contra la administración de justicia.

Aquí pondremos de manifiesto el craso error en que incurre el Tribunal de instancia sobre esa supuesta contradicción. En caso de haber sido así, ningún cambio de opinión técnica fruto de la reflexión -en eso consiste la pericial- respecto al mantenido en el pasado debería desacreditarse *a limine* por sí sólo . Las opiniones se sostienen por sí mismas con base en la razonabilidad de los argumentos ofrecidos, y no por la biografía del sujeto.

Este rechazo se produce en un contexto en el que, según la misma Sentencia, la prueba pericial ha sido la *prueba reina*, de forma que su valoración ha resultado determinante para las conclusiones condenatorias alcanzadas en la misma.

En fin, la irracionalidad, parcialidad y arbitrariedad en el rechazo a valorar la pericial de la defensa es patente , como exponemos a continuación:

2.- Dispone la sentencia: “*En este juicio oral la prueba reina ha sido la prueba pericial, y algunos de los peritos también merecen una referencia concreta, así el perito Sr. Sarró, quien como se verá, en este juicio oral, defendió una tesis totalmente contraria a aquella que no solo defendió, sino incluso aplicó cuando a finales de los años 90 eran (sic) inspector de hacienda en Barcelona, sin que dicho cambiado de criterio haya quedado justificado, pero que en todo caso se analizara en cada pieza concreta.* (página 233)

Dicho perito, al analizar los dos elementos de riesgo fiscal más importantes, como son en las operaciones intragrupo, la asimetría del pago aplazado y, de forma muy especial en la exención por reinversión, sostuvo tesis totalmente contrarias a aquellas que aplicó cuando fue Inspector Regional Adjunto, sin que haya explicado a este Tribunal los motivos o razones que han originado su cambio de tesis.

Este cambio injustificado de postura, ocupa un papel principal en esta pieza, sobre todo desde la perspectiva de las Defensas, habida cuenta de que uno de los principales elementos de debate en esta pieza y que fue generado artificialmente, se ciñó a una supuesta discrepancia precisamente sobre la interpretación que de la normativa de la exención por reinversión y de la calificación de las operaciones intragrupo, se realizaba durante los años 90, y por tanto si debían o no ser regularizadas.

Esta postura injustificada, obliga desde ya a restar credibilidad a las afirmaciones técnicas de este perito, y en consecuencia al total de su pericial, y todo ello sin perjuicio de que se analice su postura, a los meros efectos de constatar y evidenciar la incredibilidad subjetiva del perito.” (páginas 342 y 343).

La Sentencia de instancia, expressis verbis proclama: a) que su pericia, en bloque no tiene credibilidad porque históricamente sostuvo puntos de vista distintos a los que ahora sostiene. b) que su postura sólo se analizará a los efectos de evidenciar su incredibilidad subjetiva. Luego que no se va a analizar a los efectos de prueba de descargo. En definitiva, que no se va a analizar la pericia en sus argumentos objetivos y concretos (*argumentum ad rem*), sino en la medida en que permita probar lo que ya he afirmado (en el fondo, que miente): *argumento ad hominem*

3.- Tras diferentes descalificaciones más o menos genéricas a la labor del perito, la Sentencia señala el motivo concreto por el que dicha labor no merece ninguna consideración:

“ ...la revalorización no se da en las cuentas de la sociedad vendedora, la revalorización de existir, tendría lugar en el seno del grupo entendido como un todo, dado que **se parte de considerar el grupo NyN y sus sociedades vinculadas como un único sujeto pasivo ...**

En este punto, el propio perito Sarró – a diferencia de lo que dijo en el juicio oral- consideró relevante, cuando era Adjunto de la oficina técnica de la provincial en los asuntos terminados con actas de la actuario Dolores Linares, que la vinculación entre sociedades era determinante para regularizar la motivación de las transmisiones determinantes de exenciones por reinversión;” (página 356, el subrayado es de la sentencia).

“Así, se alegó en primer lugar el carácter individual de cada una de las sociedades del Grupo NyN, y se dijo que las tesis de las acusaciones se sustentan solo si se admite que el grupo NyN fue un único obligado tributario sujeto a imposición, pero resulta profundamente erróneo si el grupo NyN está formado por un conjunto de sociedades relacionadas que gozan de personalidad jurídica y fiscal independiente.

Sorprende esta afirmación efectuada por el perito Sarró, quién no tuvo en cuenta este argumento en el expediente elaborado por la actuario Dolores Linares y visado por el perito Sarró (cajas 209 y 211 de las actuaciones).

En este expediente la sociedad PROMOTORA EUROPEA (en la actualidad JOSEL) fue inspeccionada por Dolores Linares, folio 211166 y en su actuación inspectora analiza la contabilización de las operaciones de PROMOTORA EUROPEA y llega a la conclusión de que el libro diario recoge operaciones de distintas sociedades del grupo como realidad única. Por tanto, el perito Sarró pretende ahora aplicar un criterio netamente diferente al que mantuvo como Inspector de hacienda y considerar grupo NyN está formado por un conjunto de sociedades relacionadas que gozan de personalidad jurídica y fiscal independiente, cuando como Inspector

defendió que el Grupo NyN era un único obligado tributario. No se justifica el cambio de criterio.” (Página 380, la negrita es nuestra).

Insistiendo luego en que “...era *SETEINSA* quien concentraba todos los recursos, era la administradora común de ***todas las sociedades del Grupo NyN, que funcionaba, según ya se ha analizado, como un todo, y como un único sujeto pasivo, como efectivamente reconoció el perito Sarró cuando trabajaba de Inspector de Hacienda***” (página 390).

La sentencia culmina el rechazo a la pericial del Sr. Sarró disponiendo, como se dijo, que se *deduzca testimonio* para que se investigue en sede penal si su actuación profesional es merecedora de sanción. Realmente insólito y revelador también de la ya denunciada falta de parcialidad.

4.- Pero el rechazo y la descalificación de la pericial del Sr. Sarró sobre la base de un hipotético cambio de criterio que se habría producido entre las tesis por él mantenidas cuando trabajaba como Inspector de Hacienda en 2001 y 2002 a las sostenidas en el plenario en 2011 *resultan arbitrarios, parciales e irracionales por múltiples razones, a saber:*

Primero: el criterio sostenido por las Actas incoadas por la Sra. Linares y visadas por el Sr. Sarró no se opone a las tesis sostenidas por éste en el plenario. Muy al contrario, las confirman de forma expresa y clara.

Segundo: el criterio que la Sala identifica como propio del Sr. Sarró cuando era Inspector de Hacienda, no ha sido nunca defendido ni por la Sra. Linares, ni por el Sr. Sarró, ni siquiera por los peritos de la acusación como de forma evidente resulta de la prueba practicada en el plenario;

Tercero: el criterio manifestado en las actas de la Sra. Linares, cualquiera que fuere, no podría ser nunca considerado como criterio propio del Sr. Sarró en la medida en que el mismo estaba sometido al principio de jerarquía administrativa. El Sr. Sarró nunca fue Inspector Regional Adjunto ni Inspeccionó a ninguna sociedad del grupo NN

sino que ejerció *como responsable de la Oficina Técnica y, por lo tanto, el acuerdo de liquidación no podía reflejar su criterio sino el del inspector jefe;*

Cuarto: El objeto de la pericia no versaba sobre los criterios de liquidación vigentes en el año 2001 y 2002, fecha de las actas y el acuerdo de liquidación de PROMOTORA EUROPEA, sino sobre la forma de proceder por la Inspección en la década anterior por lo que, al no coincidir el objeto de la comparativa carece de sentido hablar de contradicción sobre el mismo.

Fundamentaremos ahora, una por una, tales afirmaciones:

5.- Arbitrariedad y parcialidad de la Sala al atribuir al Sr. Sarró criterios que nunca han sido defendidos por el mismo, como inequívocamente resulta de los documentos que la propia sentencia esgrime.

5.1. Como se ha visto, la sentencia concede una importancia capital al expediente incoado por la Inspección Provincial de Barcelona en los años 2001 y 2002 a la sociedad del grupo NN PROMOTORA EUROPEA DE INMUEBLES SA, en adelante (PEI). La trascendencia de dicho expediente en el razonamiento de la sentencia es doble; de un lado, dicho expediente constituye el fundamento por el que se descalifica la labor como perito del Sr. Sarró y, de otro lado, la sentencia sostiene que dicho expediente apoya su tesis conducente a la regularización de la exención por reinversión en las operaciones intragrupo efectuadas en el seno del grupo NN y, en definitiva, a la condena.

Pues bien, lejos de apoyar una u otra conclusión, la realidad de la regularización practicada a PROMOTORA EUROPEA DE INMUEBLES entre 2001 y 2002 pone de relieve, de forma clara, *que la tesis de la sentencia resulta profundamente errónea, tanto en lo que respecta a la valoración de la actuación del perito de la defensa como en lo referente a la procedencia de una regularización generalizada de todas las operaciones efectuadas entre las sociedades vinculadas del grupo NN.*

En efecto, relata la sentencia: *“En este punto, el propio perito Sarró – a diferencia de lo que dijo en el juicio oral- consideró relevante, cuando era Adjunto de*

la oficina técnica de la provincial en los asuntos terminados con actas de la actuario Dolores Linares, que la vinculación entre sociedades era determinante para regularizar la motivación de las transmisiones determinantes de exenciones por reinversión;” (página 356 de la Sentencia, el subrayado es de la sentencia).

“Así, se alegó en primer lugar el carácter individual de cada una de las sociedades del Grupo NyN, y se dijo que las tesis de las acusaciones se sustentan solo si se admite que el grupo NyN fue un único obligado tributario sujeto a imposición, pero resulta profundamente erróneo si el grupo NyN está formado por un conjunto de sociedades relacionadas que gozan de personalidad jurídica y fiscal independiente.

Sorprende esta afirmación efectuada por el perito Sarró, quién no tuvo en cuenta este argumento en el expediente elaborado por la actuario Dolores Linares y visado por el perito Sarró (cajas 209 y 211 de las actuaciones).

*En este expediente la sociedad PROMOTORA EUROPEA (en la actualidad JOSEL) fue inspeccionada por Dolores Linares, folio 211166 y en su actuación inspectora analiza la contabilización de las operaciones de PROMOTORA EUROPEA y llega a la conclusión de que el libro diario recoge **operaciones de distintas sociedades del grupo como realidad única**. Por tanto, el perito Sarró pretende ahora aplica un criterio netamente diferente al que mantuvo como Inspector de hacienda y considerar grupo NyN está formado por un conjunto de sociedades relacionadas que gozan de personalidad jurídica y fiscal independiente, cuando como Inspector defendió que el Grupo NyN era un único obligado tributario. No se justifica el cambio de criterio.”* (página 380).

*“...era SETEINSA quien concentraba todos los recursos, era la administradora común de todas las sociedades del Grupo NyN, que **funcionaba, según ya se ha analizado, como un todo, y como un único sujeto pasivo, como efectivamente reconoció el perito Sarró cuando trabajaba de Inspector de Hacienda.**”* (página 390, la negrita es nuestra).

La tesis de la sentencia es clara, las diferentes sociedades del grupo NN constituyen fiscalmente un único sujeto pasivo u obligado tributario y la existencia de

vinculación es determinante de la regularización de la exención por reinversión. Así lo hizo, supuestamente, el Sr. Sarró al visar las actas de la Sra. Linares referidas a PEI.

Frente a lo anterior, el acta incoada y el acuerdo de liquidación ponen de relieve que la regularización de la exención por reinversión practicada a PEI **no se produce por ninguna de las tesis sostenidas en la sentencia** sino que tiene lugar por razones ajenas al debate, al considerar la inspección tributaria que, por las concretas circunstancias que concurren en el expediente, **el solar transmitido tiene la naturaleza de activo circulante y no de activo fijo.**

Reproducimos aquí por su claridad las conclusiones del acuerdo de liquidación por las que se procede a la regularización:

*“En conclusión, y asumiendo las argumentaciones de la Dirección General de Tributos, en el caso planteado, dado que el solar se ha destinado a la venta prácticamente en igualdad de condiciones desde la fecha de su adquisición y sin que el mismo haya servido al cumplimiento de la actividad de arrendamiento de inmuebles constitutiva y que no se ha acreditado fehacientemente ante la Inspección que el solar enajenado se destinase por la entidad sujeto pasivo al arrendamiento o al uso propio, y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 114.1 LGT, hay que concluir que el controvertido solar enajenado tiene la consideración de activo circulante para la entidad con independencia de la calificación que ésta le hubiese dado y, en consecuencia, de cómo hubiese sido contabilizado por la misma” **(página 28 del acuerdo de liquidación, Folio 182246 de la causa).***

La lectura no admite duda alguna: La regularización de la exención por reinversión se produce pues al considerar que el terreno vendido responde a la categoría de existencia o activo circulante y no de activo fijo, todo ello por tener la compañía como objeto social la compraventa de inmuebles y por la falta de prueba suficiente de que el inmueble transmitido hubiera sido arrendado (página 24 del acuerdo, F 182242), lo que por aplicación de las reglas de la carga de la prueba previstas en el artículo 114 LGT (página 22 del acuerdo, F 182240) determina la procedencia de la regularización.

Al igual que en las operaciones referidas en la sentencia, en el expediente de PEI concurre una operación de venta de un solar entre sociedades del grupo NN cuyo beneficio se acoge a la exención por reinversión y si bien es cierto que la exención por reinversión es objeto de regularización, dicha regularización se produce por cuestiones completamente ajenas a las tesis mantenidas por la pericial de la acusación y asumidas por la sentencia. Ni se cuestiona la existencia de un conjunto de sociedades independientes, ni se duda del papel de SETEINSA a pesar de ser profusamente analizado, ni se acude al expediente de fraude de ley, ni se califica la operación de simulación, ni se remiten las actuaciones a la jurisdicción penal a pesar de superar la cuota tributaria el umbral de 20 millones de pesetas previsto en el artículo 305 CP para el tipo del delito fiscal. Nada de esto ocurre por más que la sentencia lo ignore.

En contra de lo señalado con insistencia por la sentencia, hasta el punto de constituir la premisa sobre la que construir su tesis condenatoria, **en dicho expediente no se considera al grupo NN como un único sujeto pasivo o como un único obligado tributario, sino todo lo contrario, en ningún momento se pone en duda que el único sujeto pasivo es la compañía PEI, nunca el grupo, ni se cuestiona, como hace la sentencia, la posibilidad de la exención por reinversión en las operaciones intragrupo o entre sociedades vinculadas.**

Por su claridad merece reproducirse la argumentación contenida en el último párrafo de la página 27 del acuerdo de liquidación visado por el Sr. Sarró (**folio 182245 de la causa**):

“La Inspección en este punto , coincide con lo señalado por el sujeto pasivo en su alegación quinta en cuanto a que el sujeto pasivo no es otro que la compañía que obtiene el incremento de patrimonio (a su parecer), pero el denominado grupo de sociedades ni es sujeto pasivo ni obligado tributario ni tiene trascendencia fiscal en cuanto a la exención por reinversión a lo que aquí interesa. Esto es, poco importa aquí que la intención única e inescindible del grupo fuese la de arrendar, puesto que el sujeto pasivo no es otro que JOSEL SA, en cuanto entidad absorbente de Promotora Europea de Inmuebles SA, y la intención que se juzga es la de esta entidad y la evidencia demuestra que ésta adquirió un solar y lo destinó a su venta a un tercero, sea éste de su grupo o no y al margen de la intención o actuación del adquirente. La regulación de la exención por reinversión contenida en la ley y el reglamento en ningún

caso va más allá a efectos de determinar el destino que al bien transmitido se da por su adquirente.

En cuanto a las implicaciones derivadas de la existencia de vinculación, se hace preciso hacer notar al sujeto pasivo que la sentencia a que hace referencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2.000 se refiere a una situación diversa de aquella en la que se encuentra pues, como muy bien transcribe en su escrito de alegaciones, se trata de “grupos de sociedades en régimen de tributación consolidada”. La Inspección de los Tributos, al realizar el análisis de la existencia de vinculación entre las entidades que participan en las operaciones de transmisión de inmuebles aquí analizadas, en ningún momento sustenta la negativa a aplicar los beneficios fiscales controvertidos en la existencia de vinculación sino en todas las argumentaciones anteriormente expuestas, como debería resultar claro y evidente y se desprende de la lectura del acta e informe referenciados y del presente acuerdo”.

Confróntese **la literalidad y claridad del acuerdo sobre la irrelevancia de la vinculación en orden a la regularización con la apreciación que de dicho acuerdo efectúa la Sentencia**, señalándolo como criterio del perito de la defensa Sr. Sarró: “*la vinculación entre sociedades era determinante para regularizar la motivación de las transmisiones determinantes de exenciones por reinversión*” (página 356).

¿Pero cómo puede afirmarse esto, si en el acuerdo se dice justamente lo contrario? Que la inspección, en ningún momento sustenta la negativa a aplicar los beneficios en la existencia de vinculación. ¿Cómo puede decirse que el Sr. Sarró sostuvo que el Grupo NN era un solo obligado tributario, *cuando dijo textualmente lo contrario?* Resulta, simplemente delirante e incomprensible. Absolutamente incomprensible. No se puede decir de un documento, lo que no dice. Pero mucho menos decir que dice lo contrario de lo que justamente dice.

La contradicción entre la apreciación de la sala y la realidad del acuerdo de liquidación no puede resultar más clara, patente y evidente. Por más que lo repita la sentencia como base de la condena, ni el grupo NN debe ser tratado como un único obligado tributario, ni la vinculación entre las sociedades condiciona la exención por reinversión ni es el motivo de la regularización. Pero desde luego, el Sr. Sarró no debe

ser tratado como un mentiroso poniendo en su boca (o en su pluma) lo que nunca dijo ni escribió.

Lejos de apoyar la tesis de las acusaciones y sustentar el hipotético cambio de criterio del perito Sarró que fundamenta en gran medida la sentencia condenatoria, el expediente de PEI niega radicalmente la posibilidad de considerar al grupo NN como un único sujeto pasivo u obligado tributario y coincide punto por punto con la tesis del perito de la defensa. En contra de la lectura profundamente errónea, parcial y arbitraria que de dicho acuerdo efectúa la sentencia, el propio acuerdo de liquidación visado por el Sr. Sarró considera *claro y evidente* que la existencia de vinculación entre las sociedades compradora y vendedora **en nada afecta a la aplicación de la exención por reinversión.**

Es preciso volver a insistir, pues esta representación es perfectamente consciente de la gravedad de lo que está afirmando.

La sentencia afirma que en el acuerdo de PEI el perito Sr. Sarró sostuvo que el grupo NN *era un único sujeto pasivo u obligado tributario* lo que motivó la regularización practicada cuando en dicho acuerdo se lee que

“el denominado grupo de sociedades ni es sujeto pasivo ni obligado tributario ni tiene trascendencia fiscal en cuanto a la exención por reinversión”

La Sentencia afirma repetidamente que en dicho acuerdo el perito consideró que ...

“la vinculación entre sociedades era determinante para regularizar la motivación de las transmisiones determinantes de exenciones por reinversión”..

Cuando el propio acuerdo niega expresamente dicho extremo hasta el punto de exteriorizar que considera *claro y evidente justo lo contrario*, esto es, que

“en ningún momento sustenta la negativa a aplicar los beneficios fiscales controvertidos en la existencia de vinculación”,

En consecuencia, tales afirmaciones, que sustentan el repudio de su pericial, sólo pueden ser tachadas de arbitrarias, parciales e irracionales, pues tergiversan por completo la realidad de las cosas y la prueba practicada en el plenario.

6.- *Arbitrariedad e irracionalidad de la sentencia al atribuir al Sr. Sarró y a la Sra. Linares el criterio de que el grupo NN debía ser considerado un único sujeto pasivo u obligado tributario. Irracionalidad, parcialidad y arbitrariedad en la valoración de la prueba.*

Como se ha visto, en contra de lo que la sentencia pretende, tanto la Sra. Linares como el acuerdo de liquidación de PEI visado por el Sr. Sarró niegan de forma expresa y rotunda que el grupo NN deba ser considerado un único obligado tributario.

Es decir frente a la voluntad de la sentencia de que *“el perito Sarró pretende ahora aplicar un criterio netamente diferente al que mantuvo como Inspector de hacienda y considerar grupo NyN está formado por un conjunto de sociedades relacionadas que gozan de personalidad jurídica y fiscal independiente, cuando como Inspector defendió que el Grupo NyN era un único obligado tributario”* aparece la realidad del acuerdo de liquidación visado por el mismo señalando exactamente lo contrario, a saber, *“el denominado grupo de sociedades ni es sujeto pasivo ni obligado tributario ni tiene trascendencia fiscal en cuanto a la exención por reinversión”*.

Por tal motivo, carece de cualquier fundamento la afirmación de la Sala de que la Sra. Linares o el perito Sarró consideraran en algún momento al grupo NN como un único obligado tributario. Nunca lo hicieron. Más aún, **ni una sola de las decenas de actuaciones inspectoras desarrolladas sobre el grupo NN ha considerado nunca a dicho grupo como un único sujeto pasivo u obligado tributario a efectos de sostener una regularización tributaria.**

Pero no exclusivamente la Sra. Linares o el Sr. Sarró no sostuvieron, sino que negaron, expresamente lo que para la sentencia constituye la premisa básica sobre la que gira su tesis condenatoria, la consideración del grupo NN como un único obligado tributario. Es que dicha tesis no fue mantenida ni siquiera por los peritos de la acusación a los que pretende seguir en su razonamiento la sentencia.

Por su claridad, se reproducen las manifestaciones de los peritos de la acusación a preguntas del Ministerio Fiscal en la sesión celebrada el 17 de febrero de 2010 (CD: 20100217_103143_076. min 24:25 y ss.).

- Pregunta del Ministerio Fiscal: *Resumiendo, ¿Ustedes en algún momento en ese análisis ponen en cuestión la existencia de sociedades independientes con personalidad jurídica propia?*
- Respuesta Perito Acusación: *No, en absoluto. Nos ha sorprendido cuando hemos visto en otros informes periciales poner en nuestro informe que cuestionábamos la legalidad de las sociedades. Tengo que decir que en absoluto.*
- P: *¿En algún momento han utilizado ustedes como premisa de su pericia que todas estas sociedades independientes tuvieran que ser un único obligado tributario?*
- R: *No, en absoluto.*
- P: *¿No es una premisa de su análisis?*
- R: *No, en absoluto.*

La rotundidad y claridad de las respuestas ofrecidas por los peritos de la acusación a preguntas de la propia acusación no admite dudas o interpretaciones. En **abierta contradicción** al *presupuesto utilizado por la Sala para invalidar la pericial de la defensa y construir su tesis condenatoria*, los peritos de la acusación coinciden con la Sra. Linares y el perito de la defensa Jorge Sarró: el grupo NN no puede considerarse como un único obligado tributario.

Frente a la voluntad de la Sala de que las sociedades del grupo NN deben ser consideradas como un único obligado tributario y de que el perito Sarró defendió en el plenario un criterio distinto al visado en su día en el acuerdo de PEI, se yergue la realidad incontestable de que ni la Sra. Linares, ni ningún otro actuario, ni las propias acusaciones han sostenido nunca dicha pretensión. Todos ellos, en la misma línea defendida por el Sr. Sarró, han negado expresa y contundentemente dicha posibilidad.

Repárese en que para la Sala la existencia de un único sujeto pasivo u obligado tributario **constituye la premisa fundamental sobre la que no solo invalidar la pericial completa del Sr. Sarró sino sobre la que construir la tesis condenatoria.**

La pericial practicada no puede ser más clara en este punto: no sólo nadie defendió nunca la tesis de la Sala sino que todas las partes la rechazaron de forma expresa. Dicho en otros términos, la sentencia elabora **toda su argumentación sobre una premisa manifiestamente falsa.**

La constatación anterior no hace sino poner de relieve la incoherencia, arbitrariedad y falta de lógica de la completa argumentación de la Sala, al tiempo que exterioriza de forma palmaria la parcialidad con la que ha obrado el Tribunal. Cabe insistir que la actuación del perito sosteniendo la existencia en el grupo NN de diferentes sociedades relacionadas, jurídicamente independientes y la consiguiente imposibilidad de considerar la concurrencia de un único obligado tributario, esta idea, es la **que ha merecido para la Sala los más vehementes y reiterados reproches hasta el punto de invalidar su pericial entera y ordenar que se dedujera testimonio para extraer consecuencias penales.**

7.- Arbitrariedad, parcialidad e irracionalidad de la sentencia al atribuir al Sr. Sarró como criterio propio lo que no es sino el criterio de la Dependencia de Inspección. Desconocimiento del principio de jerarquía administrativa.

Sin perjuicio de que, como se ha visto, el criterio utilizado en las actas incoadas a PEI no sólo no es contradictorio con la tesis pericial mantenida por el Sr. Sarró en el plenario sino que la refuerza en todos sus extremos, la argumentación utilizada por la sentencia para descalificar al Sr. Sarró no puede ser aceptada por cuanto desconoce la estructura organizativa de la AEAT y el principio de jerarquía que la informa.

Se da la circunstancia de que en diversos apartados de la sentencia la misma alude a la organización jerárquica propia de la AEAT y utiliza el funcionamiento jerárquico de la misma y la necesidad de contar con la complicidad de los niveles superiores como premisas sobre las que inferir sus razonamientos en orden a la existencia de la supuesta trama de corrupción. De forma simultánea, este mismo principio de jerarquía administrativa se desconoce de plano por la Sala cuando de lo que se trata es de descalificar la labor pericial del Sr. Sarró, **ignorando sin justificación que su actuación laboral debía ajustarse por ministerio de la ley a las órdenes de sus superiores, exactamente en los mismos términos que la sentencia reconoce para el resto de funcionarios de la AEAT.**

En el año 2002, en el momento de visar el acuerdo de liquidación referido al expediente de PEI, el Sr. Sarró, como funcionario de la Dependencia de Inspección de Barcelona, se encontraba jerárquicamente vinculado por las instrucciones y criterios emanados de sus superiores, el Inspector Jefe Provincial y el Inspector Jefe Regional de Cataluña, a quienes correspondía además la función de dictar los actos administrativos de liquidación.

La Agencia Estatal de Administración tributaria es un ente público adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda e integrado en la Administración Pública Central (art. 103 Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado) y como tal actúa de acuerdo con el principio de jerarquía que rige su organización y funcionamiento (art. 103 CE, art. 2 y 3 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

La jerarquía administrativa supone la ordenación vertical y gradual de los órganos de la Administración en cuya virtud, unos órganos inferiores se someten al criterio de otros superiores de forma que éstos pueden ordenar y fiscalizar la actuación de aquéllos. Los órganos de nivel superior priman sobre los de nivel inferior para dirigir y sustituir la voluntad de éstos con la finalidad de alcanzar la necesaria unidad de la actuación administrativa.

La importancia que el ordenamiento jurídico concede al principio de jerarquía en el ámbito administrativo funcional es tal que su violación consta tipificada como infracción no sólo en el derecho administrativo sancionador (artículo 7.1.a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de Enero por el que se aprueba Reglamento de Régimen Disciplinario) sino en el propio Código Penal cuyo artículo 410 contempla el delito de desobediencia a las órdenes de un superior.

En el ámbito de la Inspección Tributaria los órganos superiores jerárquicos son los Inspectores jefes de cada dependencia a quienes incumbe *planificar, dirigir y controlar* las actuaciones de sus subordinados (apartado Doce de la Resolución de 24 de marzo de 1992 de la Presidencia de la AEAT, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del

Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, en su redacción vigente hasta 24-3-2003).

En el ámbito tributario son frecuentes la emisión de órdenes, instrucciones o circulares por parte de los Inspectores Jefes, órdenes que aunque carecen de eficacia frente a terceros, son vinculantes para el funcionario subordinado como consecuencia de la obediencia en que se concreta la jerarquía administrativa (artículo 21 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Tales manifestaciones son frecuentes en el ámbito tributario y se basan en el principio de jerarquía administrativa: *“Quiere decirse con esto, que el resto de actos o «supuestas» disposiciones (Circulares , Instrucciones, etc.), pese a su frecuencia en el ámbito tributario, carecen de eficacia normativa «ad extra» de la propia Administración tributaria, y si tuvieran mandatos imperativos afectantes al «status» tributario de los administrados, habrían de tenerse por nulas y sin valor en cuanto a ellos pudiera afectar. Con otras palabras: tales disposiciones, como máximo, sólo podrían tener valor obligatorio para los propios órganos administrativos inferiores en virtud del principio de jerarquía administrativa ...”* (Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª Sentencia de 10 febrero 2001 RJ 2001\1019).

La propia sentencia recoge expresamente la existencia de los diferentes niveles de jerarquía administrativa en la Inspección Regional de Cataluña (página 56) y constan en la causa ejemplos claros del ejercicio de dicha jerarquía por parte del Inspector Regional sobre sus subordinados mediante la emisión de las correspondientes órdenes o instrucciones.

Así, cuando de forma expresa el Inspector Bartolomé Riera solicita al Inspector Regional en mayo de 2000 que se pronuncie respecto de la mercantil del grupo NN CHRISANTHEMUS SA sobre si procede aceptar la exención por reinversión practicada por importe superior a 300 millones de pesetas o si por el contrario *“considera procedente la impugnación de las citadas operaciones regularizándolas mediante las correspondientes Actas”* (Folios 136.246 o 20.105), el Inspector Regional de Cataluña responde reafirmando en los criterios favorables a la no regularización y,

en virtud de dicha orden, la exención por reinversión aplicada por CHRISANTEMUS se considera correcta y no se regulariza (F. 2959 T 10 NN).

Del mismo modo, al ser nombrado nuevo Inspector Regional de Cataluña el Sr. Ángel Cenzual, dictó diferentes órdenes tendentes a establecer los nuevos criterios en materia de interpretación de las normas referidas a la exención por reinversión. En cuanto aquí interesa, el citado Inspector Regional, dictó en febrero de 2001 instrucciones expresas derogando las órdenes anteriores y estableciendo los criterios a seguir en la aplicación de la exención por reinversión:

“En tanto pueden haberse en su día transmitido órdenes o interpretaciones del precepto comentado por parte de esta misma Dependencia contradictorias en todo o en parte con las conclusiones que ahora se expresan, debe aclararse que la presente nota refleja la posición definitiva de la Dependencia sobre el tema y que subsana o corrige cualquier otra del mismo rango que pudiese ser de otro tenor o sentido” (Folio 182607 y 182608).

En este ámbito, el Inspector Sarró, como el Sr. Bartolomé Riera o cualquier otro inspector de la Dependencia Regional de Cataluña, se encontraba sometido jerárquicamente a las nuevas instrucciones y órdenes de sus superiores jerárquicos y, en particular y en cuanto aquí interesa, a las órdenes del Inspector Regional relativas a la nueva interpretación que de la normativa de la exención por reinversión debía predicarse.

El incumplimiento de las órdenes de sus superiores jerárquicos podría haber comportado, amén de la pérdida de la confianza que fundamenta su posición como funcionario de libre designación al frente de la oficina técnica de inspección, las oportunas consecuencias sancionadoras en el ámbito correspondiente.

No cabe pues construir la descalificación de la pericial del Sr. Sarró sobre la base de que en materia de exención por reinversión mantuviera un criterio distinto siendo inspector al sostenido en el plenario. En absoluto mantuvo un criterio distinto, pero aunque lo hubiese mantenido, aunque existiera tal discrepancia el criterio propuesto por la Inspectora Linares y aplicado por el Inspector Jefe Provincial de Barcelona, Sr. García Millán, no puede ser considerado como un criterio propio del

perito Sarró en la medida en que el mismo, en tanto que funcionario subordinado, tenía la obligación de respetar y hacer aplicar las órdenes e instrucciones de sus superiores jerárquicos.

8.- Por otro lado, y en contra de lo que erróneamente señala la Sala, el Sr. Sarró nunca fue Inspector Regional Adjunto, ni a finales de los 90 como dice erróneamente la sala ni nunca, como tampoco inspeccionó nunca a ninguna sociedad del grupo NN. Su puesto en los años 2001 a 2003, cuando visó las actas de la Sra. Linares, fue el de responsable de la oficina Técnica de la Inspección Provincial de Barcelona.

Como responsable de la oficina técnica el Sr. Sarró no dictaba acuerdos de liquidación, función que ejercía el Inspector Jefe Provincial, sino que limitaba su actuación a las funciones propias de las oficinas técnicas, a saber, funciones de asesoramiento en todas aquellas cuestiones relativas a competencias que tiene atribuidas como propias la Dependencia de Inspección tal y como prescribía la por entonces vigente Resolución de 24 de marzo de 1992 de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

El responsable de la oficina técnica es un cargo de libre designación nombrado a propuesta del inspector jefe provincial quien es su superior jerárquico y funcional. Como tal el responsable de la oficina técnica no puede seguir un criterio distinto del inspector jefe, entre otras cosas, porque la función de dictar los acuerdos de liquidación con efectos frente a terceros recae en éste y no en aquél. De este modo, carece de sentido sostener como hace la sentencia que el Sr. Sarró *aplicó* un determinado criterio, cuando dicha persona, como responsable de la oficina técnica, ejercía funciones de asesoramiento con pleno sometimiento al principio de jerarquía que rige la organización administrativa. El responsable de la oficina técnica no tenía entre sus posibilidades sostener en sus propuestas un criterio distinto del inspector jefe, su superior jerárquico y órgano que dictaba los acuerdos de liquidación.

Probablemente **la Sala le atribuye por error dichas capacidades al identificarlo equivocadamente como Inspector Regional Adjunto y asimilarlo en sus funciones a las funciones de visado y liquidación de los Inspectores Regionales**

Adjuntos que comparecieron ante el plenario (“*sostuvo tesis totalmente contrarias a aquellas que aplicó cuando fue Inspector Regional Adjunto”*).

Nada más alejado de la realidad. El Sr. Sarró **nunca fue Inspector Regional Adjunto sino Inspector responsable de la Oficina Técnica, con funciones de asesoramiento y con pleno sometimiento al principio de jerarquía, con lo que le resultaba imposible mantener criterios distintos de los del Inspector Jefe Provincial.**

Así resultó del plenario, sesión de fecha 3 de marzo de 2010 (CD 20100303_114727_076, min. 0 a 6.05).

En consecuencia, el Sr. Sarró nunca mantuvo un criterio distinto sobre la realidad del Grupo NN como obligado tributario y el tratamiento de las exenciones por reinversión. Pero si lo hubiese hecho, ello habría sido consecuencia ineludible del sometimiento del funcionario al principio de jerarquía, aún más si cabe por el hecho de no haber sido nunca Inspector Regional Adjunto, sino Inspector responsable de la oficina técnica sometido a los criterios del Inspector Jefe Provincial.

9.- Arbitrariedad, parcialidad e irracionalidad de la sentencia al afirmar contradicción en los criterios mantenidos por el Sr. Sarró en el plenario y en su trabajo como Inspector de Hacienda ya que uno y otros tenían diferente objeto.

Sin perjuicio de que, como ya se ha dicho, ni los criterios de las actas PEI difieren de lo sostenido por el Sr. Sarró en el plenario, ni aquéllos podían ser los criterios de un funcionario sujeto al principio de jerarquía administrativa, lo cierto es que la supuesta contradicción entre criterios no podría haberse producido ni siquiera en el plano teórico por la sencilla razón de que el objeto de la pericial practicada en el plenario no era la determinación de los criterios aplicados en 2002 a concretas operaciones de exención por reinversión sino analizar y valorar la actividad inspectora y su resultado desplegada por el Sr. Manuel Abella Zarraluqui desde principios de los años noventa hasta 1999, emitiendo juicio crítico sobre los demás informes periciales obrantes en la causa y juicio comparativo sobre la actividad inspectora realizada en ese mismo tiempo por otros funcionarios de la AEAT.

En palabras de la sentencia: *“uno de los principales elementos de debate en esta pieza y que fue generado artificialmente, se ciñó a una supuesta discrepancia precisamente sobre la interpretación que de la normativa de la exención por reinversión y de la calificación de las operaciones intragrupo, se realizaba durante los años 90, y por tanto si debían o no ser regularizadas.”*

Probablemente la sentencia yerra al apreciar de nuevo erróneamente que la actuación profesional del Sr. Sarró se produjo en el mismo tiempo en que tuvo lugar la actuación como inspector del Sr. Abella, los años noventa, cuando lo cierto es que el visado de las actas de PEI se produce en 2002, una vez cesado en sus funciones el Sr. Abella y una vez *ordenados los nuevos criterios de actuación y regularización por parte de los nuevos inspectores jefes regional y provincial* a los que nos hemos referido anteriormente.

No es cierto pues lo que dice la sentencia sobre el Sr. Sarró, en el sentido de que *“defendió en juicio tesis contrarias a las que aplicó cuando era Inspector Regional Adjunto a finales de los años noventa cuando visó las actas de la Sra. Linares”*. Amén de que el Sr. Sarró nunca ejerció de Inspector Regional Adjunto como erróneamente entiende la sentencia, el visado de las actas de la Sra. Linares se produce en 2002 y no en los años noventa por lo que no existe ninguna coincidencia temporal entre el actuar de Abella y la actuación del Sr. Sarró sobre PEI.

Cabe decir que en otros apartados de la sentencia la misma muestra un especial cuidado por la cronología de los hechos y mantiene un razonamiento completamente opuesto al que sigue para descalificar al Sr. Sarró por su pretendido cambio de criterio. Así, mientras no tiene problemas la sala en establecer una comparativa entre el concreto criterio seguido por la dependencia de inspección en una concreta inspección en 2002 (PEI) y la actuación profesional del Sr. Abella en los años noventa, ignorando los cambios producidos en la jefatura de la inspección de Cataluña, la misma sala niega esa posibilidad comparativa cuando de lo que se trata es de considerar que el Sr. Abella mantenía en sus actas el criterio defendido por la cúpula de la Inspección de Cataluña, incluido el Inspector Regional, en 1999.

En efecto, para negar cualquier consecuencia al hecho de que el Sr. Abella siguiera en sus actas al grupo NN el mismo criterio manifestado por escrito por el Inspector Regional de Cataluña, Sr. Prada, en las conclusiones de la denominada Comisión Técnica Regional, la sentencia no duda en afirmar que tal comisión *“Actúa una vez que es Jefe Regional el Inspector Sr. Prada, y en relación a la exención por reinversión el acuerdo es de 19 de febrero de 1999 – folio 2958- , por lo tanto difícilmente pudo vincular a Abella, quien realizó su actividad de inspector con anterioridad, pues precisamente, unos meses después, en 11 de noviembre de 1999 Abella fue suspendido cautelarmente de empleo y sueldo, por haberse iniciado ya la investigación de estos hechos, y Bergua ya no estaba de Adjunto”* (página 381).

Es decir, siempre según la sentencia, el criterio manifestado por escrito en febrero de 1999 por el Inspector Regional y el resto de Inspectores Jefes de Cataluña no afecta a la valoración comparativa de la actuación del Sr. Abella como inspector pues éste fue cesado 9 meses después; sin embargo, el criterio sostenido en la regularización de las actas de PEI en 2002 sí debe ser considerado a la hora de valorar la actuación del Sr. Abella en los años 90 analizada por el perito de la defensa.

Como en otros, el razonamiento de la sentencia en este punto es arbitrario, parcial e ilógico. La pericial del Sr. Sarró versaba sobre la actuación de la Inspección del Sr. Abella y de la Inspección de Cataluña hasta 1999 y no sobre los nuevos criterios de actuación y regularización impartidos con fuerza vinculante con posterioridad al cese de Abella. Resulta arbitrario desacreditar la relevancia de las conclusiones de la Comisión Técnica Regional por el hecho de producirse 9 meses antes del cese de Abella y, en cambio, fundamentar el rechazo a la actuación pericial del Sr. Sarró y deducir testimonio para su reproche penal, sobre la base de un supuesto criterio propio mantenido en 2002, tres años después del cese de Abella y todos sus superiores.

La parcialidad y falta de equilibrio con la que ha actuado la Sala en este caso resulta patente cuando se atiende a la forma en que la Presidenta de la Sala interrogó de forma *exhaustiva, inquisitiva y por iniciativa propia al perito* de la defensa Sr. Sarró sobre sus funciones durante el año 2002 en la oficina técnica y su papel en el expediente de PEI, anticipando ya las conclusiones de la sentencia, y al mismo tiempo se constata que esa misma Presidencia *negó reiteradamente la posibilidad de que el abogado de la defensa, obtuviera respuesta de los peritos de la acusación, en particular de la Sra.*

López Sánchez, sobre idéntico objeto al preguntado al Sr. Sarró, esto es, su vinculación y participación en el expediente de PEI y la actuaría Dolores Linares.

Así se constata en la sesión del plenario de 10 de marzo de 2010 (**CD 20100310_124558_076, minutos 8:40 a 10:04**) donde las preguntas del letrado son sistemáticamente cercenadas por la Presidencia de la Sala que directamente invita a no contestar a los peritos de la acusación.

Ante preguntas con idéntico objeto, unas formuladas motu proprio por la Presidencia al perito de la defensa y otras formuladas por la defensa a los peritos de la acusación la respuesta de la Sala es radicalmente distinta. Mientras en el primer caso le valen al perito de la defensa la descalificación de su pericial entera y la deducción de testimonio a la vía penal; en el segundo, se argumenta por la Presidencia que tales preguntas carecen de relevancia para el caso enjuiciado o se sugiere que debía haberse citado a los peritos de la acusación como testigos.

La ruptura del principio de igualdad de armas y la parcialidad y arbitrariedad de la Sala resultan palmarias. No es ya que a las acusaciones se les permita preguntar aquello que no se le permite preguntar a las defensas, es que es la Presidenta de la Sala la que en indisimulado apoyo de las acusaciones asume y protagoniza un intenso y exhaustivo interrogatorio del perito de la defensa sobre unas materias concretas que luego, cuando es la defensa la que pretende obtener respuestas, son consideradas como improcedentes, extemporáneas o irrelevantes.

Resumiendo cuanto llevamos dicho en esta queja, cumple señalar:

a) Hay un rechazo *ad hominem* de la pericial de la defensa; la Sentencia afirma expresamente que no entrará a valorarla en su contenido sino para poner de manifiesto la subjetividad del perito.

b) Tal rechazo de plano resulta ilógico, irracional y arbitrario, por las siguientes ocho razones:

Primero: Porque hace decir a determinados documentos justamente lo contrario de lo que dicen: que el Sr. Sarró sostuvo que el Grupo NN era un solo obligado tributario y que para la exención por reinversión resultaba relevante que se tratara de operaciones entre vinculadas, cuando en el documento que se cita de apoyo se **afirma justamente todo lo contrario.**

Segundo: Porque esa falaz e inexistente opinión del perito de la defensa ni siquiera ha sido sustentada por la pericial de las acusaciones. La Sentencia asume pues la tesis por nadie defendida sobre la que se sustenta -falazmente- el repudio a la pericial de Sarró.

Tercero: Porque en caso de haberse reflejado tal opinión en alguna actuación -lo que se niega- ello sería consecuencia del **principio de jerarquía al que estaba sometido.**

Cuarto: Porque contra lo afirmado por la sentencia, **el Sr. Sarró nunca fue Inspector Regional Adjunto. Nunca, sólo responsable de la oficina técnica sujeto al Inspector Regional. En consecuencia nunca intervino como inspector de sociedades del Grupo NN.**

Quinto: Porque contra lo afirmado por la sentencia el visado de las actas de la Sra. Linares se produce en 2002 y **no en los años noventa, por lo que no existe ninguna coincidencia temporal entre el actuar de Abella y la actuación del Sr. Sarró sobre PEI.**

Sexto: Porque la Sentencia no tiene empacho en negar incidencia a los criterios vigentes nueve meses después del cese de Abella, y sin embargo afirma la importancia de un criterio supuestamente plasmado documentalmente en 2002. Supuestamente, pues como se ha dicho, el criterio que se expresa es manifiestamente el contrario.

Séptimo: En este contexto, la deducción de testimonio por delito contra la Administración de Justicia es, simplemente, una burda estratagema de distracción sobre tal cúmulo de errores. Nadie más interesado que el Sr. Sarró en que efectivamente se le incoe diligencias previas, para que se ponga luz y taquígrafos a los documentos sobre los que descansa tal imputación, y se comprueben las delirantes deducciones a las que llega la Sala, comprometiendo el honor, el prestigio y la integridad de un ciudadano.

Ciudadano que por supuesto se reserva el ejercicio de acciones penales, pues no se puede tachar a alguien de mentiroso con tanta frivolidad, haciendo decir a un documento justamente lo contrario de lo que dice; afirmando que fue Inspector Regional Adjunto a finales de los noventa cuando no lo fue; ninguneando el principio de jerarquía en caso de que hubiese aplicado algún criterio impuesto por el Inspector Regional Jefe, etc. etc.

En consecuencia procede estimar esta queja declarando la nulidad de la Sentencia por haberse infringido gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva vivificado aquí en el arbitrario y profundamente injusto rechazo del perito de la defensa, más que de su propia pericial.

9.- La jurisprudencia de este Tribunal tiene señalado a propósito del principio de libre valoración de la prueba, tratándose del derecho a la presunción de inocencia, no es su función la de entrar a valorar las pruebas "sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios" (entre muchas otras, STC 209/2007, de 24 de septiembre). Mas hemos acreditado que el rechazo a valorar siquiera una prueba practicada, fundado en incredibilidad subjetiva se apoya en datos patentemente erróneos en inveraces, lo que pugna de modo manifiesto con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afirma El TEDH (por todas STEDH Sanocki c. Polonia, de 17 de julio de 2007) que si bien el artículo 6 del Convenio no regula la admisión de pruebas y "corresponde en principio a los tribunales nacionales valorar las pruebas presentadas por las partes", sí puede constatar si el proceso considerado en su conjunto, incluido el modo de practicar y valorar las pruebas, revistió un carácter justo, propio de un proceso equitativo. La necesidad de evitar un desequilibrio entre las partes y de mantener la igualdad de armas entre ellas ha sido mencionada a éste propósito en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal (ver, principalmente, Refinerías griegas contra Grecia, Sentencia de 9 diciembre 1994 [TEDH 1994, 47] , serie A núm. 301-B, ap. 46; Doorson contra Países Bajos, Sentencia de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20] .

Aquí se trata pues no de cuestionar la valoración hecha por el Tribunal de una prueba efectivamente practicada, sino del rechazo a valorarla por arbitraria tacha de *incredibilidad subjetiva*. Sin cuestionar por ello el posible resultado de una valoración que no se ha llevado a cabo apelando a razones inexistentes.

Este irracional rechazo a valorar una prueba pertinente, acordada y practicada equivale, *materialmente, a denegar la prueba misma*, vaciando de contenido aquel derecho constitucional, con patente indefensión.

De acuerdo con lo argumentado, y ante la vulneración del enunciado derecho fundamental invocado, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a la tutela judicial efectiva y a la práctica y *valoración* de la prueba pertinente c) declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la absolución del delito de cohecho activo propio por el que fue condenado mi representado (dáviva para realizar acto injusto).

SEXTA QUEJA DE AMPARO

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por falta de prueba de cargo sobre el sustrato fáctico del delito de cohecho, tanto en la Sentencia de instancia en relación con las dádivas, como el plasmado en la Segunda Sentencia de casación, una vez depurado el factum, relativo a que las dádivas fueron entregadas para que los funcionarios no recabaran documentación y no investigaran.

Extracto de la queja

Como desarrollaremos en nuestra queja, tanto la realidad de las dádivas que se dicen entregadas a los funcionarios Srs. Abella y Bergua, como la finalidad de las mismas, está ayuna de soporte probatorio. Dávivas cuyo montante se conforma, por un lado, por la diferencia entre el que se afirma ser valor real de los pisos enajenados y el precio por el que fueron vendidos y por otro, por cantidades en efectivo ingresadas por aquellos funcionarios y destinadas, según se afirma, a cubrir las distintas cuotas hipotecarias resultantes del crédito obtenido para su adquisición (y subrayamos ahora nosotros que solo el Sr. Abella adquirió con crédito hipotecario).

Ambas afirmaciones -componentes de la dádiva- no están respaldadas, como se dirá, por prueba alguna, sustancialmente la que se refiere al *origen de los pagos en efectivo*, que se atribuye a nuestro representado, como luego desarrollaremos, por el simple hecho de no haberse podido probar que procediera los pagos de otros empresarios sometidos a las mismas inspecciones objeto de enjuiciamiento en la misma causa (en el resto de piezas). Tal modo de proceder supone una distribución arbitraria del principio de presunción de inocencia: el derecho de unos sirve de coartada para "justificar" la condena de otros, sin más prueba. La queja ostenta pues indudable relevancia constitucional al sustituirse la prueba del origen de los fondos por un pseudo-argumento que infringe de modo manifiesto el principio de presunción de inocencia.

Adicionalmente, la absolución por delito de falsedad en casación deja huérfana de soporte probatorio la afirmación fáctica de que las dádivas fueron entregadas para que los funcionarios de Hacienda *no investigasen ni recabasen información de las empresas de nuestro patrocinado* sustrato fáctico del delito de cohecho activo *propio*.

Se trata ésta de una afirmación que en rigor sólo se afirma singularmente en los hechos probados en la Sentencia de Casación, puesto que no aparece debidamente *concretada en el factum de la Sentencia de Instancia*. Sólo de pasada en los fundamentos jurídicos. Pero en todo caso una afirmación que descansa justamente en el único dato que la Sentencia de casación ha declarado no probado: que en las Actas se omitiesen datos de relevancia tributaria. Pues en efecto, como luego señalaremos, la "prueba" de esa supuesta inactividad inspectora -contundentemente contradicha por prueba de descargo que la Sentencia de instancia ni mencionada- descansa en el siguiente razonamiento: como en las Actas no se regularizaron determinadas operaciones en el modo y forma que la Sentencia de instancia apunta como regularización debida, es que nada se comprobó y que la actividad inspectora no fue exhaustiva. Pero una vez suprimida tal conclusión fáctica de la sentencia de casación, tal afirmación queda huérfana del único soporte probatorio sobre el que podría descansar.

Desarrollo de la queja

1.- Conforme a los hechos probados en sentencia, el montante total de las dádivas que se afirman entregadas a los inspectores Abella y Bergua, es el resultado del siguiente sumatorio: por un lado, la diferencia entre el precio abonado por las viviendas que adquirieron y su precio real de mercado. Por otro por ingresos en efectivo que se habrían destinado a atender las cuotas hipotecarias vinculadas a aquellas adquisiciones.

I. Vulneración de la presunción de inocencia en relación con el origen de los ingresos en efectivo

2.- Principiaremos con la cuestión relativa al origen de los ingresos. Como demostraremos, la Sentencia de instancia sin aportar un solo elemento de prueba siquiera indiciario, atribuye a nuestro representado la paternidad de los ingresos en efectivo en las cuentas del Sr. Abella y del Sr. Bergua. Una vez reconocida expresamente la inexistente prueba directa sobre dicho origen, calificado de formalmente desconocido por las periciales de la acusación, es menester cumplir con los requerimientos de la prueba indiciaria. No es el caso. La sentencia, como veremos, ofrece como único argumento de atribución inferencial que sólo imputando tales pagos a Núñez y Navarro se explican tales ingresos.

Se trata éste de un puro argumento circular. Tal imputación se efectúa, adicionalmente, sin dedicar una sola línea al descarte que con más apremio urgía desde el punto de vista de la lógica de las cosas: si tantos son los condenados "beneficiarios" de las inspecciones favorables, con iguales méritos podrá atribuirse tales pagos a cualquiera de los múltiples condenados. La presunción de inocencia de aquéllos no puede ser el criterio de atribución, por descarte, de tales pagos a nuestro defendido, pues para éste rige también, se supone, dicha presunción. La ligereza con la que se procede a endosar todos los pagos de origen desconocido a nuestro mandante sólo puede explicarse desde la ya denunciada falta de parcialidad del órgano enjuiciador, dado el carácter no sólo discriminatorio, sino excesivamente abierto de la inferencia.

Ausente prueba de cargo, debió haberse excluido de entre los hechos declarados probados, de los asertos referidos al origen de tales ingresos en efectivo.

3.- El derecho a la presunción de inocencia impone férreos condicionantes a la legitimidad de una resolución condenatoria. Una versión fáctica acusatoria sólo podrá

aceptarse si se respeta escrupulosamente el método constitucionalmente exigido. Resumidamente, el método impone, en primer lugar, la existencia de medios de prueba válidos, que se hayan introducido en el plenario en condiciones de contradicción y publicidad. La condena así, sólo puede fundarse en el resultado de esa actividad probatoria, de modo que no depende del grado de certeza subjetiva que tenga el Juez, sino de la *justificación objetiva* de esa certeza.

Desde luego, tratándose, como es el caso -aparentemente- de prueba indiciaria, reconocido por la misma sentencia que los peritos ignoran el origen de los fondos, como resulta de reiterada jurisprudencia constitucional, es menester exigir: a) que se parta de hechos *plurales* -indicios-, no siendo suficiente un solo indicio. b) que tales indicios estén plenamente probados por prueba, esta vez, directa -proscripción de las cadenas indiciarias- c) que el hecho nuclear se deduzca de modo natural, con arreglo a un proceso racional y razonado -explicitado en sentencia- que respete las reglas de la lógica y coherencia. d) que tal proceso tenga carácter concluyente, esto es, que se predique *suficiencia* del proceso, lo "que se excluye cuando es excesivamente abierto, débil o indeterminado". La abrumadora jurisprudencia en este ámbito exige de cita a esta representación procesal (Cfr. no obstante, STC 117/2007).

4.- El examen a la luz de la doctrina expuesta de la -sólo aparente- justificación probatoria que ofrece la Sentencia sobre el origen de los pagos, resulta demoledor, como veremos, desde la perspectiva de presunción de inocencia. Procederemos a examinarlos de modo separado.

5. Los pagos en efectivo al Sr. Abella.

5.1. *Determinación del segmento fáctico cuya expulsión se postula del relato de hechos probados por estar huérfano de actividad probatoria alguna.*

Entre los folios 95 y 99 se la Sentencia, el hecho probado relata los beneficios obtenidos por Manuel Abella e Isabel Ardilla del Grupo Núñez y Navarro, y tras relatar lo que considera una venta de favor a éstos de la vivienda sita en Calle Balmes 460 y 462 de Barcelona, afirma....

"Además, los responsables del Grupo NyN facilitaron al acusado, Abella, importantes sumas de dinero en efectivo que iban siendo ingresadas en las diversas cuentas bancarias de aquél, constatándose que, en el periodo 1991 a 1999, Abella tuvo ingresos en efectivo en sus cuentas corrientes por importe de 91.536.487 pesetas, ingresos que permitían al acusado Abella satisfacer las cuotas hipotecarias mensuales.

*En total el acusado Abella obtuvo durante el periodo dicho de 1991 a 1999, la cantidad total de 114.062.167 ptas., que corresponden a los siguientes conceptos: Diferencia entre el valor de tasación y el precio pagado 22.525.680. Dinero efectivo ingresado en sus cuentas 91.536.487. **SUMA TOTAL DADIVA 114.062.167 pesetas"***

Esta es la única afirmación fáctica referida a tales ingresos en el hecho probado, imputación que viene precedida, en pág. 92 de la siguiente referencia, aún más escueta, a dichos pagos:

"Como quiera que estas operaciones o artificios fiscales podían ser objeto de investigación, y, en su caso, regularización en el desarrollo de una eventual Inspección de Hacienda, sus responsables se ganaron la voluntad del actuario Abella, y del Inspector Regional Adjunto, Bergua, y para ello les proporcionaron sendas viviendas a precios muy por debajo de su valor de mercado, al tiempo que les facilitaban onerosa y graciosamente las gestiones de adquisición, hipoteca, pagos de impuestos, que dichas adquisiciones conllevaban, y dinero en efectivo para hacer frente al pago de la hipoteca que constituyeron.

Así los acusados, Núñez Clemente, Núñez Navarro y Sánchez Guiu, decidieron favorecer económicamente al acusado Manuel Abella Zarraluqui, a la sazón Inspector Jefe de la Unidad Regional de Inspección (URI) nº 28 de la Dependencia Regional de Inspección de Cataluña, entre el 1 de febrero de 1991 y el 11 de noviembre de 1999, en la adquisición por parte de éste y de su esposa, MARÍA ISABEL ARDILA QUINTANA, de su residencia habitual que desde el mes de junio de 1993 poseían en calidad de arrendatarios, así como de las tres plazas de parking anexas a la misma."

5.2. La pseudojustificación probatoria de tal aserto en la Sentencia.

Pues bien, la justificación probatoria de tales asertos, es, única y sorprendentemente, la que se expresa en págs. 326 y 327 de la Sentencia de instancia.

En ella, tras exponer por qué se llega a la resultancia probatoria referida a la venta de un piso a precio por debajo de su valor y al supuesto trato de favor dado a Abella para la concesión del crédito hipotecario por parte de *Caixa de Catalunya*, se afirma:

"En todo caso, lo esencial no es tanto el valor de la vivienda que se considera inferior al precio de mercado , sino lo esencial es, como dijo el Ministerio Fiscal, que ese piso le costó a Abella solo aquello que recibió por la venta del suyo anterior, y el resto se lo regaló el Grupo NyN.

Se trataba de que el disfrute de la vivienda por parte de Abella y su mujer, con coste económico cero pero si con coste que podríamos denominar de “desviación profesional”, revistiera una apariencia de legalidad, por lo tanto seleccionado el piso por el matrimonio Abella y arreglado a su gusto, fue puesto a su nombre mediante una compraventa y financiación hipotecaria, ahora bien para sufragar los pagos del crédito hipotecario, el acusado Abella recibía dinero en efectivo, que solo pudo ser pagado por el grupo NyN, hecho que cuadra perfectamente con la conducta de la Caixa de Catalunya, pues de hecho quién pagaba esa hipoteca era el grupo NyN, pero como no podía hacerlo directamente sin levantar sospechas, entregaba a Abella el dinero en metálico, quién lo ingresaba en su cuenta corriente y efectuaba los pagos.

Solo así se justifican los ingresos que los peritos de la acusación detectaron en la cuenta de Abella.

Así, en el cuadro unido a la pericial, se constata que a partir de 1992, empieza a tener ingresos en efectivo en sus cuentas corrientes, ingresos importantes, cuyo origen no consta, y se inician una serie de reintegros y extracciones en cajeros automáticos,

Igualmente durante el periodo comprendido entre enero de 1995 y noviembre de 1999, sus gastos fijos y domiciliados en entidad bancaria (hipoteca, colegios, gimnasio, etc.) que doblan sus ingreso oficiales, todo ello sin perjuicio de haber alcanzado un importante ritmo en los reintegros y exacciones que se efectuaban por cajero automático.

Así en 1991 se ingresan 2.065.000; en 1992 5.664.469; en 1993 7.393.040; en 1994 10.084.755; en 1995 17.475.836; en 1996 son 18.406.676; en 1997 se ingresan 9.881.00; en 1999 la cantidad asciende a 8.384.00 y en 2000 se reducen a 600.000.

*En conclusión Manuel Abella e Isabel Ardila obtuvieron un incremento de patrimonio durante el periodo referido, que suma **114.062.167 pesetas.**"*

Como es de ver el criterio para estimar probado el origen de dichos pagos en efectivo salta a la vista: que sólo atribuyéndolos a Núñez y Navarro podrían justificarse los "ingresos que los peritos de la acusación detectaron en la cuenta de Abella". En una pura petición de principio se ofrece de esta guisa, como pseudoargumento o argumento aparente, que tal dinero "sólo pudo ser pagado por el grupo NyN", hecho que "cuadra" con la conducta de *Caixa de Catalunya* de ofrecer, supuestamente, un trato de favor en la concesión de la hipoteca.

Como veremos ahora, tal afirmación está huérfana de actividad probatoria alguna, sea de prueba directa como indirecta.

5.3. Insuficiencia probatoria y falta de justificación objetiva de la imputación fáctica examinada.

A la luz de la doctrina constitucional antes expuesta, es menester comprobar, en primer lugar, qué prueba se ofrece sobre el origen de los pagos en efectivo y qué razonamiento lleva a la Sentencia a afirmar que los pagos fueron hechos por mi representado, siendo que sólo constan ingresos -y reintegros- en efectivo. Se analizarán primero las pruebas practicadas y los razonamientos esgrimidos. Después se verá si la alternativa ofrecida por esta representación es o no razonable, y si ha sido tenida en cuenta o no por la sentencia.

En sustancia, el único argumento que se ofrece es el siguiente:

*... "el acusado Abella recibía dinero en efectivo, **que sólo pudo ser pagado por el grupo NyN**".*

Es obvio que esto no es un argumento. Se trata de una pura petición de principio. En todo caso, lo que se trata de acreditar es que, efectivamente, el dinero provenía del

grupo NyN porque no era posible que proviniese de otros condenados en la causa, o de terceras personas, siempre que tal imposibilidad derive de la constatación de datos acreditados en la causa. Nada de esto sucede.

En rigor, se trata de una radical inversión de la carga de la prueba. Una vez "probado" el supuesto trato de favor en la venta del piso, se trata ahora de endosar cualquier ingreso no justificado a nuestro representado, con la excusa de que son pagos destinados a satisfacer la hipoteca, puesto que los ingresos del Actuario no alcanzan a atender los pagos mensuales, aunque se trate de ingresos percibidos incluso años antes de tal compraventa, como veremos. Este hecho, "cuadraría" se añade, con el dato de que el Sr. Abella recibiera un trato de favor en la concesión del crédito hipotecario.

Pues bien, es evidente que ni el dato de que haya ingresos en efectivo durante un determinado período de tiempo, ni el dato de que el Sr. Abella adquiriese un piso por medio de un préstamo hipotecario que, se dice, no podía atender dados sus ingresos mensuales, nada dice sobre el origen de los pagos en efectivo. ¿Por qué provenían del Grupo NN? y no de la órbita del Grupo Torras, del Grupo Ibusa, o de cualquier otro empresario inspeccionado por el mismo Actuario en lo que se califica de trama de corrupción generalizada en Cataluña?. Es evidente que la conclusión pretendida no deriva de forma natural de las premisas sobre las que parte, y en todo caso no colma las exigencias de suficiencia, pues las premisas resultan compatibles con otras atribuciones, incluidas las propias del Sr. Abella -dinero negro-. Todas estas hipótesis alternativas podrían justificar los ingresos. Máxime cuando tales hipótesis están incluso apuntadas en la propia sentencia, como veremos. Luego es puro voluntarismo señalar que "solo así se justifican los ingresos que la acusación detectó en la cuenta de Abella". Los ingresos se pueden "justificar" de otras muchas formas, como la propia Sentencia se encargará de insinuar.

Además, una de las premisas -los ingresos- está condicionada por la otra, por lo que se trata de un puro argumento circular o viciado. En efecto, como la propia sentencia indica, lo relevante no es si el piso se vende a precio por debajo de mercado, pues eso parece discutible; lo relevante es que se ofrece "gratis" pues a través de los pagos en efectivo se atienden las mensualidades de la hipoteca. De esta forma, se

utiliza la atribución de los pagos en efectivo para consolidar el carácter dádivoso de la enajenación del piso, y una vez afirmado éste, ya tengo el indicio para afirmar que, en consecuencia, los pagos en efectivo provienen del vendedor (Grupo NN). En definitiva, el piso se semirregaló por que en el fondo le "pagaron" las cuotas. ¿Y por qué le pagaron las cuotas? Pues porque el piso se semirregaló.

Para refutar esta inferencia, que gira en el vacío, en nada ayuda que los hechos declarados probados ni siquiera establezcan qué concretos ingresos hubo; en qué fechas y en qué cuenta se ingresaron, y si correlacionan o no con el pago de cuotas o con momentos previos o simultáneos a algunas inspecciones y de qué sociedad. Nada de todo esto se dice y debería haberse dicho.

Pero la referencia fáctica global a los ingresos, permite ya impugnar la primer conclusión:

En primer lugar, que si los ingresos en efectivo están destinados al pago de las cuotas hipotecarias del piso vendido, no se comprende que, habiéndose elevado a escritura pública la venta en octubre de 1994, se endosen alegremente todos los ingresos no justificados del Sr. Abella, de los años 1991, 1992 y 1993, a nuestro representado. Aquí de modo manifiesto quiebra esa extravagante vinculación causal entre ingresos en efectivo y pago de las cuotas hipotecarias. Por no incluir buena parte de los ingresos de 1994 previos a la constitución de la hipoteca -en octubre de aquel año-. En efecto, conforme al desglose de ingresos por anualidades que se efectúa en pág. 362, complementando lo que debió estar en hechos probados....

"Así en 1991 se ingresan 2.065.000; en 1992 5.664.469; en 1993 7.393.040; en 1994 10.084.755; en 1995 17.475.836; en 1996 son 18.406.676; en 1997 se ingresan 9.881.00; en 1999 la cantidad asciende a 8.384.00 y en 2000 se reducen a 600.000."

Es obvio que los ingresos de 1991, 1992 y 1993 no podían estar dirigidos a "satisfacer las cuotas hipotecarias mensuales" cuando la hipoteca se concede a finales de 1994.

Esta constatación arroja una primera conclusión: los pagos atribuidos a nuestro representado no guardan *correlación temporal* con la finalidad de atender al pago de las cuotas hipotecarias mensuales.

En segundo lugar, no se atisba a ver qué relación pueden tener estos ingresos, que no sólo por su marco temporal -años antes de la constitución de la hipoteca y después de su cese como Inspector de la URI 27- sino también *por su cuantía*, no guardan proporción alguna con las cuotas hipotecarias. Podría desde luego resultar de interés indiciario unos ingresos similares a lo que luego son las salidas para atender las distintas cuotas. Pero a la vista está que en algunos años el Sr. Abella tiene ingresos en efectivo, según la sentencia, que rondan los veinte millones de pesetas, tres veces más de lo que precisaría para atender todo el gasto anual hipotecario, mientras que en otros, apenas alcanza una décima parte de lo que precisaría (año 2000). ¿Qué relación puede entonces establecerse entre estos ingresos y sus obligaciones hipotecarias? Adicionalmente no sabemos si los ingresos se efectúan en la cuenta de adeudo de las cuotas del préstamo hipotecario o en otras. Nada dice la Sentencia sobre esta cuestión.

En definitiva -segunda conclusión- :los ingresos, ni por su producción temporal ni por su cuantía permiten conexión lógica alguna con las cuotas mensuales hipotecarias del Sr. Abella.

En tercer lugar, semejante vacío probatorio hubiese exigido, al menos, que la sentencia hubiese explicitado si se tuvieron o no en cuenta, y con qué alcance, las alternativas fácticas ofrecidas por esta parte con todas las limitaciones derivadas de no ser representación del Sr. Abella. La motivación fáctica no puede contentarse con valorar la prueba de cargo, aquí rotundamente inexistente, sino que debe valorar y explicitar la prueba de descargo ofrecida. Nada de esto se ha hecho en la Sentencia. Veámoslo.

Esta representación sostuvo, con base en la documental obrante en Autos, que parecía evidente que el Sr. Abella tenía ingresos regulares en B, pues sólo así puede explicarse el uso errático que pone de manifiesto la documental aportada, con salidas e ingresos efectuados de un modo sincopado incluso en un mismo día (ad exemplum: **folio 263.058 y ss.**): *ad exemplum*, en un día retira 150.000 ptas., ingresa 50.000 y luego vuelve a retirar 50.000 de la causa). No cabe pues duda de que tenía ingresos no declarados. Pero qué parte pudieran provenir del arriendo de los 11 parkings y tres pisos de su propiedad, según consta documentalmente en la causa es algo que no ha interesado indagar. Qué parte provenir de las acciones Cine ABC de las que era titular, y que presumiblemente rentaban mucho más de los declarado; acciones que vende por

62 millones de pesetas. Qué parte de aquel efectivo pudo provenir de la herencia de sus padres de los años 1987 y 1992. Nada de esto ha sido objeto de la menor consideración. Todo el ingreso, el anterior, el posterior, el significativo, el insignificante, todo ingreso no justificado se ha endosado, sin razón alguna, a nuestro representado. En definitiva, la Sentencia no valora la posibilidad alegada de que parte al menos de dichos ingresos proviniese de dinero B generado por el propio Sr. Abella, lo que infringe el deber de motivar y explicitar también, valorándola, el descarte de la prueba de descargo, máxime tratándose de prueba indiciaria, como parte integrante del derecho a la presunción de inocencia.

En quinto lugar, mi representado no contribuyó en un céntimo a los ingresos en efectivo que ahora se le imputan. Esta es la rotunda verdad. Tal afirmación debería bastar, en ausencia de prueba, para no imputarle tales pagos, en un proceso penal digno de un Estado de Derecho. ¿Cómo si no probar *que no dio dinero* en efectivo al Sr. Abella? Desde luego, el Sr. Abella podría probar el origen de sus fondos. ¿Pero cómo prueba nuestro defendido que no pagó? Se trata manifiestamente de una *probatio diabólica*, que implícitamente se le está exigiendo. Pero frente a esta afirmación, se afirma simplemente que tuvo que ser él, pues de lo contrario no se justificarían los ingresos del Sr. Abella. Ni las inspecciones supuestamente de favor, claro. Como efectivamente hay ingresos no justificados -pero de lo que se trata ahora no es de probar dichos ingresos, si no su origen- tras esta endeble construcción argumental apenas se disimula una burda inversión de la carga de la prueba

Pues bien, la propia Sentencia volatiliza e sin pretenderlo tal conclusión, al sembrar *ella misma la duda sobre la razonabilidad de una alternativa a la hipótesis fáctica de la acusación*: que fueran "otros" también los que hubiesen hecho pagos en efectivo al Sr. Abella.

En efecto, la Sentencia parte a priori de un reparto entre grupos empresariales a los efectos del soborno que como argumento literario no tiene desperdicio. El argumento reza así: Unos pagan a unos, otros a otros, y unos y otros, como se necesitan, sin cruzarse eso sí sobornos, se cruzan generosamente socorro mutuo. Conforme a esta hipótesis, huérfana absolutamente de sustento probatorio y en estridente contradicción con las fechas de ejercicio de funciones inspectoras de unos y otros, tanto el Sr. Abella como el Sr. Bergua sólo podrían haber cobrado en efectivo del

Grupo Nuñez y Navarro, a pesar de su relevante intervención en las inspecciones del resto de grupos empresariales objeto de esta causa. Y a pesar, también, de que Huguet cesa prácticamente cuando comienzan las supuestas inspecciones de favor al Grupo NN.

Pues bien, parece que ni el argumento convence al propio Tribunal cuando en pág. 685, afirma que lo que sucede es que simplemente no hay constancia de que se hayan efectuado pagos a Abella provenientes del grupo Torras y el Grupo Ibusa, a pesar de predicar falsedad de las Actas. Textualmente:

"Así, un primer grupo se ceñiría al conjunto de diligencias de constancia y actas de inspección levantadas por Abella, pues realmente es el actuario que, en el proceso ordinario de inspección, está llamado a elaborar estos documentos públicos que se alteran, en especial las actas de inspección, por lo tanto debe estimarse que se trata de un único delito de la elaboración fraudulenta de las actas en el grupo TORRAS, en el Grupo NyN y en el Grupo IBUSA, que si bien es cierto que no consta que se haya efectuado pago alguno a Abella o a otros inspectores por parte de este Grupo como soborno, se ha considerado plenamente probado que las actas de IBUSA son falsas, en los términos y expuestos, y fueron elaboradas de forma intencionada y consciente por Abella, a petición directa de Huguet."

Pero que no haya constancia, no significa, literalmente que no **haya fundadas sospechas** de que los ingresos en efectivo pudiesen haber provenido, también de aquellos grupos. Textualmente, la sentencia afirma en pág. 684:

"En este caso si analizamos los delitos de cohecho, como ya se ha dicho, cada uno cobraba de un grupo empresarial en la forma descrita en las diferentes piezas, y si bien es cierto que existen fundadas sospechas de que, en ocasiones, alguno de los inspectores pudo percibir mas dadas de otro Grupo diferente al aquí fijado, no lo es menos que ni la tesis acusatoria lo recoge, ni tampoco ha quedado acreditado, en concreta referencia al Grupo IBUSA.

Por dicho motivo y en relación a cada inspector los hechos serán constitutivos de tantos delitos continuados de cohecho pasivo como inspectores sobornados hay, y así Huguet percibe retribuciones ilícitas y configuradoras del delito continuado de

cohecho pasivo referido de Juan José Folchi a través de las cuentas del GRUPO TORAS, de forma continuidad durante el periodo de tiempo analizado

Abella y Bergua, reciben sus dadas en forma de pisos a bajísimo precio y percepción de dinero en efectivo del Grupo NyN, con igual continuidad."

Pernas, sin embargo, no consta que tenga un grupo que le vaya pagando con asiduidad como ocurren en los otros supuestos, sino que lo recibe de aquellos a quien puntualmente inspecciona, y para ello necesita a Sánchez Carrete, que es la persona, según se ha visto en el análisis de la pieza Grupo KEPRO, que, desde su condición de asesor fiscal, informa a Pernas que un concreto contribuyente inspeccionado por éste, puede ser objeto de soborno y se le puede pedir dinero para impedir una inspección real y ajustada a los riesgos fiscales que presenta, y así tras una inspección dura con alto riesgo de llevarla a delito fiscal, solicitaban la dadas, que se repartían, para finalizar la inspección con una regularización que beneficiaba al contribuyente. Se trata, en este caso, de un hecho único de tal forma que no cabe, en este delito, aplicar la continuidad delictiva, a diferencia de la tesis sustentada por el Abogado del Estado."

En consecuencia, el endoso a nuestro representado de la paternidad de los pagos en efectivo se hace como consecuencia de no poder afirmar que tales ingresos pudiesen provenir de otras sociedades inspeccionadas, dado que no ha podido probarse, a pesar de existir "fundadas" sospechas. Adviértase que en consecuencia, la presunción de inocencia de unos se torna en presunción de culpabilidad de otros, cuando se supone que todos gozan por igual, de la misma presunción.

Porque en efecto, las inspecciones giradas por el Sr. Abella a otras sociedades objeto de la presente causa están declaradas en hechos probados de la Sentencia y su número y relevancia no permitían efectuar, a contrario, la imputación combatida.

Así, en relación con el Grupo Torras, consta a folios 66 y 67 de la Sentencia las Inspecciones giradas por el Sr. Abella ACIE, levantando Actas el 15 de junio de 1992, y el 9 de diciembre de 1992, con los resultados que allí se describen. O en relación con BEAMING (folio 81) tras inclusión en Plan inspector el 16 de febrero de 1994, cierra Acta el 7 de julio de 1994, por los ejercicios fiscales 1988, 1989, 1990, 1991 y 1992, con

los resultados que se describen. Lo mismo que su intervención en los hechos relatados a propósito de las Inspecciones en PINYER (folio 85), con Actas de 14 de septiembre de 1995.

En consecuencia, el Inspector Sr. Abella, cual resulta de los hechos probados, realizó inspecciones a empresas del Grupo Torras desde 1992 hasta mediados de 1996, levantando Actas que según la misma Sentencia supusieron no regularizar por cuantías de 1.282.570 en el caso del IS e IVA por las sociedades destinatarias de las Facturas emitidas por PINYER entre 1988 y 1992 (pág. 88); 670.054.535 pesetas por el Impuesto de Sociedades en el caso de BEAMING (pág. 82); o 2.680.048.813 pesetas por IS de las sociedades destinatarias de las facturas emitidas por ACIE entre 1990 y 1991 o las 579.845.000 pesetas por el Impuesto de Sociedades, y de 73.663.793 pesetas por el IRPF, en las referidas operaciones inmobiliarias.

Según la misma Sentencia de instancia, las irregulares inspecciones del Grupo Torras comportan perjuicios cuya cuantía doblan los irrogados supuestamente en las que se practican en Grupo NN. Tal dato obligaba, inexcusablemente a justificar, con razones convincentes porqué, pese a todo, ni un solo ingreso pudo provenir del Grupo Torras, más allá de esa genérico e indemostrado reparto de roles y favores.

Otro tanto cabe decir con las inspecciones giradas a IBUSA, en las que la propia Sentencia declara en hecho probado que el actuario Abella, "en un periodo no superior a dos meses, llegó a extender actas de inspección a 13 empresas del GRUPO IBUSA, reconociendo pérdidas de más de 10.000 millones de pesetas a las mismas"; inspecciones que concluyen en noviembre de 1993 (folio 154, 166), y causando según hechos probados un perjuicio a la Hacienda Pública de "3.505.201.159 de pesetas" (Cfr. folio 163). Cifra a priori muy superior también a la que se imputa en la Pieza NN.

En consecuencia -quinta conclusión-: la alternativa fáctica a la hipótesis acusatoria, consistente en que dichos pagos provinieran de otros grupos empresariales, investigados o no en esta causa, no sólo no es probable, sino que se apunta como sospechosamente fundada por la propia resolución tratándose del Grupo Torras y Ibusa. La falta de prueba de que unos no pagaron, a pesar de existir sospechas, no hace prueba, evidentemente de que pagaron otros (en esta caso el Grupo NyN).

A la luz del análisis llevado a cabo, cabe pues concluir con las siguientes ideas básicas:

a) No existe *constancia formal del origen* de los ingresos en efectivo, como reconoce la Sentencia y los peritos de la acusación; b) **No existe prueba directa** alguna sobre la origen de tales ingresos en efectivo. c) tratándose de **prueba indiciaria**, la motivación expresada por el Tribunal para afirmar que tales ingresos provenían del Grupo Nuñez y Navarro se funda, exclusivamente, en un **argumento circular**: , que *"para sufragar los pagos del crédito hipotecario, el acusado Abella recibía dinero en efectivo, que solo pudo ser pagado por el grupo NyN, hecho que cuadra perfectamente con la conducta de la Caixa de Catalunya, pues de hecho quién pagaba esa hipoteca era el grupo NyN, pero como no podía hacerlo directamente sin levantar sospechas, entregaba a Abella el dinero en metálico, quién lo ingresaba en su cuenta corriente y efectuaba los pagos".* Y que *"Solo así se justifican los ingresos que los peritos de la acusación detectaron en la cuenta de Abella"* c) en definitiva, tal motivación se funda, exclusivamente, en la aparente incapacidad económica del Sr. Abella para sufragar los costes hipotecarios asumidos. d) Tal inferencia adolece de una relevante *insuficiencia* para colmar el vacío probatorio, lo que resulta incompatible con la presunción de inocencia, *pues en modo alguno resulta concluyente ni conduce de forma natural a situar al Grupo Nuñez y Navarro, frente al resto de Grupos inspeccionados, en el origen de dicho efectivo.* e) El dato relativo a las obligaciones hipotecarias asumidas como consecuencia de la compra supuestamente ventajosa del piso, no correlaciona ni con las fechas ni con las cantidades ingresadas. f) Por otro lado, la Sentencia alude de soslayo a otro dato supuestamente corroborador de la inferencia: el hecho, como no, de que Abella falsificara Actas como consecuencia de tal dádiva. Pero sólo de soslayo se dice, pues con iguales méritos, tal dato concurre en el resto de inspeccionados, y en consecuencia se hubiese visto obligado a explicar a qué viene este doble rasero.

En conclusión, la atribución de la paternidad de los ingresos en efectivo en las cuentas del Sr. Abella a nuestro defendido está ayuna de prueba de cargo alguna, directa o indirecta, por lo que vulnera manifiestamente el principio de presunción de inocencia.

6. *Los pagos en efectivo al Sr. Bergua.*

6.1. En folio 98 de la sentencia, tras relatar la venta al Inspector Bergua de un piso y una plaza de parking, y narrar el sistema de pago pactado, se afirma literalmente...

"Acontece además que en las dos cuentas bancarias contra las que se libran los efectos cambiarios que se utilizan para el pago del piso de Bergua y cuyos extractos han podido ser analizados constan regulares ingresos dinerarios en efectivo de origen formalmente desconocido, que en el periodo comprendido entre 1992 y 1998 alcanzan la cifra de 20.525.000 pesetas, dinero que fue puesto a disposición del acusado Bergua por los responsables del GRUPO NyN en retribución de sus servicios.

En total el acusado Bergua obtuvo durante el periodo dicho de 1991 a 1999, la cantidad total de 99.894.643 pesetas, que corresponde a los siguientes conceptos:

*Diferencia entre el valor de la vivienda y garaje adquiridos, y el precio pagado :
43.369.643 pesetas*

Dinero recibido en metálico durante el periodo 1992 a 1998: 20.525.000

SUMA TOTAL DADIVA 63.894.643 pesetas"

Esta es la única afirmación fáctica referida a tales ingresos en el hecho probado, imputación que viene precedida, en pág. 92 de la misma referencia ya extractada anteriormente:

"Como quiera que estas operaciones o artificios fiscales podían ser objeto de investigación, y, en su caso, regularización en el desarrollo de una eventual Inspección de Hacienda, sus responsables se ganaron la voluntad del actuario Abella, y del Inspector Regional Adjunto, Bergua, y para ello les proporcionaron sendas viviendas a precios muy por debajo de su valor de mercado, al tiempo que les facilitaban onerosa y graciosamente las gestiones de adquisición, hipoteca, pagos de impuestos, que dichas adquisiciones conllevaban, y dinero en efectivo para hacer frente al pago de la hipoteca que constituyeron.

Así los acusados, Núñez Clemente, Núñez Navarro y Sánchez Guiu, decidieron favorecer económicamente al acusado Manuel Abella Zarraluqui , a la sazón Inspector Jefe de la Unidad Regional de Inspección (URI) nº 28 de la Dependencia Regional de Inspección de Cataluña, entre el 1 de febrero de 1991 y el 11 de noviembre de 1999, en la adquisición por parte de éste y de su esposa, MARÍA ISABEL ARDILA QUINTANA, de su residencia habitual que desde el mes de junio de 1993 poseían en calidad de arrendatarios, así como de las tres plazas de parking anexas a la misma."

Desde luego, la Sentencia maneja impropiaamente el plural, el Sr. Bergua no pudo recibir dinero para constituir una hipoteca que no constituyó, pero en todo caso, lo mismo que en el caso Abella, se afirma que los ingresos en efectivo en sus cuentas provinieron del Grupo Nuñez y Navarro.

También resulta irrelevante, a los efectos de amparo pretendidos, el estridente baile de cifras distintas, con diferencias muy abultadas, en los que se fija el montante de las dádivas percibidas. Esto por sí mismo es un potente indicador de falta de seriedad absoluta en la determinación de un elemento del que va a depender la cuantificación de la misma multa del cohecho. Pero no podría de otro modo: cuando se acude, como veremos, a ilícitas presunciones para establecer el origen de los pagos ante la imposibilidad de acreditarlos lo normal es que tampoco la fijación del montante de la dádiva salga ileso de un proceso inferencial irracional y arbitrario.

En efecto, en folio 99 de la sentencia, el hecho probado afirma que "el acusado obtuvo durante el período dicho de 1991 a 1999, la cantidad total de 99.894.643 pesetas", para acabar señalando de el valor total de la dádiva ascendió a 63.894.643 pesetas. Se trata éste de un puro error material, corregido en el Auto de Aclaración: son en efecto 63.894.643 pesetas, como resulta de la suma. Pero no es la única discrepancia existente. Y estas otras no han sido aclaradas por medio del referido Auto, pese a haber sido solicitado. Así, en página 332 de los fundamentos jurídicos, se fija ahora en 45.133.854 pesetas los ingresos no justificados, según el cuadro que se reproduce en folio 332 de la Sentencia, y en página 333 se fija en consecuencia en 88.503.497 pesetas su incremento no justificado de patrimonio, cifra sobre la que parece establecerse, pero sólo por aproximación, la consecuencia jurídica del comiso, pues se le condena al pago de la suma de 88.503.497 pesetas (Cfr. folio 733).

Sea cual sea la cifra, lo relevante ahora es, como veremos, que la atribución a nuestro representado del origen de tales ingresos se efectúa en la más absoluta orfandad probatoria.

Nuevamente, unos fondos de origen desconocido van a ser endosados a Nuñez y Navarro con el simple argumento de resultar no justificados atendida la capacidad económica del Sr. Bergua. Veámoslo.

5.2. La ausente justificación probatoria sobre el origen de los incrementos patrimoniales del Sr. Bergua.

En folios 327 y ss. de la Sentencia se exponen las razones por las que se considera que la vivienda adquirida por el Sr. Bergua a una empresa del Grupo Nuñez y Navarro se hizo a un precio inferior a su valor de mercado. Nuevamente, lo mismo que en el caso Abella, se sostiene que lo relevante no es tanto el valor de venta, sino el hecho de que éste debe ponderarse junto con los ingresos percibidos:

"Respecto a la vivienda, sita en Dr. Roux, 127, 2º, 1ª de Barcelona, con independencia del valor de venta, que al igual que en el caso de Abella no puede analizarse de forma exenta, sino que debe ponderarse de forma conjunta con el importante volumen de ingresos en efectivo que tuvo Bergua..."

Para cerrar esta idea se afirma textualmente que....

"Fijar la discrepancia de valor realmente no es tan esencial como sustentan las defensas de Bergua y el Grupo NyN, pues lo relevante es que, como dijo el Ministerio Fiscal en relación con el piso de Abella, se lo regalaron, al ser un hecho que el piso esta a su nombre, y lo ha pagado con parte del dinero que le dio el Grupo NyN. En consecuencia tanto el dinero como el piso deben configurar el ilícito beneficio patrimonial que obtuvo Bergua, al igual que Abella, por vender su voluntad profesional y actuar de forma torcida en su labor inspectora del Grupo NyN."

Pues bien, una vez argumentado el supuesto trato de favor, tanto en el precio del piso como en su forma de pago, se dan las razones por las que se imputan los ingresos en efectivo a pagos del Grupo Nuñez y Navarro. Esta es la aparente justificación

"Pero lo esencial es que las cantidades satisfechas por Bergua eran incoherentes con sus ingresos oficiales, según consta en el informe pericial ratificado en el juicio oral, que ninguna duda ofreció a este Tribunal, pues las cantidades pagadas superaban con mucho su posibilidad de ahorro, si se atiende a los ingresos acreditados que son los oficiales como Inspector de Hacienda, ahora bien, y aquí es donde radica la esencia del delito de cohecho en relación a la dádiva, Bergua, al igual que Abella, recibía el dinero en efectivo para dar apariencia de realidad a la donación o regalo de la vivienda, esto es para evitar que dicha actuación ilícita fuera descubierta.

Adquisición de vivienda que coincide con un incremento importante de su nivel de vida.

El acusado Bergua justificó sus ingresos a través del factor suerte, alegando que le había tocado en dos ocasiones al lotería, 8 millones en 1994 y 2 millones en 1997, pero casualmente, y siendo Inspector de Hacienda y por tanto conocedor de la incidencia que en el impuesto sobre la renta pueden tener estos premios, olvidó pedir justificante de haberlos cobrado. Pero además consta certificado que el organismo nacional de loterías y apuestas del estado, certificó que dichos premios solo pueden cobrarse a través de entidad bancaria, en concreto el BBVA -folio. 12.340 tomo 44 Pieza principal- y los peritos no han encontrado ningún ingreso que pueda corresponderse con un premio de lotería

Igualmente pretendió justificar sus anómalos ingresos como remuneración de las clases, charlas y publicaciones que realizaba, sin que conste cuando y a quien se dieron dichas charlas y clases, y que publicaciones realizó y para quien trabajó, sin que el hecho de que le pagaran en dinero que no declaraba – dinero negro- pueda justificar su silencio en relación a estos datos, por demás esenciales a efectos de acreditar la dádiva que el delito de cohecho exige.

Entrando ya en el análisis de las cuentas corrientes de Bergua, la pericial de la acusación evidencia que los datos anteriores a 1994 son escasos, y que solo se han podido detectar ingresos en sus cuentas que superasen las 500.000 pesetas, y los ingresos con importe de 499.000 ptas. no eran detectados, pues el control de los ingresos por debajo de esa cantidad era muy inferior, y dejaban menos rastro documental.

*Pero aún así, los peritos, según consta en el informe pericial obrante a los folios 016914 y siguientes y en especial el folio 016939, han elaborado una relación de los ingresos en las cuentas corrientes de Bergua, que se han podido comprobar, en el periodo comprendido entre 1992 y 1998. **Ingresos que no constan justificados y que por tanto se deben considerar que constituyeron parte de la dación, que recibo del Grupo NyN***

<i>AÑO</i>	<i>PESETAS</i>
<i>1992</i>	<i>5.500.000</i>
<i>1993</i>	<i>500.000</i>
<i>1994</i>	<i>1.275.000</i>
<i>1995</i>	<i>8.932.800</i>
<i>1996</i>	<i>10.564.500</i>
<i>1997</i>	<i>6.678.640</i>
<i>1998</i>	<i>11.682.914</i>
<i>TOTAL</i>	<i>45.133.854</i>

En el anexo 1.3 folio 943 y anexo 5 folio 17118 consta una radiografía de la evolución del patrimonio de Bergua.

Los datos que dan los peritos son inversiones y gastos, sin contabilizar los gastos ordinarios del grupo familiar, y se concluye que durante varios años, 1991, 1995 las inversiones superan a la liquidez, de tal forma que con los ingresos declarados, gastaba mas en inversión que en vivir, pues no les quedaba dinero para sufragar los gastos ordinarios de la familia. Así en 1994 les queda un millón para satisfacer gastos ordinarios, que se recuerda son los del mantenimiento de la familia – comida, colegios, ropa-, el barco, el vehículo, y gastos derivados del mantenimiento de los inmuebles adquiridos, impuestos, etc.

En conclusión los peritos no saben de donde el acusado Bergua obtuvo el dinero que ingresó en sus cuentas y el que manejó durante dicho periodo de tiempo.

*Este desfase se ha intentado justificar en que correspondía a ventas de fondos, pero como apuntaron los peritos de la acusación, la venta de fondos no es la adquisición de un activo nuevo o un ingreso, sino que es una desinversión, **por lo tanto la realidad es que Bergua tuvo unos ingresos que no ha justificado, en los términos expresados en la pericial de la acusación, y que solo cabe concluir que corresponde al dinero que recibió del grupo NyN quien estaba muy interesado en comprar su voluntad, para impedir que revisara aquello que Abella hacía y que le suponía importantes beneficios derivados de una ilícita tributación.***

En conclusión Roger Bergua obtuvo un incremento de patrimonio durante el periodo referido, que suma 88.503.497 pesetas.

Es claro y palmario que por parte del grupo NyN, se hizo una planificación de su política fiscal, en la que se incluyó la compra de la voluntad del actuario que tenía en su censo asignado al grupo, y del adjunto que supervisaba el trabajo del actuario."

5,3, Los argumentos en concreto y su incompatibilidad con el principio de presunción de inocencia.

5.3.1. Como es de ver, las razones por las que se considera que los ingresos no justificados de Bergua tienen su origen en pagos del Grupo NyN son idénticas a las ya analizadas en el caso Abella. Sustancialmente: que los ingresos no están justificados y en consecuencia "sólo cabe concluir que corresponde al dinero que recibió del grupo NyN quien estaba muy interesado en comprar su voluntad para impedir que revisara aquello que Abella hacía y que le suponía importantes beneficios....".

Nuevamente, como en el caso de los pagos en efectivo al Sr. Abella, no existe prueba alguna, directa o indirecta sobre el origen de tales fondos, que se imputan al Grupo NN por simple descarte: al no haber justificado el propio Sr. Bergua tales ingresos y no haberse podido imputar a otros Grupos, a pesar, nuevamente de las "fundadas sospechas" de que éstos también hubieren tenido comportamiento dádivoso con el Inspector Sr. Bergua.

Nuevamente, tal descarte descansa únicamente en el dato de que sin tales ingresos el Sr. Bergua no podría haber atendido los pagos asumidos por la compra de su

vivienda e, implícitamente, que sin tales pagos, el Sr. Bergua no hubiese dado trato de favor en las inspecciones al Grupo NN:

Pues bien, lo mismo que sucede en el caso anterior, ninguna de tal premisa conduce a la inequívoca ni siquiera probable conclusión de que tales ingresos en efectivo proviniesen de pagos en metálico con origen en el Grupo NN para atender tales pagos. Pero no se trata sólo de una cuestión de falta de suficiencia o carácter concluyente de la inferencia practicada. Se trata de que la misma conclusión que arroja no permite ser deducida, sin quebranto de las reglas de la lógica, de las premisas aducidas. Veámoslo.

5.3.2. Falta de correlación entre el período de ejercicio del Sr. Bergua como Inspector Adjunto y las dádivas percibidas.

Los pagos no guardan correlación, como veremos con el montante de las obligaciones derivadas de la compra-, pero la incongruencia más estridente, según el razonamiento implícito que sobrevuela el discurso argumentativo, es que tampoco correlacionan con su época de inspector Adjunto. Hablamos de argumento Implícito porque, nuevamente, si se expresara que las Inspecciones de favor son el indicio de la dádiva, debería aclararse por qué tal indicio sólo vale para el Grupo NN y no para el resto. Pero en cualquier caso, y para refutar rotundamente la posibilidad de inferir la dádiva de tal circunstancia, cumple señalar algo obvio: que el grueso de los ingresos que se dicen percibidos en metálico de Nuñez y Navarro se producen no sólo después de haberse pagado el piso, sino después de haber cesado en su cargo como Inspector Adjunto.

En efecto, tanto del cuadro que se recoge en folio 332 de la Sentencia, como con más detalles del informe patrimonial del Sr. Bergua, que obra a folios **263.218 y ss.**, se deriva con meridiana claridad que el grueso de los ingresos no justificados entre los años 1992-1998 (eso sí, partiendo del peor escenario de estimar no justificados todo ingreso en efectivo o por transferencia), se producen con posterioridad -incluso con mucha posterioridad- a su fecha de cese.

En efecto, los mismos hechos probados, respecto del Sr. Bergua, afirman:

"El precio del parking fue abonado en un único pago efectuado el día 28 de enero de 1992, mientras que el precio del piso fue satisfecho a través de pagos aplazados que se articularon mediante cheques y letras de cambio librados entre el día 28 de julio de 1991 y el día 20 de enero de 1996, y sin devengar ningún tipo de interés, tratándose de seis pagos de importe de 5.000.000 pesetas y un pago de 3.000.000 pesetas, siendo el detalle de los pagos el que sigue:

28/7/1991, cheque nº 6.052.180.1 Caja Madrid, por 5 millones de pesetas.

28/12/1991, cheque nº 6.052.181.2 de Caja Madrid por un importe de 5 millones de pesetas.

28/1/1992, cheque nº 6.052.182.3 de Caja Madrid, por importe de 3 millones de pesetas y cheque nº 8,683.842.6 del Banco Guipuzcoano por un importe de 2 millones de pesetas.

29/1/1993, cheque nº 6.052.188.2 de Caja Madrid, por un importe de 5 millones de pesetas entregado en el momento de la firma de la escritura de venta.

En el momento de suscribir la escritura de venta se pactó un aplazamiento del pago en tres plazos que se articuló mediante tres letras de cambio de 5 millones de pesetas cada una con vencimientos los días 20/1/1994, 20/1/1995 y 20/1/1996 y que se pagaron a sus respectivos vencimientos con cheques de Caja Madrid."

De ello resulta de modo patente que el grueso de pagos en efectivo que recibe el Sr. Bergua se producen no sólo tras haber cesado de Inspector Adjunto, sino tras haber pagado el piso que se dice vendido de favor.

Y sin embargo, y esto es fundamental, la sentencia considera que *todos los pagos en metálico provienen de Nuñez y Navarro, pues fueron efectuados, como se afirma en hecho probados "para hacer frente al pago de la hipoteca que constituyeron"* (pág. 92 de la Sentencia). Como inferencia lógica, se deduce pues que necesariamente Bergua tenía otras fuentes que en modo alguno podían provenir del Grupo Nuñez y Navarro. *Rectius*: que con mucha más probabilidad provenían de otros ámbitos.

No sólo eso. La Sentencia considera que los ingresos en efectivo procedentes del Grupo NN son todos los que figuran en sus cuentas bancarias entre los años 1992 y 1998, mientras que en el caso del Sr. Abella son todos los que figuran en sus cuentas entre los años 1991 y 1999. El Tribunal, aún sin explicitarlo, parece partir del criterio de adscripción temporal de Abella en la URI núm. 38, dada la coincidencia de fechas. De modo consecuente con tal criterio, la imputación de pagos al Sr. Bergua debería haberse hecho entre el 30 de mayo de 1991, en que se le nombra Inspector Regional Adjunto, y el 28 de abril de 1995, en que cesa. No existe empero una sola razón para tal acotación temporal.

Menos sentido tiene aún, conforme a la lógica de unos pagos para *regalar* el piso al Sr. Bergua, que los primeros pagos los hiciese efectivamente el Sr. Bergua en el año 1991. Según la Sentencia, los ingresos en efectivo del Grupo NN en favor del Sr. Bergua empezaron en 1992. Pero nótese que para entonces el Sr. Bergua ya había tenido que hacer frente a los primeros pagos por la compra del piso, de un piso que no adquiriría hasta 1993 y que en consecuencia fueron pagos que hizo con dinero propio, no con dinero de Núñez y Navarro. ¿Cómo cohonestar tal dato con la afirmación de que el piso se lo reglaron?

Para concluir, la misma Sentencia afirma que el Sr. Bergua tuvo unos “*importantísimos incrementos patrimoniales*” a partir del año 1987. Admite por ello que su enriquecimiento no justificado arranca cuatro años y medio antes de ocupar la plaza de Inspector Regional Adjunto, cinco años antes de percibir, según la sentencia, los primeros ingresos del Grupo NN y seis años antes de adquirir realmente el piso.

5.3.3. La quiebra del argumento circular: las Inspecciones de favor.

Sobrevuela en Sentencia el mismo argumento circular ya analizado a propósito de las dádivas al Sr. Abella: puesto que hubo dádiva, hubo trato inspector de favor y viceversa: tal trato sólo se comprendería desde la previa dádiva. Pero este es por supuesto un argumento que no se explicita aquí, pues con iguales méritos podría, entonces, haberse sido imputado los ingresos a cualquier otro Grupo inspeccionado, y singularmente al Grupo Torras e Ibusa, como viene de soslayo a reconocer la misma Sentencia, como vimos antes.

Pero es que en este caso, especialmente, el argumento decae vista la desproporción existente entre la supuesta "intervención" omisiva del Sr. Bergua en las Inspecciones de las empresas del Grupo NN y su intervención en otras inspecciones examinadas en la sentencia.

Pero tras la afirmación efectuada en Sentencia de que las "Actas de comprobado y conforme eran admitidas por Bergua, a quién correspondiéndole la supervisión de las mismas ningún reparo les puso, aun cuando había riesgos fiscales que necesariamente debió percibir, no solo por su experiencia profesional, sino como ya se ha dicho, por haber inspeccionado al grupo en ocasiones anteriores.", se esconde el hecho, perfectamente aclarado en la misma sentencia, de que tal "no intervención", por las fechas, sólo pudo acontecer en relación con cinco Actas definitivas de las 45 que se consideran "falsas" y en relación con sólo cuatro de las múltiples sociedades del Grupo -de un total de 29-. En concreto, el Acta levantada a Cubí Valls, el 9 de diciembre de 1993; el Acta levantada a Peromoinver, 9 de junio de 1994; el Acta levantada a NN Renta, el 12 de julio de 1993, y las 2 Actas de 9 de diciembre de 1993, levantadas Kamian SA.

No hay más intervención. Y resulta absolutamente increíble que nadie se plantee por qué las 40 Actas restantes fueron, simplemente, supervisadas y admitidas por Inspectores Adjuntos distintos, y sancionadas en consecuencia, también por Inspectores Jefes distintos. ¿Por qué pagar a quien ya no estaba para que hiciera la vista gorda, cuando quienes sí estaban hacían exactamente lo mismo -no objetar las Actas-, sin necesidad de pago alguno? Esta es el meollo del asunto, sobre el que la Sentencia guarda un vergonzante silencio, salvo para insinuar, en uno de sus pasajes, que también quienes sucedieron eran corruptos, una cuestión que las "servidumbres" del principio acusatorio ha impedido comprobar.

En tal contexto, no se trata de afirmar ahora lo que es evidente, a saber, que la intervención del Sr. Bergua es *quantitée négligeable (de hecho, no hay una sola referencia concreta a su intervención, cuando se desciende en sentencia a las distintas inspecciones)*. Se trata simplemente de evidenciar que carece que fuerza suasoria alguna como indicio de preexistencia de dádiva. Porque su intervención, por contra, sí resulta mucho más relevante en inspecciones llevadas a cabo en otros Grupos, como la misma Sentencia aclara. Resulta por ello inverosímil que sólo puedan provenir los

pagos de quien menos se "benefició" -en tesis acusatoria-, sin dedicar más argumento, para descartar una proveniencia distinta, que no se ha podido probar que así fuera. Lo que se supone que basta para probar que provienen de nuestro representado.

En efecto, al igual que sucede con las pocas inspecciones del Grupo Nuñez y Navarro, las inspecciones giradas por el Sr. Abella al Grupo Torras y al Grupo Ibusa generaron también numerosas actas consideradas falsas por la Sentencia, y no "modificadas por Bergua". Siguiendo también la lógica de la Sentencia y el sentido de su condena, también aquí podría decirse, se supone, que "entre sus funciones estaba la corrección del actuario".(Cfr. pág. 694 sentencia).

Lo mismo que se dice del Grupo Nuñez y Navarro, también en relación con muchas de estas empresas inspeccionadas, el Sr. Bergua, "debía conocer" el estado de las mismas, pues, como se afirma en pág. 480, "en 1988 PROMOCIONES BILMO SA, IBUSA, PROMOCIONES MABAL SA (luego PINYER) y GENERAL INVESTMENT SA (GISA) habían sido ya inspeccionadas por el inspector BERGUA respecto de los ejercicios 1983 a 1986.

En relación con el Grupo Torras, las inspecciones practicadas por el Actuario, Sr. Abella a las empresas EXTOR SA-ACIE y SEYMUR-BEAMING, dan lugar a sus respectivas Actas, también consideradas "falsas", (Actas A06, A01, de 9.12.199 y de 7 de julio de 1994), que lógicamente también fueron "no corregidas por el Sr. Bergua" (págs. 67 y ss.; especialmente pág. 76 sentencia, en relación con las Actas Extor SA-Acie, y págs.. 78 y ss., especialmente pág. 81 en relación con Seymour-Beaming). Actas, todas ellas que también podían haber sido objeto de corrección por parte del Inspector Regional Adjunto Sr. Bergua, y por las que también se le condena como cooperador necesario de delito de falsedad. Lo dicho vale también para PINYER y las múltiples diligencias que se relatan en el hecho probado de la Sentencia, sin perjuicio de la participación afirmada, también expresamente, del Sr. Bergua en la reclamación del expediente a Dolores Villalón para su inclusión en el censo del Sr. Abella (Cfr. pág. 300 de la Sentencia).

¿Por qué razón ninguno de los pagos en efectivo al Sr. Bergua *pudo* provenir, como alternativa, de empresas de este Grupo, y sin embargo sí del Grupo NN? La Sentencia apenas dedica una línea a tal descarte. Se limita a señalar que no hay prueba. Tampoco la hay respecto del Grupo NN. Sólo la compra de la vivienda está pues en el origen de tal arbitraria imputación. Nuevamente, sobre la voluntarista hipótesis de que unos cobran sólo de unos y otros de otros, tanto los Srs. Abella como Bergua, accederían a tal "trato de favor" obligados por la "vista gorda" que se dice hacía Huguet respecto de las Inspecciones al Grupo Nuñez y Navarro. Generosamente "obligados", vaya, a "acceder a las peticiones de Huguet" (pág. 85). Que el Sr. Huguet desapareciera de la escena en octubre del 1994, cuatro años antes del último de los hechos relatados, no significa nada. La realidad no debe estropear nunca un buen relato. Pero se supone que una sentencia no debe hacer suya una máxima propia del peor periodismo.

Lo mismo que acontece con las Inspecciones del Grupo Torras, el Plan de Inspección de Ibusa se inicia (inclusión el 7 de septiembre de 1993) y concluye siendo el Sr. Bergua, también, Inspector Regional Adjunto. Inspección que dio lugar a Actas **a trece empresas del Grupo**, como relata el hecho probado de la Sentencia (Cfr. págs. 165 y ss. del hecho probado, Actas de 26 de noviembre de 1993, en relación con Ibusa, Promociones Bilmo SA, Tresmar). ¿Por qué razón ninguno de los pagos en efectivo podía provenir de la no corrección de Actas concernientes a trece sociedades del Grupo Ibusa, y sí por razón de la "no corrección" de Actas concernientes a sólo cuatro sociedades del Grupo NN? Pues nuevamente porque no han podido probarse dichos pagos. ¿Pero acaso han podido probarse respecto del Grupo NN? Por supuesto que tampoco, pero claro, a alguien hay que imputarle los ingresos no justificados, y la adquisición de una vivienda al Grupo Nuñez y Navarro permite, parece ser, una mayor flexibilidad en los requerimientos del principio de presunción de inocencia.

Adviértase, de que, por todo argumento en relación con Ibusa, sólo hemos sabido encontrar esta referencia (cfr. Pág. 513)

"En IBUSA no se han detectado ni acreditados pagos y en IBUSA la actuación de los acusados es mucho más puntual: unos meses de 1993: se ponen en marcha en abril del 93, en que tenemos la nota donde se dice que "jjf2 se ocupará de IBUSA y

BILMO, pasa por la carta de Bueno a Huguet en agosto, se inician las inspecciones en septiembre y terminan entre octubre y noviembre de ese año, en que se expiden las actas, pero aquí entra Folchi, como hemos visto."

El dato de que la intervención del Sr. Bergua, en relación con las Inspecciones Nuñez y Navarro, se ciñera, como resulta del hecho probado, a cuatro Actas fechadas una en julio y las otras tres el 9 de diciembre de 1993 y una acta fechada el 9 de junio del 94, parece que no es suficientemente "puntual". Es puntual validar inspecciones a trece empresas, pero no a cuatro, se conoce. Acaso la entrada de "Folchi" como dice la sentencia, contribuye a que la intervención de los Srs. Abella y Bergua sea más puntual.

En fin, el argumento circular vuelve a ser el mismo: como no han podido acreditarse pagos de otros grupos, que sean de Nuñez y Navarro. Quien vende un piso Nuñez a un funcionario se hace, por este solo hecho, acreedor de la inversión de la carga de la prueba.

Lo dicho anteriormente vale también para el Grupo Kepro, pues como resulta de los folios 173 y ss. del hecho probado de la Sentencia, el Actuario, inspeccionó hasta siete sociedades KEPRO BARCELONA,S.A.,KEPRO RESIDENCIAL,S.A., DIAGONAL MAR.S.A. ("KEPROSA"),KEPRO COSTA BRAVA,S.A.,KEPRO SANT CUGAT,S.A. ,KEPRO DIAGONAL,SA, y KEPRO ESTARTIT,S.A., incluidas en el plan de inspección en marzo de 1993. Por último, similares consideraciones podrían hacerse *mutatis mutandi* respecto de las inspecciones giradas por el Sr. Alvaro Pernas a empresas del Grupo Reyneta y Elber, durante los años 92 y 93, fechas en las que el Sr. Bergua ostentaba el cargo de Inspector Regional Adjunto, y en consecuencia, proyectaba también sobre el Actuario deberes de examen y control.

Todo lo anterior se pone de manifiesto para enfatizar la importancia de aclarar, en un contexto calificado en la Sentencia de corrupción sistémica u organizada en la Agencia Tributaria de Cataluña, los elementos a partir de los cuales inferir y en consecuencia imputar la paternidad de los pagos, exclusivamente, al Grupo Nuñez y Navarro y no a cualquier otro grupo de los inspeccionados.

En conclusión, concurre también, respecto de los ingresos en efectivo del Sr. Bergua, sea cual sea la cifra imputada, el mismo vicio de orfandad probatoria e

infracción de los principios que rigen la valoración de la prueba indirecta o circunstancial ya analizados respecto del Sr. Abella. Resumidamente: a) No existe *constancia formal del origen* de los ingresos en efectivo, como reconocen expresamente los peritos de la acusación y asume la sentencia. b) **No existe una sola prueba directa** alguna sobre la origen de tales ingresos en efectivo. c) tratándose de **prueba indiciaria**, la motivación expresada por el Tribunal para afirmar que tales ingresos provenían del Grupo Nuñez y Navarro se funda, exclusivamente, en un **argumento circular**: que tales ingresos *sólo podía provenir* del Grupo NN pues de lo contrario el Sr. Bergua no hubiese podido atender los gastos derivados de la adquisición de la vivienda. d) en definitiva, tal motivación se funda, exclusivamente, en la aparente incapacidad económica del Sr. Bergua. e) Tal inferencia adolece de una relevante *insuficiencia* para colmar el vacío probatorio, lo que resulta incompatible con la presunción de inocencia, pues en modo alguno resulta concluyente ni conduce de forma natural a situar al Grupo Nuñez y Navarro, frente al resto de Grupos inspeccionados, en el origen de dicho efectivo. f) El dato relativo a las obligaciones dinerarias asumidas como consecuencia de la compra supuestamente ventajosa de la vivienda, no correlaciona ni con las fechas ni con las cantidades ingresadas.

Concluyendo, también aquí se está en definitiva exigiendo al Grupo NN, implícitamente, que pruebe que no pagó. La tesis alternativa de nuestro representado, negando que hiciese pago alguno en efectivo al Sr. Bergua, resulta insuficiente: se trata de invertir las cargas probatorias, nuevamente. Frente a ello, la alternativa de que fuesen otros, es absolutamente razonable y posible. Y nuevamente la Sentencia afianza tal posibilidad cuando textualmente sostiene que...

"En este caso si analizamos los delitos de cohecho, como ya se ha dicho, cada uno cobraba de un grupo empresarial en la forma descrita en las diferentes piezas, y si bien es cierto que existen fundadas sospechas de que, en ocasiones, alguno de los inspectores pudo percibir mas dadas de otro Grupo diferente al aquí fijado, no lo es menos que ni la tesis acusatoria lo recoge, ni tampoco ha quedado acreditado, en concreta referencia al Grupo IBUSA.

Por todo ello ha de concluirse que la afirmación de que medió entrega de pagos en efectivo provenientes de mi representado como dádiva para la actuación del acusado como Inspector regional adjunto, resulta nuevamente incompatible con las exigencias de

la garantía constitucional de presunción de inocencia, por lo que se postula su exclusión del relato de hechos probados.

6.- En definitiva, en relación con el origen de las dádivas la Sentencia de instancia admite que no existe prueba directa sobre el origen de esos fondos. Fondos que las periciales de la acusación califican expresamente de "origen desconocido". Pero tampoco cumple con los requerimientos que exige la motivación tratándose de prueba indirecta o circunstancial, al no ofrecer ningún hecho-indiciario base del que inferir racionalmente la paternidad de los pagos. Por todo argumento, se limita a señalar que sólo imputándolos a Nuñez y Navarro pueden explicarse tales ingresos. Y tal motivación resultaba especialmente necesaria a la visa de los múltiples beneficiarios de las inspecciones favorables. Circunstancia que lejos de hacer dudar de la razonabilidad de un endoso, por entero de todos los pagos, se convierte paradójicamente en un "indicio" adicional: puesto que no ha podido probarse que los pagos procedan de otros inspeccionados, han de provenir de Nuñez y Navarro. Tenemos así que la presunción de inocencia de unos se convierte en criterio de atribución, por descarte, de los pagos a mi representado, como si para éste no rigiese, también dicha presunción.

El criterio inferencial manejado no sólo es pues excesivamente amplio y abierto (pues deduce origen de fondos de la adquisición de la vivienda) sino inconstitucional por infringir el principio de igual: reparto desigual de la presunción de inocencia.

II. Vulneración de la presunción de inocencia en relación con el carácter dadivoso de la venta de los pisos

7.- Similares consideraciones cabe hacer respecto de la cuantificación de la diferencia entre el valor de mercado de los pisos enajenados y su precio de venta, segundo componente de la dádiva según los hechos probados de la Sentencia. Cumple en este punto, remitirnos a los argumentos desarrollados en el motivo octavo de nuestro recurso de casación para no alargar la excesiva extensión de esta queja. Pero permítasenos en apretada síntesis enfatizar el vacío probatorio y la irracionalidad en la concreción de dicha cuantía, referida al piso del Sr. Abella, derivado de tres datos incontestables:

Primero.- La sentencia establece el valor "real del piso" sobre el que se calcula la diferencia acudiendo para ello a la mencionada tasación a efectos hipotecarios (104.005.680 ptas). Tasación que no llegó a adquirir la condición de prueba. Era simple fuente de prueba personal documentada sobre el valor del piso, sin que el autor de la misma, el Sr. Jaime Díez Escudero, fuera al plenario para ratificarse en sus conclusiones ni someter su opinión a contradicción. Ni siquiera hubo lectura íntegra de la dicha tasación como medio de reproducción de dicha "prueba", convertida ahora en documental, como reclama el Tribunal Constitucional, vetando fórmulas estereotipadas, que impidan someter su contenido a los dictados del principio de defensa y contradicción, y a la posibilidad de que por otros medios probatorios se haya acreditado lo que el documento cuya lectura se ha omitido pudiera acreditar también (STS 178/2006, de 16 de febrero).

Segundo.- Este resultado se aparta ostensiblemente del resultado único y coincidente que arrojan las únicas pruebas realmente practicadas: las pruebas periciales, *todas*, tanto las de la acusación, como las de la defensas, que fijaron un valor de mercado prácticamente coincidente, como reconoce el propio Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación a nuestro recurso.

Tercero.- La sentencia se aparta de dicho resultado, no sólo sin justificar la discrepancia, sino sin ni siquiera *hacer una sola mención a las periciales practicadas y a su resultado*. Como si no hubiesen existido. Ni una sola referencia se encontrará de la pericial de la Sra. Aránzazu Echanove, Jefe del Gabinete Técnico, Arquitecto de la Hacienda Pública, que en la pág. 16 de su informe de valoración, emitido el 9 de mayo de 2003 y ratificado en el Plenario, concluye en que el valor estimado de la vivienda con sus tres plazas de aparcamiento, a *fecha 5 de octubre de 1994*, es de 81.806.027 pesetas (Cfr. folio 263.016 de la causa) Ni una sola referencia en sentencia a dicha pericial. Ni una sola referencia a la pericial del Sr. Jordi Griñó Sans, para la que el valor de ambas unidades, convertidas en una sola vivienda con sus plazas de aparcamiento anejas asciende a 81.323.045 pesetas. (Vide folio 33 pericial, folios 3171 y ss. del tomo 9 del Rollo de Sala). Periciales hechas sobre el *duplex* resultante de la reforma y no sobre los dos pisos originarios, y en consecuencia considerando ya las obras previas ejecutadas en 1993 para conformar dicha unidad.

Esta es pues la evidencia: una parte autónoma de dádiva del Sr. Abella, fijada en hechos probados, de 22.525.680 millones de pesetas (resultante del diferencial entre el precio pagado y el valor de la tasación a efectos hipotecarios), que ha sido declarada probada en manifiesta infracción del derecho de presunción de inocencia. Un caso que considerábamos en nuestro motivo de casación fronterizo con el error de hecho (por apartarse, sin justificar, de los resultados de todas y cada una de las únicas pruebas efectiva sobre tal extremo practicadas en el plenario: las periciales).

III. Vulneración de la presunción de inocencia en relación con el carácter indebido de las inspecciones: "no exhaustivas" "sin pedido de documentación".

La Segunda Sentencia de Sala del Tribunal Supremo núm. 990/2013, procede el expurgo de determinados hechos probados en la Sentencia de instancia, al considerar no probado que los documentos generados en las inspecciones tributarias ni en las actas Actas, contengan "omisiones de datos con relevancia tributaria. Pese a todo, reprocha que los peritos no "investigaran exhaustivamente" ni recabaran toda la documentación necesaria.

Tal reproche se efectúa sin haber reparado en que una tal afirmación descansa, en la Sentencia de instancia, en un *solo hecho base indiciario*: las Actas son ilícitas por mendaces, al omitir extremos relevantes para la regularización y en consecuencia, si lo son, es porque no se investigó, omitiendo hacer constar las referidas operaciones de riesgo fiscal. Mas una vez afirmado que no existe reparo en las Actas en sí, desde el punto de vista de *la omisión de datos tributariamente relevantes*, la prueba indiciaria sobre la realidad de la falta de investigación o el que el actuario no recabara toda la información precisa, está ayuna de todo soporte probatorio.

Porque en efecto la Segunda sentencia efectúa en el apartado de los hechos, algunas afirmaciones fácticas de enorme relevancia:

Primera afirmación:

" **10.-** En los documentos del procedimiento de inspección autorizados por el Sr. Abella a empresas del grupo Núñez y Navarro, en relación a las denominadas

operaciones intragrupo, no consta que el actuario hiciera afirmaciones, describiendo las citadas operaciones, que no se correspondan con la realidad, en cuanto a que la empresa vendedora efectivamente vendiera, e incluso declarase la partida correspondiente en la base imponible del impuesto de sociedades. Tampoco que en esa documentación se omitiera algún dato que tuviera relevancia fiscal, siendo consciente de ello, o no, el actuario. Así, particularmente, en cuanto a las fechas consideradas por la entidad vendedora y compradora para la imputación de costes e ingresos."

(Si no consta que se omitiera datos con relevancia fiscal en los procedimientos de inspección, no se atisba a ver de dónde surge la prueba de que debiera pedir la documentación referida a aquellos datos -sin que se diga cuáles- por lo demás irrelevantes fiscalmente)

Segunda afirmación:

"11.- En esos mismos documentos, en relación a las exenciones por reinversión, tampoco constan probados ni enunciados mendaces, **ni omisiones de datos, cuya existencia, constase o no al actuario, tuviera relevancia obstativa de la exención. Particularmente no consta que el actuario fuera consciente de que tuviera esa trascendencia la vinculación entre las entidades que protagonizaron las operaciones."**

(Si no consta probado que se omitieran datos relevantes en punto a la exención por reinversión tampoco se atisba a comprender en qué hecho indiciario se basa la sentencia para afirmar que debió investigarse y recabarse información sobre datos irrelevantes)

Tercera afirmación:

"12.- En relación a otro tipo de operaciones referidas en la acusación, relativas a ese grupo empresarial, y relatadas en la sentencia de instancia, tampoco consta ni el enunciado mendaz **ni la omisión del dato de existencia constatada que tuviera relevancia tributaria."**

Si del resto de operaciones tampoco constan la omisión de datos con relevancia tributaria, entonces, ¿Qué elemento probatorio existe para afirmar que no se recabó la documentación necesaria o que no se investigó exhaustivamente unos datos sin relevancia?

Pese todo, sin prueba adicional alguna, directa o indirecta sobre esa falta de pedido de la documentación necesaria, o de la falta de investigación "exhaustiva" (sin que se siga cuán exhaustiva debía ser), se afirma apodóticamente:

Cuarta y conclusiva:

"13.- No obstante en los procedimientos para inspección y liquidación, a que se refieren los tres apartados anteriores, se evidencia que, aún cuando no consta ni el verdadero contenido ni la relevancia fiscal de los datos omitidos por el actuario, consta que éste -el Sr. Abella-, para favorecer a los sujetos pasivos, no recabó la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes en cada inspección.

De tal forma que, aún cuando no consta que el actuario conociera el contenido de lo omitido, sí sabía que las diligencias y actas conformadas, y por él autorizadas, no eran resultado de la investigación exhaustiva que le era exigible realizar."

Pero pese a lo afirmado por esta Excma. Sala, la afirmación relativa a "no recabar la documentación necesaria" no se afirma *en concreto* en ningún pasaje **del hecho probado de la Sentencia de Instancia.** Se insiste: en ninguno. Afirmación fácilmente contrastable a partir de la lectura de los hechos probados -incluso con el auxilio, en el texto electrónico, de un buscador de *términos*-.

La Sentencia de instancia, en efecto, declara probado *genéricamente* que....

A cambio de dicho beneficio, el acusado Abella en su calidad de actuario, a cambio de este beneficio económico, debía omitir intencionadamente en las inspecciones que realizase a las empresas del Grupo Núñez y Navarro, cualquier indicio de riesgo fiscal que detectase, no efectuando ninguna investigación de las

operaciones realizadas, y sancionando como debidamente tributadas las operaciones que en el desarrollo de la estrategia fiscal antedicha realizaban, que en ningún caso ni tan siquiera cuestionaban. (Cfr. pág. 36 de la STS 990/2013).

Y añade líneas adelante...

"Posteriormente, este actuario aparentaba desarrollar una actividad inspectora, mediante la creación de un expediente tributario ficticio, en el que se incluían diligencias y actas en las que nunca se investigó operación alguna, todas ellas

Actas definitivas, de comprobado y conforme, en las que se hacía figurar que se habían comprobado elementos fiscalmente relevantes, cuando ello no era así, al no comprobarse, ni menos aún regularizarse las situaciones de riesgo irregulares que presentaban las declaraciones efectuadas. Estas actas de comprobado y conforme eran esenciales para dar apariencia de veracidad a dichas inspecciones y además, impedir que pudieran ser objeto de nueva revisión tributaria, consolidando así la situación fiscal irregular. Y para aparentar que se descubría deuda, se introducían regularizaciones en cantidades ínfimas en referencia a elementos fiscales, que en ocasiones no eran comprobados o bien no estaba justificada su regularización. Con esta estrategia y amparados por los inspectores dichos, consiguiendo dejar de declarar una cantidad aproximada de 2.182.847.758 de pesetas."

Pero tan pronto como se descende, en los hechos probados, a los concretos *procedimientos de inspección*, resulta que ni una sola mención fáctica se efectúa a la "inexistencia de investigación" ni mucho menos a que no solicitara documentación. Sino que todas, se insiste, todas las referencias tienen que ver con el omiso análisis jurídico-tributario de operaciones que están documentalmente reflejadas y que el actuario conoce. En tal contexto, no investigar significa, simple y llanamente, no calificar los hechos con arreglo a su verdadera naturaleza: pura operación jurídica.

Este es un dato trascendental. Y rogamos se excuse la transcripción de una parte sustancial de nuestro recurso, que reproduce textualmente los pasajes del hecho probado relativos a las concretas inspecciones, en aras a patentizar lo afirmado y facilitar el contraste con lo que afirmamos. Puesto que la transcripción concreta de los

fragmentos del **hecho probado** relativos a las inspecciones concretas arroja la **anterior conclusión**: a) en ningún lugar se afirma, inspección por inspección, que el Actuario no "pidiera documentación". b) en ningún pasaje se afirma que los datos sobre los que el Actuario debía haber efectuado el análisis jurídico-tributario que conducía a la regularización en Acta **no estuviesen documentados, ni que el Actuario los desconociese** (como consecuencia de la falta de comprobación de aquellos datos fácticos). Las afirmaciones genéricas anteriores descansan pues en la idea de que la falta de comprobación afirmada resulta de la que se postula como obligada regularización: puesto que no regularizó, no comprobó. Y justamente este binomio es el que dinamitó la Sentencia de Casación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que suprimió la infracción tributaria precisada de regularización y que, al decir de la Sentencia de la Audiencia casada, el actuario Abella había omitido regularizar. Adviértase que la construcción del reproche luego casado se construía sobre infracciones tributarias que las actas del actuario Abella no regularizaron, y no sobre la inactividad inspectora del actuario.

En efecto, estas son las afirmaciones fácticas de la Sentencia de la Audiencia referidas a las **concretas** inspecciones en los hechos probados (que, como dijimos, quedaron cercenadas por la Sentencia del Tribunal Supremo cuando estima parcialmente la casación interpuesta):

1. *“Se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto....”* (Cfr. pags. 113-114 Sentencia; Acta A01 de conformidad IS Aledora 1992, Acta A01 IS 1993 Aledora SA)
2. *“omitió regular fiscalmente tanto la revalorización contable por el margen comercial aplicado, como la aplicación, desde 1992, de los gastos financieros asociados al contrato por el aplazamiento en el pago del precio”* (Cfr. 114 Sentencia Acta A01 de conformidad IS Aledora)
3. *“...donde se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del Impuesto y acepta sin reparos las liquidaciones practicadas por el sujeto pasivo...”* (Cfr. Págs.. 114 Sentencia Acta A06 de comprobado y conforme IS Cogramon 1992; Acta A06 de comprobado y conforme del IS 1994)

4. “...sin revisar los riesgos fiscales relevantes admite la liquidación fiscal efectuada por el contribuyente” (Cfr. Pág. 115, Acta AO1 Cogramon IS 1993) (afirmación por cierto radicalmente incompatible con lo que se dice a renglón seguido....”*con la corrección de determinadas partidas que engrosaban la base imponible negativa de 122.072.868 pesetas que minora en 36 millones....*” Una constante de todo el relato de hechos probados, es el de calificar como “ínfimas” todas las regularizaciones que se practicaron, aunque, como es de ver en este caso, y en otros muchos (Cfr. Pág. 115) sea de de una cantidad millonaria como la expresada.
5. “...de igual forma intencionada se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y acepta sin reparos las liquidaciones....” (Cfr. Actas Cogramon)
6. “...con intención de no reflejar **lo que efectivamente vio**, se afirmaba que no se observaba anomalía en orden a la exacción del Impuesto y acepta sin reparos las liquidaciones practicadas por el sujeto pasivo.....” (Cfr. Actas inspección Edonu SA, págs.
7. “...en igual forma intencionada se afirmaba que no se observaba anomalía en orden a la exacción del Impuesto, aunque considera indebidamente consignado un gasto de más de 14 millones de pesetas que regulariza.....” (Cfr. Pág. 120. Edonu SA. Una regularización, nuevamente “ínfima” según la sentencia).
8. “...admitió que no existían errores ni omisiones y consideró correctas las liquidaciones presentadas....(...) omitió revisar fiscalmente...(...) omitió regularizar....(...) omitió proponer al Inspector Regional la regularización (...) (Cfr. Actas A06 IVA 1994, 1995,1996 Edonu SA, pág. 121)
9. “...con intención de no reflejar lo que efectivamente vio, se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se reconocía. *Abella regulariza un riesgo fiscal, un gasto, por importe de 11 millones de pesetas (...) sin embargo omite regularizar la revalorización....*” (Acta AO1 de conformidad Josel SA IS 1992, pág. 123).
10. “...donde con igual finalidad que en el caso anterior se afirmaba que no se observaban anomalías sustanciales en orden a la exacción del impuesto, se

- regulariza un gasto por importe de 23.000.000 millones de pesetas (sic)...”*
(Cfr. Pág. 124, Acta A01 de conformidad IS 1993 Josel, pág. 124.
11. “*...con la misma intención da por válida la liquidación...y no regulariza el gasto que....”* (Josel SA, Cfr. pág. 124)
 12. “*...donde se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se regularizan unos gastos de reparación y conservación.....”*
(Cfr. Pág. 126, Actas de conformidad A01 del IS 1992 y 1993 de Edificio y Construcciones Rocafor SA”
 13. “*...elaboró las siguientes Actas Definitivas de Inspección en las que intencionadamente omitió cualquier **mención a los riesgos fiscales que indebidamente habían consignado los responsables del Grupo NyN para obtener un ahorro fiscal***” (pág. 127)
 14. “*...afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y regulariza.....”* (Cfr. Acta A01 de conformidad, IS Edificio Córcega Balmes, págs.. 128, donde se afirma expresamente que ¡No se observan anomalías!. En tesis de la sentencia, esto significa: esta Acta no es “falsa”
 15. “*...nuevamente se afirma que no se observan anomalías en orden a la exacción del impuesto y regulariza un gasto indebido por importe de 23.465.600 pesetas(...) sin embargo omite regularizar la contabilización de la indemnizaciones....”* (Cfr. Pág. 128 Acta A01 de conformidad IS 1993 Edificio Rocafort
 16. “*...admitió una base imponible negativa.... dio por correcta la operación de adquisición...omite regularizar tanto la revalorización....”* (Cfr. Pág. 130 Acta A06 de comprobado y conforme IS 1989,90 y 91, Inmobiliaria Cubí Valls”
 17. “*...con igual intención de no reflejar lo que efectivamente vio, se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se reconocía una base imponible.....”* (Cfr. Pág. 131 Actas A01 de conformidad Inmobiliaria Cubí Valls).
 18. “*...intencionadamente omitió cualquier mención a los riesgos fiscales que indebidamente habían consignado los responsables del grupo NyN para obtener*

- un ahorro fiscal, aceptado la liquidación que presentó.....omite comprobar que la exención no cumple con los requisitos previstos para su aplicación contenidos en el artículo 147 del RIs, al contar.....” (Cfr. Pág. 133 Sentencia Acta A06 IS 1990, Neraco SA)*
19. *“...intencionadamente omitió cualquier mención a los riesgos fiscales que indebidamente habían consignado los responsables del Grupo NyN para obtener un ahorro fiscal. Aceptó sin comprobación alguna las minoraciones que el contribuyente incluyo.....omitió comprobar quela exención con cumple, en este caso, los requisitos previstos para su aplicación contenidos en el art. 147 del RIS....” (Cfr. Pág. 135 Sentencia: Acta definitiva modelo A06 para los años 1988,89,90 y 91*
20. *“...donde se da por válida la liquidación presenta por el contribuyente, y se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se reconocía una base.....” (Cfr. Pág. 136 Acta A06 de comprobado y conforme IS 1992 NN Renta*
21. *“....tras afirmar que no se observan anomalías sustanciales en orden a la exacción de este impuesto, regulariza la compensación por pérdidas.....sin embargo omite regularizar la exención por reinversión....” (Cfr. Pág. 136, Acta A01 IS 1994 NN Renta SA).*
22. *“....con intención de no reflejar lo que efectivamente vio, da por válidas las liquidaciones efectuadas...en el acta se omite cualquier análisis....”(Cfr. Pág. 139 A06 de comprobado y conforme IS 1990,91 y 92 de CALADON SA)*
23. *“...con igual intención, afirma que no se observan anomalías sustanciales, sin embargo regulariza gastos de reparación y conservación, pero omite regularizar la base imponible negativa fijada por el contribuyente en....., por la indebida aplicación de los gastos financieros” (Cfr. Pág. 140 Sentencia, Acta A01, de conformidad IS 1993, Caladón SA; Cfr. En términos similares Acta A06 IS 1994 y 1995 Caladón SA”*
24. *“...donde también sabiendo que no se corresponde con la realidad se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se reconocía una base imponible de 30.164.916 pesetas, pero no se regularizan*

- gastos de alquiler, de tal forma que la base imponible que fija Abella es de 38.175.253 pesetas. Sin embargo no regulariza la deducción indebida.....”* (Cfr. Pág. 141 Sentencia, Acta A01 de conformidad IS 1996 Caladón SA)
25. “*...considera correctas las declaraciones presentadas...sin embargo...no regulariza la revalorización por anotación contable ni la inclusión de los gastos financieros asociados al contrato de aplazamiento de pago....”* (Cfr. Pág. 144 Sentencia, Acta A01 de conformidad IS 1993 Peromoinver SA...”
26. “*...sabiendo que no se correspondía con la realidad se afirmaba que no se observaban anomalías en orden a la exacción del impuesto y se reconocía una base imponible negativa y en la que con conformidad del contribuyente regulariza gastos de mejora de activo, pero nuevamente omite regularizar los gastos financieros....”* (Cfr. Págs. 144 y 145 Sentencia; Acta A01 de conformidad, IS 1994 Peromoinver SA; en similar sentido Acta A01 de conformidad IS 1995.
27. “*...admite la liquidación practicada por el contribuyente y omite comprobar si el inmueble transmitido formaba parte del inmovilizado afecto al desarrollo de la actividad empresarial y en todo caso qué parte correspondía al solar y que parte al edificio a efectos de aplicación de lo establecido en el artículo 147 del RIS 82.”* (Cfr. Pág. 146 Acta A06 IS 1994)”.
28. “*...en las que se dan por válidas las declaraciones del impuesto de esos ejercicios presentados por el contribuyente.....pero se omite incluir el incremento de patrimonio....así como los gastos*” (Cfr. pág. 147 Sentencia. Acta A06 IS 1988 A 1991 KAMIAN SA)
29. “*....se regulariza de conformidad con conformidad del contribuyente, pero se omite regularizar los gastos financieros deducidos indebidamente...”* (Cfr. `pág. 148 Acta A01 IS 1992...” Kamian SA
30. “*...regulariza gastos de reparación y conservación, pero sin embargo omite regularizar el incremento de patrimonio por haberse deducido indebidamente....”* (Cfr. Pág. 148, Acta A01 IS 1993 Kamian SA, Acta A01 de conformidad IS 1994 Kamian SA

31. “...omitió cualquier mención a los riesgos fiscales que indebidamente habían consignado los responsables del Grupo NyN para obtener un ahorro fiscal....” (Cfr. Pág. 150, 151 Actas de Montsa).

Pues bien, como dijimos, ese sustrato fáctico quedó volatizado como Hecho Probado y suprimido por la Sentencia de Casación, y a sus resultas cae toda posibilidad de afirmar ahora que el sustrato de hecho y, en suma, el ilícito como elemento normativo del cohecho objeto de condena pueda construirse sobre el que el actuario no comprobó.

Si los riesgos fiscales estaban "consignados" y reflejados documentalmente, hablar de inspección no exhaustiva sólo puede hacerse desde esa obligada regularización que la Sentencia de Casación ha considerado *no probada*.

En resumen, la Sentencia de instancia partió del siguiente razonamiento: como en las Actas aparecen omitidos datos de relevancia fiscal, es obvio que no se investigó exhaustivamente. No hay más afirmación fáctica concreta ni menos aún prueba que ésta sobre esa "inactividad" del Actuario y del Inspector Regional. Se insiste, ninguna prueba adicional. Es simple deducción del hecho base referido: prueba indiciaria-. Si ahora se nos dice que no consta la omisión de datos con relevancia tributaria, ¿Cómo afirmar que no se recabó información sobre los mismos, cuando ni siquiera la Sentencia de instancia lo afirma? ¿De dónde surge la prueba que acredite que no se investigó sobre unos datos de los que se afirma que no consta su omisión? Tal aserto fáctico nada en el vacío probatorio, una vez expurgado, por *no probado*, el hecho base, y en consecuencia su afirmación infringe el principio de presunción de inocencia.

Porque en efecto, ya señalamos en nuestro motivo sexto del recurso de casación, que la afirmación fáctica genérica relativa a la "apariencia de investigación", luego no concretada en relación con inspección alguna, -como inequívocamente resulta del hecho probado (págs. 94 y 95 de la Sentencia de instancia)-, deriva de un argumento puramente circular: queda patente al no haberse regularizado lo que debió regularizarse. Una afirmación del hecho probado que se asienta en la fundamentación jurídica en un breve razonamiento que no contiene ni una sola referencia a prueba practicada sobre la

que se asienta esa convicción. Y así señalamos que tal afirmación se efectuaba en clave de pura petición de principio (es así porque digo que es así). Un modo de proceder ofende al juicio racional-valorativo que debe construirse sobre elementos fácticos expresamente designados.

Es más, no solo se construye sobre el vacío sino que se desoyó y despreció prueba de descargo y de signo contrario obrante en la causa, y sobre la que no se hace ninguna referencia en ambas instancias. Queda pues extra muros del acervo probatorio valorativo lo que adultera la racionalidad del desenlace (STS 540/2010, de 8 de junio y STS 258/2010, de 12 de marzo). La *valoración probatoria* de la Sentencia de instancia que transcribimos se limita a lo siguiente (págs. 383-384):

“Actividad inspectora.

Pero en todo caso, estas teorías articuladas por las Defensas no pueden tener acogida, pues Abella ni tan siquiera se molestó en saber que había ocurrido, y, nuevamente omitiendo sus deberes más elementales como inspector, no comprobó ninguna de estas operaciones.

No realizo ninguna labor de investigación y así no pidió la documentación necesaria para conocer el alcance de las operaciones en que se fundaba la exención por reinversión, y no comprobó la naturaleza real de los inmuebles a los que se les aplicó, y si debían ser calificados de existencia o de activos fijos.

No comprobó ni un solo arrendamiento, ni solicito un solo contrato. Su actuación se limitó a dar por válido lo dicho por el Grupo NyN en referencia estos riesgos fiscales analizados, sancionándoles con una inspección amañada, para nuevamente dar una apariencia de inspección que no se correspondía con la realidad, y permitir así que el Grupo NyN tuviera un ahorro fiscal ilícito, por este concepto, superior a los mil doscientos millones de pesetas”.

¿Cómo se justifica tal aserto? Véase... *“Que (en las actas) se hacía figurar que se habían comprobado elementos fiscalmente relevantes, cuando ello no era así, al no comprobarse ni menos aun regularizarse las situaciones de riesgo irregulares que presentaban las declaraciones efectuadas”.*

Es manifiesto que, ahora, en sede de valoración jurídica se deslizan afirmaciones fácticas no recogidas en hechos probados referidos a las inspecciones concretas. Pero lo relevante es que afirma sin asiento en prueba que el actuario no había comprobado elementos fiscalmente relevantes (“*cuando ello no era así*”), e, insistimos, desconociéndose qué elemento probatorio de cargo habilita esa afirmación. Ausente toda referencia o ejercicio de juicio valorativo en la fundamentación jurídica, pues ésta más bien está construida en ese punto también como una sucesión de afirmaciones fácticas, cabe volver al hecho probado donde se vislumbra una estructura de razonamiento. Esta reza así: Como no se ha regularizado en el modo y forma que la Sentencia apunta como regularización debida, es que nada se comprobó y que la actividad inspectora no fue exhaustiva.

Un puro razonamiento circular o por reciprocidad. La Sentencia de instancia, sin mayores esfuerzos ni aditamentos, afirmó actividad inspectora aparente por el solo hecho de no encontrar en las actas aquello que quería encontrar, y que calificó de “situaciones de riesgo irregulares” que son concretables en la valoración jurídica (pág. 383) a los reproches consistentes de no haber comprobado, entre otros, “la naturaleza real de los inmuebles” en los que se fundaba una exención por reinversión, o “si debían ser calificados de existencias o de activos fijos”, o si las transmisiones intragrupo debían darse por buenas.

Este razonamiento circular queda empero ayuno de todo soporte cuando ahora, la Sentencia de Casación, en relación con los tres bloques de operaciones examinados, que en las Actas no está acreditado que “se omitieran datos de relevancia tributaria”. Pues bien, este aserto es importantísimo: la insuficiencia probatoria en parámetros constitucionales es ahora más llamativa si además recordamos cuál es el contenido de un acta de inspección con arreglo a lo previsto en el art. 49 del Real Decreto 939/1986 Reglamento General de la Inspección de los Tributos. Conforme al art. 49.2 e), *el actuario solo hace constar los elementos **esenciales del hecho imponible** con trascendencia tributaria que conduzcan a levantar un acta*. En consecuencia, sólo consigna, como dice el reglamento “Los elementos **esenciales del hecho imponible** y de su atribución al sujeto pasivo, retenedor u obligado a efectuar ingresos a cuenta, con **expresión de los hechos y circunstancias con trascendencia tributaria** que hayan resultado de las actuaciones inspectoras o referencia a **las diligencias donde se hayan**

hecho constar. La Sentencia 990/2013 de esta Ilma. Sala señala no obstante que no está acreditada la omisión de tales hechos y circunstancias con trascendencia tributaria.

Lo que el actuario comprueba y no conduce a levantar cuota por infracción, no se hace constar (tampoco el auto de procesamiento se hace constar todo lo afectante a la vida de un sujeto, sino solo los aspectos que conduzcan a su procesamiento. Aquello acopiado en instrucción de relevancia típica no se consigna).

Así las cosas, ha desaparecido el hecho base sobre el que, exclusivamente, se infiere la afirmación fáctica relativa a la exhaustividad de la investigación y al pedido de documentación. En tal contexto, resulta insólito -dicho sea con los debidos respetos-, que esta Excma. Sala despache el motivo sexto de nuestro recurso con la genérica apelación a su naturaleza jurídica, contraria al cauce de la presunción de inocencia, cuando frente a la apodíctica afirmación de que no se investigó -pues de lo contrario se habría regularizado, y constarían en Acta los datos relevantes para el hecho imponible- esta representación procesal ofreció prueba documental de descargo que no fue valorada en la instancia, relativa a la real existencia fáctica de inspección y pedido de documentos.

Y destacamos los siguientes extremos documentales en nuestro sexto motivo:

a) En Edonu, folios 122.676 y 122.679 de la caja documental 122, el actuario Abella despliega profusa petición de información, y en concreto, en la primera diligencia, “justificación del beneficio por la enajenación del inmovilizado material...”; efectuando la siguiente valoración en la segunda diligencia: “en cuanto a los beneficios por la enajenación del inmovilizado material que ascienden a, corresponden a dos ventas realizadas a PEI, aportándose copias de las escrituras así como el correspondiente cuadro relativo a las reinversiones realizadas detallando cada uno de los conceptos y la cantidad pendiente de reinversión”.

b) En Josel, requiere del contribuyente “detalle de los costes reales de cada una de las promociones..., los módulos utilizados por el promotor para la imputación de los costes”, esto es, estadísticas de coste, así como “el detalle de la cuenta de resultados extraordinarios”, esto es, la exención por reinversión (folios 115.466 y ss. de la caja documental 115).

c) En Edificio Córcega Balmes, folios 122.282 y ss. de la caja documental 122, requiere del contribuyente “detalle de los costes reales de cada una de las promociones ..., los módulos utilizados por el promotor para la imputación de los costes”, esto es, estadísticas de coste, y el “detalle de la cuenta de resultados” y “justificación de la exención por reinversión”.

d) En NN Renta, folios 107.005 y ss. de la caja documental 107, requiere “justificación de la cantidad correspondiente a la exención por reinversión”.

e) En Donca, folios 109.125 y ss. de la caja 109, requiere “la cuenta de resultados extraordinarios”, referente a la exención por reinversión."

Como es notorio, no se trata, pese a lo que señala la Sentencia cuya nulidad postulamos (pág. 296), de meras cuestiones jurídicas no abarcadas por la presunción de inocencia. Tampoco procede despachar el motivo por remisión al del Sr. Nuñez Clemente (fundamento jurídico 57), señalando que son cuestiones jurídicas. No. Se trata de cuestiones fácticas recogidas en prueba documental practicada sobre la que no se ha hecho valoración alguna sobre su potencial de descargo.

¿En qué prueba descansa ahora, expurgado el hecho en los términos señalados ("no se han omitido datos relevantes tributariamente"), la afirmación de que no se pidiese documentación -sin que se diga cuál- o se inspeccionara exhaustivamente? En absolutamente ninguna prueba de cargo.

Es más, la Sentencia de Casación afirma, en pág. 282 de la Sentencia que "no se discute que la documentación aportada refleja las operaciones de transmisión de bienes, entre quienes se llevó a cabo y con qué condiciones financieras se pactó el pago", en relación con el primer grueso de operaciones -transmisiones intragrupo con precio aplazado-. Si esto es así, ¿Qué ulterior documentación debería haber pedido el Actuario? Y lo mismo en relación con el resto de operaciones.

Resulta insólito, no obstante, que allá donde existe referencia puntual -en sede de valoración de prueba, que no de hechos- en la Sentencia de instancia, se transmute la "no constancia" del pedido de documentación, *con la prueba de falta de pedido*.

Repárese en las afirmaciones efectuadas en pág. 289 de la Sentencia de esta Ilma. Sala en relación con el tercer grupo de operaciones:

*"En el caso del derribo de la calle Folgueroles la sentencia imputa al Sr. Abella que **"ni tan siquiera hubiera pedido justificación de una partida como es otros Gastos de Explotación superior a 600 millones de pesetas.... Tampoco consta que hubiera solicitado la escritura de adquisición de la finca ni justificación documental del valor atribuido al suelo y a las edificaciones de la misma"** (pág. 387).*

*En el de las fusiones impropias con fines fiscales reprocha que **"omite cualquier mínima comprobación....no consta que pidiese justificación documental de la absorción realizada...."***

*En el del plan especial de Clot de la Mel reprocha que el actuario **omitió revisar fiscalmente los efectos de la deuda asumida frente al Ayuntamiento en la base del IVA.***

*En el caso de la indemnización a los inquilinos de la Calle Condes de Belloch lo reprochado no va ciertamente **más allá de la discrepancia en calificaciones jurídicas de hechos que no se discute se corresponda con la realidad en lo dicho y en lo no dicho en los documentos.**" (Sin negritas en el original)*

Se concederá que entre que "no conste" la solicitud de documentos, o que "conste" que no los solicitara media un trecho: el que impide traspasar el principio de presunción de inocencia en relación con la afirmación de que "no se pidiera documentación".

Y construir ahora el elemento normativo del ilícito propio del cohecho sobre una predicada inspección no exhaustiva, orilla además dos importantes hechos, a saber, que esa supuesta superficialidad inspectora no fue advertida por otros Inspectores Regionales Adjuntos distintos al Sr. Bergua, que visaron el trabajo del actuario Abella y que el dictado del acuerdo de liquidación lo realizó un Inspector Regional Jefe distinto al Sr. Huguet y, en segundo lugar, que hasta 52 inspectores distintos a Abella comprobaron al Grupo Núñez y Navarro y, muy en concreto, 9 inspectores comprobaron el mismo tributo y período impositivo que las actas que ahora se juzgan superficiales, llegando a las mismas conclusiones que el actuario Abella (recuérdese, la posibilidad que un mismo tributo y ejercicio pueda ser comprobado dos veces, como así

fue, la primera en el marco de expedientes que resuelven solicitud de devolución de IVA y Sociedades, y la segunda en el marco de inspección general).

Si la “trama” consistía en que Bergua no visaba lo que superficialmente pudiera hacer Abella, y Huguet dictaba liquidación sin más, atendiendo a las fechas de permanencia de los Sres. Bergua y Huguet en sus cargos de Regional Adjunto y Regional Jefe, la lógica interna pretendida quedará volatilizada por el hecho cierto de que el 80 % de las operaciones que se afirman favorecidas por un hacer inspector torcido tuvieron por Adjuntos a los Sres. Ojeda Pérez y Madriñán Grañá, y por Regionales Jefes, a los Sres. Blesa Baguena y Prada Larrea.

La existencia de la trama como elemento imprescindible para la articulación del fraude viene valorado y hasta “*complementado en su base fáctica en la fundamentación jurídica*” (STS de 3 de mayo de 1990), en concreto, a páginas 250 y siguientes; así, se afirma que “*al inicio de los años 90 se produjo entre ellos una conjunción de intereses, que tenían por finalidad lucrarse de forma individualizada*” ... “*para ello en tanto que Huguet como Jefe Regional favorecía los intereses de Folchi y de la Rosa en las inspecciones del Grupo Torras, permitía que Abella y Pernas desarrollasen su actividad delictiva y que percibiesen a su vez, importantes cantidades de dinero por favorecer los intereses del Grupo NYN respecto Abella*” ... “*para que este entramado fuera efectivo, y dado que cada uno cobrara de diferentes grupos o sujetos pasivos, era necesario que entre ellos se diera un pacto en la actividad delictiva, para hacer y dejar hacer, y así se constata que Abella tenía que ayudar en sus designios delictivos a Huguet, para que éste diera el visto bueno a determinadas actas de comprobado y conforme que Abella le proponía*” ... “*todos ellos se necesitaban, consecuencia de la propia dinámica del procedimiento de inspección, que contempla distintas actuaciones practicadas por funcionarios con diferentes niveles de responsabilidad, que les exigen actuaciones diferentes. Y así, en tanto que Pernas y Abella se encontraban en primera línea, realizando las inspecciones y extendiendo las diligencias de constancia y actas, el acusado Bergua miraba para otro lado y Huguet sancionaba con actos administrativos aquello que estaba indebidamente realizado, y por lo que uno, varios, o todos habían cobrado*”.

Pues bien, conforme a los propios hechos probados de la Sentencia se observa que las inspecciones y actas que se afirman falsarias y corrompidas, atinentes al Grupo Núñez y Navarro, se desarrollan durante un prolongado lapso temporal (1993-1998), en el que no concurre intervención del trío funcional que se afirma concertado y necesario para la efectividad del torcimiento de la actividad inspectora: En efecto, D. José Maria Huguet Torremade solo fue Inspector Regional de Catalunya hasta el 7 de septiembre de 1994 (página 54 de la Sentencia), y D. Roger Bergua Canyelles solo se mantuvo como Inspector Regional Adjunto hasta el 6 de junio de 1995 (página 55).

Así, las actuaciones inspectoras de Abella que suscitan el reproche en la resolución recurrida, en su inmensa mayoría soportaron el control y filtro fiscalizador y la resolución de liquidación de otros funcionarios del Cuerpo de Inspectores de Finanzas del Estado, a saber, como Adjuntos al Regional bajo cuya dependencia orgánica y funcional estaba la Unidad Regional de Inspección núm. 28 (URI) de D. Manuel Abella Zarraluqui sucedieron al Inspector Bergua los siguientes Regionales Adjuntos: D. Ángel Ojeda Pérez (del 19/7/1995 hasta el 18/11/1997) y D. José Antonio Madriñán Grañá (del 19/11/1997 en adelante).

Y como Inspector Jefe Regional, durante el período de las inspecciones y actas que se afirman torcidas, sucedieron al Regional Huguet, los Inspectores Regionales Jefes, D. Ángel Blesa Baguena (del 8/9/1994 hasta el 24/3/1997) y posteriormente D. José Luís Prada Larrea (del 24/3/1997 en adelante).

Para mayor claridad se designa la caja documental núm. 241, en que obra como anexo a la pericial de los Sres. Morena, López y Moyano, esquema denominado “Resumen de las actuaciones inspectoras del Sr. Abella y las regularizaciones procedentes” (folios 241.046 y siguientes), donde sus primeras columnas atienden a los Inspectores de Hacienda (Adjunto y Regional) que dictaron la Orden de Inclusión en Plan y suscribieron su visto bueno, y los que realizaron la supervisión y propusieron y dictaron el acto de liquidación (Adjunto y Regional), y que arroja el siguiente resultado:

SOCIEDAD	ORDEN INCLUSIÓN	INICIO	ACTAS	LIQUIDACIÓN
ALEDORA	Regional BLESA Adjunto BERGUA	6-3-95	15-12-95	Regional BLESA Adjunto OJEDA

COGRAMÓN	Regional BLES Adjunto OJEDA	20-9-96	14-3-97	Regional BLES Adjunto OJEDA
EDONU 1ª	Regional BLES Adjunto BERGUA	6-3-95	21-9-95	Regional BLES Adjunto OJEDA
EDONU 2ª	Regional PRADA Adjunto MADRIÑÁN	22-12-97	29-6-98	Regional PRADA Adjunto MADRIÑÁN
JOSEL	Regional BLES Adjunto OJEDA	20-9-96	25-5-97	Regional PRADA Adjunto OJEDA
E.C. ROCAFORT	Regional BLES Adjunto OJEDA	14-12-95	25-3-96	Regional BLES Adjunto OJEDA
E.C. BALMES	Regional BLES Adjunto OJEDA	20-9-96	29-5-97	Regional PRADA Adjunto OJEDA
I.CUBÍ VALLS 1ª	Regional HUGUET Adjunto BERGUA	14-7-93	9-12-93	Regional HUGUET Adjunto BERGUA
I. CUBÍ VALLS 2ª	Regional BLES Adjunto OJEDA	27-6-96	9-12-96	Regional BLES Adjunto OJEDA
NERACO	Regional BLES Adjunto OJEDA	17-2-95	6-5-95	Regional BLES Adjunto OJEDA
NNRENTA1ª	Regional HUGUET Adjunto BERGUA	4-2-93	12-7-93	Regional HUGUET Adjunto BERGUA
NNRENTA2ª	Regional BLES Adjunto OJEDA	22-2-96	10-7-96	Regional BLES Adjunto OJEDA
CALADÓN1ª	Regional BLES Adjunto BERGUA	27-3-95	6-7-95	Regional BLES
CALADON2ª	Regional PRADA Adjunto MADRIÑÁN	22-12-97	17-7-98	Regional PRADA Adjunto MADRIÑÁN
PEROMOINVER1ª	Regional HUGUET Adjunto BERGUA	14-7-93	9-6-94	Regional HUGUET Adjunto BERGUA
PEROMOINVER2ª	Regional BLES Regional OJEDA	11-2-97	5-12-97	Regional PRADA Adjunto MADRIÑÁN
DONCA	Regional BLES Adjunto OJEDA	22-2-96	10-7-96	Regional BLES Adjunto OJEDA
KAMIÁN1ª	Regional HUGUET	6-7-93	9-12-93	Regional HUGUET

KAMIÁN 2ª	Adjunto BERGUA Regional BLES Adjunto OJEDA	20-9-96	14-3-97	Adjunto BERGUA Regional BLES Adjunto OJEDA
MONT	Regional BLES Adjunto OJEDA	22-2-96	20-9-96	Regional BLES Adjunto OJEDA

En términos de exigencia de racionalidad bajo la que debe desenvolverse el razonamiento valorativo, ignorar como elemento impeditivo y de descargo el hecho puesto de manifiesto, patentiza lesión a la presunción de inocencia, pues si la trama Abella-Bergua-Huguet se conforma como de necesaria concurrencia para el resultado delictivo apetecido, la conclusión del silogismo de que hubo que haber actividad corrompida se desvanece, en tanto se observa que en un 80 % fueron otros los superiores de Abella que fiscalizaron y acabaron resolviendo el expediente.

Si otros fiscalizaron y dictaron el acta administrativa de liquidación, debe concluirse que la actividad inspectora del Sr. Abella Zarraluqui, referida a las operaciones Núñez Navarro se ajustó a las pautas de interpretación jurídica de la época, pues otros superiores las fiscalizaron y resolvieron en el modo propuesto por el Actuario. Expresado en términos de doctrina de este Alto Tribunal, el dato que se esgrime conforma *“alternativa de la hipótesis que justificó la condena susceptible de ser calificada como razonable”*, es decir, concurren *“buenas razones que obstan a aquella certeza”*. En suma, al Juzgador *“le era exigible objetivamente dudar”* (STS 48/2011, de 2 de febrero).

Puesto de manifiesto en el profuso plenario el dato de ser otros los superiores del Sr. Abella, y destacado como hecho impeditivo en el escrito de calificación definitiva de la defensa de D. José Luís Núñez Navarro de 10 de mayo de 2010, y en el sentido de que los sucesivos superiores del Sr. Abella compartieron con éste y le aprobaron el tratamiento jurídico que éste otorgaba a la legitimidad del uso asimétrico de los principios de devengo y caja en las operaciones vinculadas y el uso adecuado a derecho que el Grupo Núñez y Navarro hacía de la figura de la exención por reinversión y la discusión acerca de los elementos normativos de activo fijo/ existencias y cesión a terceros, la Sala aborda la cuestión en los Fundamentos Jurídicos y expresa:

“No puede este Tribunal obviar que una vez cesó Huguet y Bergua, algunos acusados como Abella siguieron realizando inspecciones indebidas e ilícitas, ahora bien, sin obviar la pregunta de porqué no se detectaron estas irregularidades por los posteriores responsables de la Inspección Regional de Catalunya, este Tribunal tiene limitado su ámbito de conocimiento en virtud del principio acusatorio, y por tanto nos debemos ceñir al objeto provisional del procedimiento definido fácticamente por las acusaciones”.

En suma, la Sala advierte que los posteriores superiores de Abella aprobaron su hacer inspector en el Grupo Núñez Navarro. Afirma que no obviará la pregunta de la razón para que tal cosa ocurriera. Sin embargo, no le da respuesta por decirse limitada por el principio acusatorio. Ese proceder no resiste el embate de la lógica en tanto está construido a partir de una petición de principio y da lugar a lo que en lógica formal se conoce como falacia del falso dilema, por olvido de alternativas. Parte de un modo apriorístico y voluntarista de ser indebidas e ilícitas las inspecciones de Abella.

De otro lado, se realizaron sobre no menos de 54 sociedades del Grupo NN cerca de 140 inspecciones, protagonizadas por más de 50 inspectores y subinspectores de la Delegación de Catalunya.

Específicamente, de las 14 operaciones que la Sentencia concluye afirmando resultado torcido, 9 de ellas habían sido comprobadas por otros actuarios, sin que ninguno de ellos, pese a comprobar concretamente la operación en que habrá de colegirse, a decir de la Sentencia, necesariamente una regularización, la realizara. Su resultado inspector es idéntico y gemelo al del actuario Abella. Es más, según veremos, esa actividad inspectora concurrente es incluso anterior en el tiempo a que Abella efectuara su comprobación de tal manera que, incluso cabe afirmar que pesaba sobre su resultado inspector efecto de “cosa comprobada” (SAN de 28 de julio de 2011).

Para mayor claridad, realizamos cuadro que contempla sociedades, tributo, folio en la causa de la comprobación de otro actuario, y folio en la causa de la comprobación de Abella, tratándose, como insistimos, de 9 de las 14 que la Sentencia recurrida contempla, cuadro que se incorporó también en el plenario y al rollo mismo de Sala en

el propio acto de juicio oral como página 3 de las herramientas de trabajo del perito D. Jorge Sarró Riu (sesión de 1 de marzo de 2010).

Sociedad	Concepto	Actuario y fecha actuación	Folios	Folios comprobación Abella y su fecha
NERACO NERACO	IS 1990 IS 1991	Ana cristina Mañez (fecha 26.3.92) Violeta Romaní Carmen Guillen (18.6.93)	227.297- 227.303 de la caja doc. 227; 20.739- 20.741 de la caja 2 del rollo	120.567-120.573 y 120.613 de la caja doc. 120 (la comunicación es de fecha 10.3.95, y el acta, de 6.7.95)
COGRAMON	IS 1992	Xavier Suñe (21.12.93)	227.058 de la caja doc. 227; 20.437 de la caja 2 del rollo	106.832-106.839 de la caja doc. 106 (la comunicación es de 6.11.96, y el acta, de 14.3.97)
COGRAMON	IS 1992	Xavier Suñe (21.12.93)	227.058 de la caja doc. 227; 20.437 de la caja 2 del rollo	106.832-106.839 de la caja doc. 106 (la comunicación es de 6.11.96, y el acta, de 14.3.97)
ALEDORA	IVA 1992	Conchita Sánchez (17.5.93)	227.007 de la caja doc. 227	107.300;107.413-107.418 de la caja doc. 107 (la comunicación de 10.3.95, y el acta, 15.12.95)
JOSEL JOSEL	IVA 1992 IS 1993	Xavier Suñe (20.6.93) Ramon Sostres (5.12.94)	20.590, 20.612- 20.613 de la caja dos del rollo; 227.236 de la caja doc. 227	115.186-115.188 de la caja doc. 115; 115.224-115.226;115.465- 115.469 (comunicaciones de 6.11.96, y actas de 29.5.97)
PEROMOINVER	IS 1995	Carlos Rovira (5.2.97)	227.354 de la caja doc. 227	108.129, 108.211-108.213 de la caja doc. 108 (diligencias de 3.7.97, y acta, 5.12.97)
KAMIAN	IS 1993	Carlos Berdor (9.5.95)	227.259 de la caja do. 227; 20.738 de la caja 2 del rollo	119.675-119.677;119.712- 119.714 de la caja doc. 119 (comunicación de 6.11.96, y acta 14.3.97)
EDONU	IS 1991	Xavier Suñe (17.2.93)	227.186 de la caja doc. 227	122.559-122.560;122.578 de la caja doc. 122 (diligencia 27.3.95, acta 21.7.95)

Sin embargo, para la resolución de la Audiencia recurrida, esa prueba de descargo no merece juicio valorativo de ninguna suerte, pues, a su decir, no es más que

“*un nuevo intento de introducir una importante confusión*” (página 382 de la Sentencia).

Esas otras inspecciones se realizan en el marco inspector y normativo propio de los expedientes de devolución por Impuesto de Sociedades e IVA.

La prueba de descargo patentiza que otros ojos inspectores distintos de Abella comprobaron los mismos hechos y realizaron la misma interpretación jurídica en torno a la innecesariedad de regularizar, como queda de manifiesto en cuanto de esas comprobaciones se concluye informe de conformidad con la devolución interesada.

En suma, la Sentencia de Casación no sólo ha omitido el análisis de nuestro motivo sexto, eminentemente fáctico, sobre presunción de inocencia, so pretexto de tratarse de cuestiones jurídicas ajenas a aquélla garantía, sino que ha producido, ex novo, una nueva vulneración, al afirmar hechos que, o bien no constan en **los hechos probados** de la Sentencia (pedido de documentación), o que en todo caso (inspección no exhaustiva) han quedado ayunos del único soporte probatorio sobre el que descansaban: que en las Actas se omitían datos que debían conducir a la regularización.

De acuerdo con lo argumentado, y ante la vulneración del enunciado derecho fundamental invocado, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a la presunción de inocencia c) declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo recurridas que ha de tener como efecto la absolución del delito de cohecho activo propio por el que fue condenado mi representado (dáviva para realizar acto injusto).

SÉPTIMA QUEJA

Vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de garantía criminal (nullum crimen sine praevia lege stricta *atque* certa), art. 25.1 CE, por resultar

inaplicable el art. 391 y 386 CP de 1973 a los hechos declarados probados en la Segunda Sentencia fruto de la casación (antecedente único).

Extracto de la queja

La segunda Sentencia de casación contiene pronunciamientos fácticos que no resultan subsumibles en el tipo de cohecho propio antecedente, pues en sustancia, no se reprocha que los inspectores realizasen inspecciones falsas, al considerarse no probado que la documentación generada en las inspecciones contenga "omisiones de datos con relevancia tributaria" sino sustancialmente el hecho de que los inspectores no recabaran la documentación exigida, sin que se diga cuál, y no "investigaran exhaustivamente".

Tanto el artículo 387 del CP de 1973, como el artículo 421 del Código penal de 1995, tipificaban expresamente esta hipótesis, en los casos en que la dádiva recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario *se abstenga de un acto que debiera practicar en ejercicio de su cargo* e imponiendo, respectivamente, las penas de arresto mayor (CP 1973) y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva (CP de 1995). Que la infracción de deberes de *hacer* pueda considerarse también ilícita no obsta a que dicha forma de ilicitud, por pasividad consciente, no recibiese un tratamiento específico, más atenuado, en el Código de 1973 aplicado -no en la regulación actual-.

El principio de legalidad no se agota, como parece desprenderse del argumento esbozado el Tribunal Supremo en su Auto de inadmisión del incidente de nulidad, en la mera constatación de si el hecho está previsto como delito, cualquiera que éste sea. La aplicación indebida de un tipo agravado o cualificado infringe también el principio de legalidad cuando se desconoce de modo palmario el principio de especialidad (*lex specialis derogat legem generalem*). Previene pues contra una interpretación que exceda del tenor literal del precepto más grave *una vez recortado* -en su ámbito de aplicación- por el tipo especial privilegiado. De lo contrario, éste último corre el riesgo de quedar vacío de contenido, infringiéndose el principio de vigencia.

Desarrollo de su contenido

1. Cumple recordar nuevamente con carácter previo cuáles son los hechos probados que fija la Sentencia de Casación -segunda sentencia-: cabe recordar nuevamente lo que se señala en los antecedentes 10, 12, 13

" **10.-** En los documentos del procedimiento de inspección autorizados por el Sr. Abella a empresas del grupo Núñez y Navarro, en relación a las denominadas operaciones intragrupo, no consta que el actuario hiciera afirmaciones, describiendo las citadas operaciones, que no se correspondan con la realidad, en cuanto a que la empresa vendedora efectivamente vendiera, e incluso declarase la partida correspondiente en la base imponible del impuesto de sociedades. Tampoco que en esa documentación se omitiera algún dato que tuviera relevancia fiscal, siendo consciente de ello, o no, el actuario. Así, particularmente, en cuanto a las fechas consideradas por la entidad vendedora y compradora para la imputación de costes e ingresos."

"**11.-** En esos mismos documentos, en relación a las exenciones por reinversión, tampoco constan probados ni enunciados mendaces, ni omisiones de datos, cuya existencia, constase o no al actuario, tuviera relevancia obstativa de la exención. Particularmente no consta que el actuario fuera consciente de que tuviera esa trascendencia la vinculación entre las entidades que protagonizaron las operaciones."

"**12.-** En relación a otro tipo de operaciones referidas en la acusación, relativas a ese grupo empresarial, y relatadas en la sentencia de instancia, tampoco consta ni el enunciado mendaz ni la omisión del dato de existencia constatada que tuviera relevancia tributaria."

"**13.-** No obstante en los procedimientos para inspección y liquidación, a que se refieren los tres apartados anteriores, se evidencia que, aún cuando no consta ni el verdadero contenido ni la relevancia fiscal de los datos omitidos por el actuario, consta que éste -el Sr. Abella-, para favorecer a los sujetos pasivos, no recabó la documentación necesaria para conocer el alcance de los riesgos fiscales existentes en cada inspección.

De tal forma que, aún cuando no consta que el actuario conociera el contenido de lo omitido, sí sabía que las diligencias y actas conformadas, y por él autorizadas, no eran resultado de la investigación exhaustiva que le era exigible realizar."

2.- Los precedentes pronunciamientos fácticos no resultan idóneos a la subsunción pretendida, ex art. 391 en relación con el 386 CP 1973, pues en sustancia, no se reprocha realización de ningún acto injusto que se materialice en una propuesta de liquidación (esto es, un Acta) en la que se omitan datos fiscalmente relevantes. Se reprocha simplemente que el Actuario *no recabara la documentación necesaria*. Sin que se diga qué documentación era esa, porque tampoco lo dice la Sentencia de instancia. Se reprocha que *no investigara exhaustivamente*, así de modo genérico, sin que se diga -porque tampoco lo hace la Sentencia de instancia- *qué nivel de investigación era preceptivo*. Y no se hace porque, como vimos en nuestra queja precedente, tales afirmaciones apodícticas resultaban sólo dependientes en la Sentencia de instancia de la afirmada necesidad de incluir datos en las Actas que condujeran a una regularización en los términos que pretendía el Tribunal a quo que no ha sido declarada probada por esta Excma. Sala.

3.- En consecuencia el relato fáctico se construye ahora sobre *abstenciones*: de pedir documentación, de investigar exhaustivamente. Y es de notar que tanto el artículo 387 del CP de 1973, como el artículo 421 del Código penal de 1995, tipifican expresamente esta hipótesis, en los casos en que la dádiva recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario *se abstenga de un acto que debiera practicar en ejercicio de su cargo* e imponiendo, respectivamente, las penas de arresto mayor (CP 1973) y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva (CP de 1995). Una modalidad de cohecho activo propio atenuada conforme a ambos textos, aplicable en consecuencia a los hechos tal y como han cristalizado en segunda sentencia, puesto que sólo a partir de la LO 5/2010 se unifican todas las clases de cohecho propio y parifican en gravedad. Figura aplicada a supuestos análogos a los aquí examinados de modo natural por la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo (STS núm. 1250/1997, de 5 de diciembre -funcionaria de la Tesorería de la Seguridad Social que se abstiene de impulsar recaudación que debe a la empresa-, STS 117/2002, de 21 de junio; STS 759/2002, de 9 de mayo, entre otras).

4.- Como ya anticipábamos al justificar la especial trascendencia constitucional de la queja, en los supuestos de relación de especialidad (relación lógica de inclusión), el derecho fundamental a no ser sancionado por una conducta que no estaba previamente descrita en Ley penal como presupuesto de dicha sanción, ha de hacerse a

la luz de ambos preceptos. El juicio de irrazonabilidad de la subsunción de la conducta probada (STC 262/2006, de 11 de septiembre) no puede prescindir del "recorte" que efectúa el tipo atenuado en el agravado (relación lógica de inclusión), pues tan sorpresiva es para el destinatario ser sancionado sin previsión legal como serlo por un precepto más grave cuando su conducta encaja en el más benévolo. Una tal subsunción rompe el monopolio legislativo, sino en la definición de las conductas delictivas (STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137] , F. 6), *sí en la sanción que éstas merecen, por discutible que sea.*

5.- En definitiva, y pese a lo sostenido por el Tribunal Supremo en su Auto de inadmisión a trámite del incidente de nulidad, no se trata de degradar el contenido del derecho fundamental confundiéndolo con una mera cuestión de interpretación posible de la ley. El tenor literal del precepto aplicado no admite conducta ilícitas de abstención -omisivas- salvo que sean funcionalmente equivalentes a auténticas resoluciones administrativas (constitutivas de prevaricación, lo que no es el caso que nos ocupa). Y no lo son porque las abstenciones de hacer -por mucho que ilícitas- están sustraídas del ámbito conceptual del tipo previsor del cohecho para realizar acto injusto.

En efecto, de no existir el artículo 387 del Código Penal de 1973, la interpretación del acto injusto a que se refiere el art. 386 CP 1973 como mera abstención de acto debido podría resultar conforme a su tenor literal y a pautas interpretativas razonables formal y axiológicamente hablando (SSTC 159/1986 [RTC 1986, 159] , 59/1990 [RTC 1990, 59] , 111/1993 [RTC 1993, 111]_. Pero orillar su existencia y el efecto "recorte" que tiene sobre la tipicidad del art. 386 CP, supone, de facto, aplicar retroactivamente el criterio asumido por el legislador de 2010, que en su LO 5/2010, equipara ambas clases de cohecho en el art. 419 CP, al incluir el "no realizar o retrasar injustificadamente" en el ejercicio de su cargo, "actos que debiera practicar".

En consecuencia, la subsunción -no motivada- trasluce un criterio axiológico ajeno a los criterios que informan el ordenamiento constitucional -*retroactividad in peius*-. Hace perfectamente inútil el cambio de orientación legislativa, al resultar posible

reconducir todo el ámbito de referencia del art. 387 CP 1973 al art. 386 CP, desconociendo el principio de especialidad. Una interpretación que por el soporte metodológico subyacente conduce pues a una solución opuesta a la orientación material de la norma (STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137] , F. 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998, 189] , F. 7; 13/2003, de 28 de enero [RTC 2003, 13] , F. 3; 138/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004, 138] , F. 3; 242/2005, de 10 de octubre [RTC 2005, 242] , F. 4; 9/2006, de 16 de enero [RTC 2006, 9] , F. 4).

6.- También en los casos *relación de especialidad* es preciso un canon de motivación reforzada para descartar la aplicación textual del tipo más benigno, cuando resulta implicado el derecho a la libertad, como es el caso (art. 17.1 CE) y en consecuencia una interpretación manifiestamente restrictiva del tipo más favorable supone en el fondo una interpretación in malam partem, por extensiva contra reo, del precepto genérico más grave. *Mutatis mutandi*, no se trata en sustancia de algo distinto a lo llevado a cabo por este Tribunal cuando ha reprochado la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la aplicación restrictiva de un precepto que enerva la pretensión punitiva equivale materialmente a la extensiva del que lo fundamenta (principio in dubio libertatis). Frente a ello el Tribunal Supremo nos reprocha que "confundimos" planos: "el constitucional, que proscribiera castigar por hecho no previsto en la ley, y el de legalidad ordinaria relativo a la corrección del tipo penal aplicado" (Fj 4 pág. 8, Auto de inadmisión). Estimamos no obstante que la corrección del tipo aplicado también integra el derecho al principio de legalidad sancionadora cuando éste resulta manifiestamente más gravoso que aquél que de modo natural prevé (tipifica) el concreto hecho declarado probado. El tipo más grave debe ser interpretado con particular rigor, a la vista (integración) del especial atenuado -principio de interpretación sistemática- «en tanto que perjudiquen al reo» (Aún sin referirse a esta cuestión, SSTC 29/2008, de 20 de febrero [RTC 2008, 29] , FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio [RTC 2010, 37] , FJ 5

De acuerdo con lo argumentado, y ante la vulneración del enunciado derecho fundamental invocado, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarles en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue

el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a la legalidad sancionadora c) declare la nulidad de las Sentencia de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo recurridas que ha de tener como efecto la absolució n del delito de cohecho activo propio por el que fue condenado mi representado (dádiva para realizar acto injusto).

OCTAVA QUEJA

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensió n (art. 24.1 CE) al no haberse motivado, en segunda sentencia de casación, la individualizació n de la pena concreta impuesta a nuestro representado, ofreciéndose a posteriori en el auto de aclaració n criterios que exceden el marco de dicho incidente, en contradicció n con los expresados en la sentencia de instancia, sin que éstos hubiesen sido impugnados por las partes.

Extracto de la queja

La Sentencia de Casación -segunda sentencia- una vez fijado el "marco penal concreto" resultante de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas, omite explicitar elemento alguno de individualizació n de dicho marco, *pese a optar por una pena rayana en el límite máximo* del marco penal concreto resultante de aquella atenuante. Tan sólo en el Auto de correcció n se expresan "ex novo" elementos motivadores que subvierten el criterio de individualizació n fijado por el Tribunal de Instancia, en su fundamento jurí dico quinto. La introducció n ex novo de motivació n jurí dica en el Auto de correcció n rebasa los límites del artículo 267 LOPJ y en concreto, la *sustitució n*, por otros, de los ya explicitados en la sentencia casada, sin que éstos hubiesen sido impugnados por las partes, con inversió n del criterio expresado por el *órgano a quo* sobre la "gravedad" del hecho supone materialmente una *reformatio in peius* encubierta en lo que se refiere a la individualizació n judicial una vez obtenido el marco penal concreto.

Desarrollo de su contenido

1.- La jurisprudencia de este Tribunal ha insistido en la necesidad de motivar la pena concreta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre [RTC 1996, 193] , F. 3; 43/1997, de 10 de marzo [RTC 1997, 43] , F. 6), y aunque no existe derecho fundamental a una *determinada* extensión y cabe motivación breve y concisa, incluso por remisión (SSTC 13/1987, de 5 de febrero [RTC 1987, 13] y 108/2001, de 23 de abril [RTC 2001, 108]). Específicamente, se ha señalado que también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene conferidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en aquel derecho, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión, (Cfr. [SSTC 20/2003, de 10 de febrero](#), F. 6; [136/2003, de 30 de junio](#) , F. 3; y [170/2004, de 18 de octubre](#) , F. 2, entre otras). Este deber de motivar las sentencias fluye también del artículo 120.3 CE, e integra el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, pues ahí se conecta el derecho a la tutela efectiva, directamente, con el derecho a la libertad personal. Cfr., entre muchas otras, [SSTC 108/2001, de 23 de abril](#) , F. 3; [20/2003, de 10 de febrero](#) , F. 5; [136/2003, de 30 de junio](#) , F. 3; [11/2004, de 9 de febrero](#) , F. 2; [170/2004, de 18 de octubre](#); STC 76/2007, de 16 de abril.

De modo añadido se ha señalado que las razones que se exterioricen en punto a motivar la individualización judicial de la pena han de resultar razonablemente congruentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exige el precepto aplicable para la individualización de la pena (STC 148/2005, de 6 de junio).

Pese a no existir un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, sí resulta exigible que se localice un razonamiento, por breve o conciso que sea, que permita aquilatar la razonabilidad de la decisión a la luz de los preceptos aplicables (SSTC 163/2003, de 30 de junio, 20/2003, de 10 de febrero)

2.- Esta necesidad de motivación de la "determinación concreta de la pena" (STC 193/1996, de 26 de noviembre, ATC 264/2007, de 25 de mayo), adquiere especial trascendencia si se contempla la individualización judicial, como ha señalado el Tribunal Supremo, "como la tercera función autónoma del Juez penal representando el cénit de su actuación". Lo que presupone la búsqueda del marco penal abstracto

correspondiente a la subsunción (*primer momento*); la búsqueda del marco penal concreto (*segundo momento*) tras la indagación y declaración de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

"Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cénit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados ejecución alcanzado.

Las llamadas que esta Sala realizó en SSTS 25-2-1989 (RJ 1989, 1665) , 9-1-1997 y 5-12-1991 (RJ 1991, 8988) y otras a que los tribunales motivaran la pena se ha convertido en una exigencia constitucional y legal de la sentencia penal. Por ello la sentencia de instancia, huérfana de toda motivación sobre el ejercicio de la individualización judicial de la pena, merece la censura casacional. (STS 1219/2002, de 9 de mayo).

3.- Por último, resulta relevante señalar que la función de individualización judicial de la pena compete sustancialmente al Tribunal de instancia, que es quien está en condiciones óptimas de inmediación para aquilatar todas las circunstancias que determinen la medida de la culpabilidad del autor. Como ha señalado la STS 75/2000, de 27 de marzo..."Sólo se puede tomar la medida de la culpa de quien se condena para adaptar la pena a su persona teniéndolo delante y conociendo, hasta donde resulta posible, su biografía personal. Consciente de ello, como no podía ser menos, el propio Tribunal Supremo ha autolimitado su potestad correctora y ha dicho, en consecuencia que "no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio de su arbitrio, concedido por el legislador, siempre que motive de forma suficiente la individualización y que las razones dadas para llegar a la misma no sean arbitrarias (STS 14 de mayo de 1999)".

7. A la luz del marco jurisprudencial sucintamente expuesto, parece evidente que la Sentencia de Casación cuya nulidad se postula ha desatendido los requerimientos básicos constitucionalmente exigibles de motivación del uso del arbitrio concedido en la tercera fase de individualización judicial de la pena.

Pero no se trata sólo de omisión. Como a continuación se expone, la Sentencia de esta Excma. Sala amén de huérfana de datos que exterioricen los motivos por los que el Tribunal ha optado por concretar una pena rayana en el límite superior del marco penal concreto -prisión menor en su grado mínimo-, plantea adicionalmente otras objeciones:

a) Revierte, invirtiéndolo, el criterio de individualización utilizado por el Tribunal a quo, sin que éste haya sido impugnado por las partes en el recurso de casación. Pues en efecto, la SAP de la Audiencia Provincial de Barcelona sí contiene un breve y concisa explicitación de las razones por las que se impuso la pena concreta que se impuso. En síntesis, el Tribunal de instancia estimó que, en el marco de un delito que impone la misma pena abstracta a funcionarios y a particulares (cohecho pasivo y cohecho activo), el delito continuado de cohecho pasivo debía sancionarse con más pena que el activo. En palabras de la misma Sentencia de Instancia (Págs. 701 a 703 Fundamento jurídico QUINTO. DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA):

"Es por ello, que este Tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 66.1.6 CP 1995, considera que las penas a los Inspectores ha de imponerse en su nivel más alto, pues su conducta es la más culpable de todas las examinadas y por tanto debe ser objeto de mayor reproche penal y de mayor pena.

Los empresarios y sus colaboradores, son objeto de un menor reproche social, pues actuaron de forma individualizada, para su propio grupo, motivo por el que se les ha de imponer una pena ligeramente inferior a los anteriores, pero dentro del grado/mitad más alto, con excepción de Juan José Folchi, que participa prácticamente en todas las piezas, y por tanto es merecedor de una pena superior a la de aquellos, pero inferior a la de los inspectores."

De ahí resulta que, *materialmente*, la Segunda Sentencia, una vez estimada la casación incurre *materialmente y por analogía* en una proscrita *reformatio in peius*.

Pues una vez concretado a todos por igual el *marco penal concreto*, resultante de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, invierte de modo silente el juicio de concreción, como resulta de la inexplicada aplicación de una pena más grave a mi representado.

b) Acaso consciente de que la imposición de una pena en tales condiciones no resiste el filtro de constitucionalidad exigible, y ante la Aclaración pedida por esta parte, en orden a aclarar si se trataba de un simple error de reiteración de la cifra número 2 (2 años y 2 meses), el Tribunal añade ahora, con infracción de lo dispuesto en el artículo 267 LPOJ, lo siguiente....

"Tal pretensión desborda el cauce de la corrección a través del cual pretende canalizarse. No se pretende una corrección de error sino una modificación del criterio individualizador de la pena. Ello bastaría para su inadmisión.

Pero, además, no se trata de una determinación de pena en el caso de los tres penados que no responda a lo que el Tribunal conscientemente decidió. A lo sumo lo que cabría matizar es la extensión de la argumentación al efecto considerada como omisión.

Al respecto ha de comenzarse exponiendo que no es determinante el paralelismo con el funcionario Sr Bergua. Éste ya viene sufriendo una pena mayor, pues a la de privación de libertad se une la privativa de derechos (inhabilitación). Por otra parte la alusión a las mismas penas que para ambos \neg funcionario y particular \neg establece el artículo 391 del Código Penal de 1973, se refiere a las penas en abstracto, sin perjuicio de la individualización que proceda en virtud de la eventual concurrencia de circunstancias modificativas que pueden alcanzar a unos y no a otros.

Y aún, finalmente, tampoco puede olvidarse que los solicitantes de la corrección no fueron sancionados por un cohecho activo que tuviera como destinatario un único funcionario, sino que su acción corruptora alcanzó también al Sr. Abella. De ahí que la individualización de la pena no puede relegarse a la ponderación de la pena del particular con la pena de uno solo de los funcionarios. Así la determinación de la pena a imponer a los que instan corrección ha de suponer una mayor que la que correspondería de haber ofrecido dádiva a un solo funcionario, en cuyo caso la regla de tres postulada en uno de los escritos de los penados tendría algo más de justificación.

Todas estas razones estuvieron presentes en la decisión del Tribunal, siquiera no suficientemente exteriorizadas, supliéndose ahora la omisión de su exposición que no sus conclusiones." (sin subrayado en el original)

Rotundamente, no se pedía tal motivación, ni modificar el error en caso de tratarse de error material. Sólo aclarar si acaso no se trataba de error obstativo, de divergencia inconsciente entre lo que se acordó y lo que se plasmó por escrito. Como es de ver, el Auto de corrección procede a introducir dos elementos motivadores ex novo, tras reconocer que las razones no estaban exteriorizadas en la Sentencia aclarada. Y todo ello pese a señalar que no es el cauce de corrección la vía idónea para solicitar una modificación de la concreta pena de prisión impuesta. Tampoco, añadimos nosotros, para *suplir el patente vacío motivador del que adolece en este punto la Sentencia* cuya nulidad se insta, y debió haberse acordado, y no sólo por desbordar manifiestamente el alcance del artículo 267 LOPJ, sino por contradecir los elementos que el Tribunal de instancia explicitó para la individualización del marco penal concreto, sin que éstos hubiesen sido impugnados. El Tribunal Supremo asume en este ámbito un papel constitucionalmente vedado, el de auténtica segunda instancia plena, instaurando un *novum iudicium* por lo se refiere a esa tercera fase a la que nos referíamos: el ejercicio del arbitrio judicial, fijando entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados, la concreta pena a imponer.

10.- Para patentizar cuanto de modo breve hemos señalado cumple en primer lugar recordar cuál fue la calificación que mereció el cohecho activo en la Sentencia de instancia por el que fue condenado mi representado; cuál el criterio de individualización judicial expresado y cuál fue la pena concreta impuesta.

La calificación concreta del hecho aparece en págs. 685 y 693 de la Sentencia, dentro del extensísimo fundamento jurídico tercero (Calificación jurídica de los hechos). Textualmente se dice, en relación con este delito, en pág. 685:

"Delitos 2.1 y 2.2: DOS DELITOS DE COHECHO ACTIVO previstos y penados en los artículos 390.1.4, 74, 66.1.6 y 53 del Código Penal Texto Articulado 1973

Como se verá en el apartado de la concreta responsabilidad criminal los delitos continuados de cohecho activo fueron perpetrados por Folchi en relación a Huguet, y por Núñez Clemente, Núñez Navarro y Sánchez Guiu respecto a Abella y

Bergua, en ambos casos son múltiples pagos, y en relación al grupo NyN los sobornados son dos inspectores."

Y en pág. 693:

"1.- DOS DELITOS CONTINUADOS DE COHECHO ACTIVO previstos y penados en los artículos 390.1.4, 74 CP 1973

***Delito 2.1.** Del primer delito continuado de cohecho activo, debe responder en concepto de autor JUAN JOSE FOLCHI BONAFONTE, al amparo del artículo 27 y 28 del Código Penal, al haber realizado directa y materialmente los hechos descritos en el tipo penal de referencia. **Delito 2.2.** Del segundo delito continuado de cohecho activo, deben responder en concepto de coautores JOSE LUIS NUÑEZ CLEMENTE, JOSE LUIS NUÑEZ NAVARRO y SALVADOR SANCHEZ GUIU, al amparo de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, al haber realizado de mutuo acuerdo, directa y materialmente, los hechos descritos en el tipo penal de referencia. "*

Prescindiremos ahora del dato de que ni un sólo precepto tiene que ver con la calificación jurídica pretendida (pues como puede comprobarse, se trata de los artículos del CP de 1995 referidos al delito de falsedad, lo que se confirma, además, con las referencias, en materia de autoría, a los arts. 27 y 28 CP, y por la referencia al régimen de las circunstancias atenuantes (art. 66.1.6)

Pues bien, en relación con los funcionarios que se dicen sobornados, su calificación aparece en pág. 684: "Delitos 1.1., 1.2 y 1.3: TRES DELITOS DE COHECHO PASIVO, previstos y penados en los artículo 386, 69 bis, 66.4, 389, 92 y 48 del Código Penal, Texto articulado 1973,".

Sobre la base pues de un aparente delito de cohecho del artículo 386 CP del Código Penal, castigado, por lo que se refiere a la pena de privación de libertad, con la de prisión menor en toda su extensión (puesto que el artículo 69 bis del CP de 1973 no imponía la exasperación obligada de pena), la Sentencia de instancia destina un fundamento específico, el quinto, a justificar la imposición concreta de pena. Como quiera que la Sentencia desestimó la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, se sitúa en la tesitura de imponer una pena en toda su extensión, esto es, una pena de seis meses y un día a seis años (grados mínimo, medio, máximo), atendiendo a lo dispuesto en el artículo 61.4 CP 1973 (aunque por error nuevamente, se cita el 66.4,

acaso por nueva confusión con el CP de 1995, aunque se trata ésta de la regla en caso de concurrencia de varias agravantes).

El artículo 61.4 del CP 1973 que aplica el Tribunal a quo señala que "4.ª Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio."

Pues bien, dentro de este marco penal concreto, el Tribunal de instancia impone: a) a los inspectores una pena de cinco años, esto es, una pena de prisión menor en grado máximo. b) a mi patrocinado (así como a los Srs. Nuñez Clemente y Sánchez Guiu) una pena de cuatro años, esto es, una pena de prisión menor en grado medio (aunque rayando el máximo de dicho grado, que alcanza los cuatro años y dos meses). En consecuencia, el marco penal concreto sobre el que trabajó el Tribunal de instancia iba de los dos años, seis meses y un día -límite inferior del grado medio- a los seis años -límite superior del grado máximo-.

El Tribunal de instancia justifica esta diferencia penológica con argumentos que podrán o no compartirse, pero que en todo caso ni resultan arbitrarios, ni han sido impugnados por ninguna de las partes. Las razones a las que hemos hecho referencia que determinan, para el tribunal de instancia, un "menor reproche social" para los empresarios y sus colaboradores.

Tal individualización tiene luego su traducción concreta en la referidas penas, que resultan inferiores, como se ha visto, para los coautores del cohecho activo.

Desde luego, la referida operación penológica suscita muchas dudas, derivadas del incontestado reproche a la falta de motivación, en la sentencia de instancia, de la calificación jurídica y de determinación del "marco penal concreto" derivado de la ausencia de atenuantes. Parece, y todo apunta a ello, que el Tribunal partió no se sabe de qué marco penal vista la calificación hecha a la conducta de los funcionarios: la cita del art. 66.4 determina un marco concreto, en el marco abstracto de la pena de prisión menor, de prisión menor en sus grados mínimo y medio, marco que habría sido superado, incomprensiblemente, para aquéllos funcionarios (pena de cinco años). Parece por ello que, nuevamente, utilizó el marco penal abstracto del Código de 1973 referido

al artículo 386 - pena de seis meses a seis años (prisión menor) y luego lo "trató" penológicamente, con las reglas del Código de 1995. Y que por eso se señala, *expressis verbis*, en relación con éstos, que la pena a imponer a los empresarios, ha de ser una pena "ligeramente inferior a los anteriores, pero dentro del grado/mitad más alto, con excepción de Juan José Folchi, que participa prácticamente en todas las piezas, y por tanto es merecedor de una pena superior a la que aquellos pero inferior a la de los inspectores". La referencia al "grado/mitad" resulta incomprensible, pues funde categorías de uno y otro Código. Desde luego, no pudo trabajar sobre el marco penal abstracto del Código de 1995 puesto que el artículo 420 CP -trasunto del 386 CP 1973-, establece una pena máxima de cuatro años, que habría sido rebasada (nulla pena sine lege) en el caso de los Srs. Bergua y Abella, sin que se aplicara retroactivamente la pena más leve. Lo que inevitablemente conduce a entender, que en realidad se partió del marco penal abstracto del artículo 385 CP y no del afirmado 386 CP (nótese sino que en tal caso, también para mi representado, no tiene sentido señalar que se le impone inferior al límite máximo, cuando el límite del artículo 385 es, justamente, cuatro años). En todo caso, ya se ha denunciado queja por la inexistente motivación de la calificación, del que este desbarajuste penológico trae causa.

Pero cuanto acabamos de decir valdría igualmente en caso de que, realmente, la Audiencia hubiese partido de un marco abstracto de tres a seis años, una vez establecida su mitad superior -por continuidad delictiva-. En definitiva, que sea cual sea el proceso de determinación *del marco penal concreto derivado de la continuidad delictiva y el juego de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, los criterios de individualización judicial de dicho marco concreto (tercera fase) sí están expresados en sentencia.*

11.- La Sentencia de casación procede a modificar dicho *marco penal concreto* como consecuencia obligada de: a) la apreciación, con efectos ordinarios, de la atenuante de dilaciones indebidas; b) la precisión de que el cohecho lo fue para la realización de acto injusto, que no delictivo, cosa que no estaba clara en sentencia a la vista de la pena imponible a los funcionarios (pena de cinco años, de imposible condena con arreglo al CP de 1995 si se tratara del art. 420 CP -lex mitior retroactiva-, pero sí imponible con arreglo al actual art. 419 CP (límite máximo, seis años, que coincide con el límite de la pena de prisión menor de los art. 385 y 386 CP 1973)

12. Pues bien, la fijación del marco penal concreto que resulta del juego combinado de ambos factores es la siguiente: pena de prisión menor en su grado mínimo. Tal resulta de la aplicación de los artículos 386, 391, 69 bis y art. 61.1 CP de 1973. Un marco penal concreto idéntico, como no podía ser de otro modo, para todos (autores del cohecho pasivo y su reverso, el cohecho activo).

13. Una vez aclarado dicho marco penal concreto (segunda fase), como efecto legalmente tasado, el Tribunal Supremo no podía desconocer el criterio no impugnado de individualización realizado en primera instancia. Pero no sólo no lo desconoce, sino que lo invierte: si para la Sentencia de instancia los funcionarios merecen mayor reproche, ahora serán los empresarios quienes, sin razón aparente alguna, sean merecedores de mayor reproche social, a la vista de la inmotivada pena superior impuesta a éstos.

En efecto, la Sentencia de Casación se limita a reproducir, miméticamente, el mismo argumento para justificar el "marco penal concreto" para ambos grupos de sujetos, pero sin explicitar una sola razón por la que las penas son distintas para unos y otros:

En relación con los inspectores (Así, en relación con el Sr. Bergua (pág. 355)

"La necesidad de no ocasionar al recurrente una reforma a peor respecto de la condena que le fue impuesta en la instancia, nos obliga a considerar cual sería la pena que, estimado el recurso que determina la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas, correspondería conforme al título de imputación que justifica la condena en la sentencia de la instancia.

Allí la pena sería la de prisión menor en su grado mínimo conforme a los artículos 386, 69 bis y 61.1ª. Es decir que tendría una extensión de hasta dos años y cuatro meses de prisión menor, que es inferior al mínimo correspondiente conforme al Código Penal de 1995. "

Por ello procede mantener como título de imputación el Código Penal de 1973. Fijando como pena privativa de libertad la de dos años de prisión menor. Y, además, la pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años.

Argumentación idéntica a la que se expresa en relación con los Srs. Nuñez Clemente, Sánchez Guiu y nuestro patrocinado (pág. 359):

"La necesidad de no ocasionar al recurrente una reforma a peor respecto de la condena que le fue impuesta en la instancia, nos obliga a considerar cual sería la pena que, estimado el recurso que determina la aplicación de una atenuante de dilaciones indebidas, correspondería conforme al título de imputación que justifica la condena en la sentencia de la instancia.

Allí la pena sería la de prisión menor en su grado mínimo conforme a los artículos 390, 386, 69 bis y 61.1ª. Es decir que tendría una extensión de hasta dos años y cuatro meses de prisión menor, que es inferior al mínimo correspondiente conforme al Código Penal de 1995.

Por ello procede mantener como título de imputación el Código Penal de 1973. Fijando como pena privativa de libertad la de dos años y dos meses de prisión menor. Y, además, la pena de inhabilitación especial para cargo y empleo público de siete años(...)"

14. Como es de ver, se ha tratado sólo de justificar el marco penal concreto, con idénticos argumentos: pena de prisión menor en grado mínimo, esto es, pena de seis meses y un día a dos años y cuatro meses. Pero no existe una sola referencia vinculada con el arbitrio judicial de la tercera fase, esto es, no se exterioriza ninguna razón que conduzca a la adopción de una decisión que comporta: a) para mi patrocinado la imposición de una pena rayando el límite máximo. b) la imposición de una pena no suspendible; c) la imposición de una pena distinta -más grave- que la impuesta a los funcionarios pese a utilizarse para ambos idénticos argumentos. d) la imposición de una pena que altera, invirtiéndolo radicalmente, el criterio de individualización expresado en la sentencia de instancia.

15. Tan sorprendente reversión nada contracorriente de la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de exigir la suficiente motivación de la individualización en supuestos análogos al presente, vinculados *lato sensu* al principio de igualdad. Pues en efecto, como señala la Sentencia núm. 879/1999 de 3 junio : "La conveniencia de motivación sobre la determinación de la pena se convierte en necesidad en determinados supuestos. Así cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente (Sentencias de 4 de febrero de 1992 [RJ 1992\1008]; 26 de abril de 1995 [RJ

1995\3535]; y 4 de noviembre de 1996 [RJ 1996\8571], entre otras), o bien se hace uso de la facultad de imponer la pena superior (último párrafo del art. 506 CP/1973, por ejemplo). Igualmente en los supuestos en que uno de los coautores de unos mismos hechos es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás, sin motivo aparente, o, en fin, cuando, por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no es aplicable a los demás, existiendo margen legal para aplicar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia, siempre recordando que la exigencia de motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo obvio (Sentencia 1182/1997, de 3 de octubre [RJ 1997\6999]).

16. El Auto de corrección de 10 de febrero de 2014, como ya señalamos, trata de suplir dicho vacío motivador, tras reconocerlo, señalando: a) que efectivamente hubo decisión meditada de imponer pena superior a los Srs. Nuñez y Guiu que la impuesta a los funcionarios, y que por tanto no se trata de un mero error de transcripción. Sobre si acaso se trataba de simple error inquiríamos en nuestro escrito de Aclaración, por ser conscientes que el reproche de falta de motivación no era subsanable por el estrecho cauce del art. 267 LOPJ. Y así, decíamos:

"Todo lo anterior nada tiene que ver con la cuestión relativa a la motivación de la individualización de la pena cuando, dentro del marco legal concreto (en aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas) se decide, sin justificación explícita alguna, imponer la pena rayando en su límite máximo (pena de seis meses y un día a dos años y cuatro meses). Un pena igualmente imponible en caso de no haber existido atenuante de dilaciones indebidas e incluso en el negado supuesto de que las dádivas se hubiesen instrumentado para la más grave conducta de realización de hecho delictivo. Pero tales consideraciones, con relevancia constitucional, exceden, como es obvio, del estrecho cauce del artículo 267 LOPJ, así como también la compatibilidad de la afirmación antes transcrita del fundamento vigesimoquinto de la sentencia con la condena por el art. 391 en relación con el 386 CP. Se trata aquí de patentizar lo inexplicable de una pena atendido el contexto justificativo de la misma y su aplicación a los mismos casos -funcionarios-, lo que sólo podría entenderse como error de transcripción."

Pese bien, pese a ello este Alto Tribunal procede a introducir ex novo elementos de individualización, que no meras aclaraciones, que darían cuenta de la plus punición de mi representado respecto de la pena impuesta a los funcionarios sobornados. Básicamente, el argumento que se ofrece es que mi representado ofreció dádivas a dos funcionarios y no a uno, y que además los funcionarios han sufrido pena mayor pues a la privación de libertad se une la privativa de derechos. Este segundo argumento no soporta juicio alguno de razonabilidad, pues si en el marco del CP de 1973 los funcionarios tenían siempre "más pena" que los particulares, no se comprendería que el legislador decidiese castigar en todo caso a los particulares con la misma pena de privación de libertad que a los funcionarios. Pero fundamentalmente por una razón básica: porque la medida de la culpabilidad no depende de la *pena con que se sancione a otros*, sino que los criterios de individualización son por supuesto propios. En el argumento se desliza por tanto la abrogación del principio de responsabilidad por el hecho propio -culpabilidad- al justificarse la pena por el hecho de que "otros" recibieron más. En cuanto al dato de ser dos los funcionarios corrompidos, el Auto no repara en que: a) de que tales funcionarios también recibieron dádivas de "otros" -el sinalagma unidad/pluralidad es pues idéntico-; pero fundamentalmente b) de que de no haber habido dos funcionarios, difícilmente podría haberse apreciado continuidad delictiva, al ser los pagos, según la sentencia, meramente tributarios de los pisos que se dicen "regalados" -auténtica dádiva-. En consecuencia, el dato es tenido doblemente en cuenta, primero, para conformar delito continuado, pues de haber existido un solo funcionario sobornado el supuesto ingresaría dentro de los denominados casos de "unidad natural -o normativa- de acción", un supuesto de unidad delictivo. Se infringe así el principio de prohibición de doble valoración. Pero también para "agravar" la pena resultante con base en el mismo elemento que ha resultado en concreto necesario para construir continuidad delictiva (inherencia). El razonamiento infringe pues el principio de prohibición de doble valoración.

Pero en todo caso, no es éste el cauce para valorar la razonabilidad de los argumentos que justifican la decisión. Por contradictorio que pueda parecer -pues exigimos una motivación que se nos ofrece luego con carácter retrospectivo- el problema es que al explicitar dicha fundamentación en Auto de corrección, el Tribunal se ha excedido de los límites que le vienen legal y constitucionalmente impuestos por el

art. 267 de la LOPJ. Como recuerda la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, la vía de la corrección o aclaración "no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica (...) salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas (STC 141/2003, de 14 de julio, FJ 4º.); STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º."

17. Pero amén de excederse de tal marco, el Auto de corrección no es el lugar - como tampoco lo sería la Sentencia-, para revertir completamente el *criterio de individualización judicial expresado en sentencia y no impugnado*. La segunda sentencia de casación, una vez corregido el marco penal concreto, debió respetar dicho criterio, adaptándolo al nuevo marco resultante de la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. Al no hacerlo así, *materialmente ha revisado de oficio el criterio individualizador explicitado por el Tribunal de instancia en ejercicio de su arbitrio, lo que resulta legal y constitucionalmente vedado* (Cfr. STS 75/2000, de 27 de marzo). Podrá decirse que *formalmente* no ha habido *reformatio in peius* pues la pena resultante es inferior a la impuesta en la instancia. Pero esta rebaja es el fruto obligado de la aplicación de una atenuante ordinaria (segunda fase) y a falta de impugnación del criterio de individualización expresado en la instancia, el Tribunal supremo no debió modificarlo: *materialmente, se ha reformado in peius el criterio individualizador expresado por la Sentencia de la Audiencia*. Desde luego, esto no puede hacerse en Auto de corrección, pero tampoco, se insiste, en la misma Sentencia, en tanto la motivación de la individualización no ha sido recurrida.

En consecuencia y ante la vulneración del enunciado derecho invocado, con estimación de la presente queja de amparo y como único modo de reintegrarle en sus derechos, se solicita de este Alto Tribunal que: a) otorgue el amparo solicitado por nuestro representado y en consecuencia b) le reconozca su derecho a una resolución motivada -fundada en derecho- c) declare la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo y del Auto de inadmisión del incidente de nulidad, con retroacción de las actuaciones al dictado de la Sentencia de casación, en la que se motive la individualización de la pena sin cuestionar el criterio plasmado en la sentencia de instancia y no impugnado.

Por todo lo cual, al Tribunal

SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen y, en la representación que ostento, por interpuesto en tiempo y forma contra la contra la Sentencia de 27 de julio de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Procedimiento Abreviado (D.P.) nº 4566/99) así como contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 990/2013, de fecha 30 de diciembre de dos mil trece que confirma parcialmente la anterior y el Auto 23 de junio de 2014 denegando a trámite incidente de nulidad promovido por esta parte, **RECURSO DE AMPARO** y, previos los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que:

1.- Se otorgue el amparo solicitado;

2.- Como consecuencia del mismo, se declare que las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales de nuestros representados a un juez imparcial, el derecho a la práctica de la prueba sin indefensión, el derecho a una resolución fundada en derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la legalidad sancionadora.

3.- que se restablezca a nuestros defendidos en la integridad de sus derechos, y, como consecuencia de ello, para el caso de estimarse vulnerado:

- el derecho a ser enjuiciado por un Tribunal imparcial, declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que el recurrente sea repuesto en su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, lo que exige que otro Tribunal, compuesto por otros Magistrados diferentes a los que dictaron la sentencia que ahora se anula, celebren nueva vista, con práctica de toda la prueba, y dicten nueva sentencia.

- el derecho a que se practique prueba pertinente, declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida que ha de tener como efecto la

devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que el recurrente sea repuesto en su derecho a proponer y practicar la prueba indebidamente cercenada.

-el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, se acuerde la nulidad de la Sentencia de casación, con retroacción de actuaciones para que se dicte nueva sentencia resolviendo las pretensiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales omitidas.

-o en su caso, de considerarse vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías, se anulen las resoluciones impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno para la celebración de un nuevo juicio a nuestro defendidos, de conformidad con las normas del procedimiento y prescripciones de la LECrim (queja cuarta)

- o en caso de considerarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, se revoque su condena y se decrete su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables;

-o en caso de considerarse vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora se revoque su condena por cohecho activo propio antecedente y se decrete su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables

-finalmente caso de considerarse vulnerado el derecho a obtener una resolución fundada en derecho se e acuerde la nulidad de la Sentencia de casación, con retroacción de actuaciones para que se dicte nueva sentencia motivando la concreta pena impuesta en los términos interesados en nuestra queja octava.

PRIMER OTROSI DIGO:

Cumple recordar aquí la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la suspensión de las condenas a penas privativas de *libertad inferiores a cinco años*. El criterio de los cinco años viene siendo aplicado por este Excmo. Tribunal como expresivo de la diferencia establecida por el legislador entre penas graves y menos

graves (AT 18/2011, de 28 de febrero). Nuestro representado ha sido condenado por un delito *menos grave*.

A pesar del afirmado carácter excepcional y de aplicación restrictiva (AATC 18/2011, de 28 de febrero) de la suspensión petitionada, en el presente caso concurren elementos que acreditan de forma fehaciente tanto el carácter irreparable del perjuicio para los derechos fundamentales invocados como la pérdida de la finalidad de amparo en caso de mantenerse la ejecución de la resolución, puesto que el tardío restablecimiento de mi representado en los derechos constitucionales convertiría el amparo en meramente ilusorio y nominal (AATC 173/2009, de 1 de junio.)

En efecto, el hecho ha sido sancionado con pena de prisión de dos años y dos meses. Una extensión que desborda por muy escaso margen el límite penológico que hubiese permitido la suspensión de la condena. Adicionalmente, la condena no se basa en la comisión de delitos que afecten a bienes jurídicos esenciales de *corte individual* (AATC 44/2012, de 12 de marzo). Se trata de delitos, en definitiva, sin víctima individual.

Por otra parte, los elementos que habitualmente se tienen en cuenta para denegar la solicitud de suspensión no concurren en el caso presente: a) no existe riesgo de eludir la acción de la justicia, pues nuestro representado ha cumplido escrupulosamente las medidas cautelares de naturaleza personal impuestas b) no se plantea conflicto alguno con la posible desprotección de las víctimas.

En consecuencia, es totalmente seguro que cuando se resuelva el recurso nuestro patrocinado haya cumplido totalmente la pena o al menos la parte sustancial y más aflictiva de la pena de prisión y esté en modalidades de cumplimiento en semi-libertad. Nótese que no existe condena por responsabilidad civil derivada del delito, al haber sido revocada en Casación, y en consecuencia no existe obstáculo, en términos de reparación, para que se activen las medidas de cumplimiento en semi-libertad.

Es pues patente que la resolución tardía del recurso, en caso de ser estimado, haría totalmente ilusorio el mismo.

Dado pues que, por la naturaleza de la condena, privativa de libertad, su ejecución haría perder al amparo su finalidad, y según lo establecido por el artículo 56 LOTC, al Tribunal

SUPLICO: Que suspenda la ejecución de la Sentencia impugnada notificándolo al órgano judicial que la dictó.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que siendo general para pleitos el Poder que se acompaña y precisándolo para otros usos, al Tribunal

SUPLICO: Que ordene su desglose y devolución dejándose la oportuna constancia en autos.

TERCER OTROSI DIGO: Que de conformidad a lo dispuesto en el art. 49.4 y 50.4 de la LOTC, esta parte manifiesta solemnemente que aportará los CDS del acto de juicio oral y folios citados a que se ha hecho referencia en este recurso, y en cuanto fuere requerido a tal fin.

SUPLICO: Que tenga por hecha la anterior manifestación.

Es Justicia que respetuosamente pido, para Principal y Otrosíes, en Barcelona para Madrid.

Fdo. Cristóbal Martell Pérez-Alcalde.