

Audiencia Provincial

de Madrid (Sección 15ª) Sentencia num. 712/2016 de 28 diciembre

[JUR\2017\13941](#)



SUMARIO

[ANTECEDENTES PROCESALES](#)

[HECHOS PROBADOS](#)

[FUNDAMENTOS JURÍDICOS](#)

[PRIMERO](#)

[SEGUNDO](#)

[TERCERO](#)

[FALLAMOS](#)

FALSEDADES: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: VULNERACION: hechos probados que relatan las ventas de parcelas como hechos generadores de la obligación tributaria, pero nada sobre la creación de documentos falsarios, sobre los que sí existe una narración fáctica pero en los fundamentos de derecho: absolución.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación 1461/2015

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ana Victoria Revuelta Iglesias

La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 19 de Madrid el día 24-03-2015, absolviendo a todos los condenados del delito continuado de falsedad.

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934582,914933800

Fax: 914934584

GRUPO DE TRABAJO 3 S

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0026271

251658240

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1461/2015

Origen :Juzgado de lo Penal nº 19 de Madrid

Procedimiento Abreviado 291/2013

Apelante: D. /Dña. Sixto , D. /Dña. Mariana , D. /Dña. Anton y D. /Dña. ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D. /Dña. MIRIAM RODRIGUEZ CRESPO, Procurador D. /Dña. MARIA LOURDES FERNANDEZ-LUNA TAMAYO y Procurador D. /Dña. MARIA GEMA MORENAS PERONA

Letrado D. /Dña. CESAR GARCIA-VIDAL ESCOLA, Letrado D. /Dña. ANA MARIA FERNANDEZ JIMENEZ y Letrado D. /Dña. NIEVES VIZUETE GREGORIO

Apelado: D. /Dña. MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 712 /16

Ilmos/as Sres/as de la Sección Decimoquinta:

PRESIDENTE: DÑA. PILAR DE PRADA BENGOA

MAGISTRADA: DÑA. ANA REVUELTA IGLESIAS (ponente)

MAGISTRADO: D. LUIS PELLUZ ROBLES

En Madrid, a 28 de diciembre de 2016.

Este Tribunal ha deliberado el día de hoy sobre el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dña. Gema Morenas Peronas en nombre y representación de Anton , por la Procuradora Dña Miriam Rodriguez Crespo en nombre y representación de Sixto , por el Procurador Dña. Lourdes Fernández-Luna Tamayo en nombre y representación de Mariana , y por la Abogacía del Estado contra la sentencia dictada por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 19 de Madrid el día 24 de marzo de 2015, en la causa arriba referenciada por el que se condena a los acusados por un delito de falsedad en documento mercantil. Comparecen como partes apeladas el Ministerio Fiscal y las restantes partes apelantes.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El relato de hechos probados de la sentencia apelada dice así:: Probado y así se declara que en el año 2003 los acusados Anton , Pedro y Sixto , mayores de edad y sin antecedentes penales, como gestores efectivos de la sociedad Titikaka Tres S.L., de la que figuraba como administrador formal el acusado Ángel Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, adquirieron tres fincas rústicas sitas en Fresnedilla de la Sierra, la finca NUM000 por precio de 360.608 euros, la finca NUM001 por precio de 450759 euros y la finca no inscrita, parcela NUM002 del polígono NUM003 por precio de 75000 euros.

En los ejercicios 2003 y 2004 la sociedad Titikaka Tres S.: vendió dos de las fincas adquiridas, NUM000 y NUM001 , a las sociedades Maina Investmens S.L. y Parque Natural del Ocio S.L., sociedades de las que era administrador único el acusado Sixto .

A su vez en una misma fecha, el día 6 de abril de 2005, éstas sociedades vendieron a Thimus Habitat Promociones S.L. representada por acusada Mariana , mayor de edad y sin antecedentes penales, como administradora única desde esta fecha hasta el 20 de abril de 2005, las citadas fincas NUM000 y NUM001 . En las referidas ventas se renunció a la exención del IVA, siendo así que la sociedad Titikaka Tres S.L. no presentó autoliquidaciones de IVA, ni trimestrales ni los resúmenes anuales, dejando de ingresar 136000 y 18400 euros.

Sixto presentó declaración de IVA correspondiente al impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 2005 solicitando la devolución de 321.020,75 euros, devolución que no fue efectuada por la Agencia Tributaria. En la escritura de venta de los terrenos rústicos por parte de Titikaka Tres S.L. y Benica Consulting S.L. de manera sobrevenida la renuncia a la exención de IVA no era posible al no desarrollar ninguna de las sociedades compradoras de manera efectiva el proyecto empresarial de parque de ocio originariamente proyectado., por lo que al solicitar el acusado indicado la devolución del IVA abonado ello no era posible al ser aplicable el impuesto de transmisiones patrimoniales cuya cuantía no consta.

Y el FALLO: Que debo condenar y condeno a Mariana , Pedro , Sixto , Anton y Ángel Daniel , como autores de un delito de falsedad de documento público continuado de los artículos 392 , 390 1 ,

2 y 74 del [Código Penal](#) , concurriendo como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de cinco meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de cinco meses con una cuota diaria de diez euros con la responsabilidad personal subsidiaria del [artículo 53](#) del Código Penal y costas para cada uno de ellos en su parte proporcional, incluidas las de la Acusación Particular.

Se absuelve a los mencionados acusados del delito contra la Hacienda pública del [artículo 305.1](#) del Código Penal .

SEGUNDO.- La representación procesal de Anton , de Sixto , y de Mariana solicitan la revocación de la sentencia y la absolución de sus defendidos. La Abogacía del Estado solicita la condena de los declarados absueltos por un delito contra la Hacienda Pública en la modalidad de tentativa, y la confirmación de la sentencia en la condena por el delito de falsedad en documento mercantil; por su parte el Ministerio impugna el recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los que constan relatados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

- El recurso formulado por Anton , de Sixto , y de Mariana debe ser estimado; el primero desarrolla entre otros motivos bajo el enunciado de error e imprecisión de los hechos probados, lo que realmente es una incongruencia omisiva (referida a una defectuosa redacción técnica de la sentencia) entre el fallo y los hechos declarados probados; motivo que es coincidente con el formulado por Sixto y Mariana , en los ordinales tercero y segundo de sus respectivos escritos, en los que bajo el enunciado de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías consagrados en el art 24.2 de la [CE](#) , denuncian la falta de correlacion entre la acusación y la sentencia por una parte, y la omisión en los hechos probados de aquellos que se califican como delito de falsedad documental continuada y provocan el fallo condenatorio.

En el caso que nos ocupa los recurrentes fueron condenados como autores de un delito continuado de falsedad en documento publico de los artículos 392 en relación con los [artículos 390.1.2](#) y 74 del [Código Penal](#) , la motivación que precipita en tal convicción judicial sostiene, en el primer párrafo del fundamento segundo de la sentencia, que "se imputa tal delito al suponer falsas las manifestaciones y ventas realizadas por los acusados en las escrituras publicas y su aportación al expediente tributario", continúa la sentencia en el mismo fundamento, en el párrafo sexto, "En el presente caso los acusados han introducido en las escrituras publicas documentos privados sobre negocios simulados con la finalidad de obtener un provecho tributario"; sin embargo estas circunstancias fácticas no han sido recogidas en los hechos probados. De una lectura detallada de la premisa fáctica declarada como probada, se relatan o describen las ventas de parcelas, como hechos generadores de la obligación tributaria, pero nada se dice sobre la ficción de tales hechos y su documentación mediante documentos creados ex novo ad hoc para dar apariencia de esa realidad.

Nos hallamos ante una insuficiencia de hechos probados que implican una incongruencia de la sentencia, en este caso concreto en el relato fáctico, que es el punto en la sentencia que ha de concordar con el fallo, se ha omitido toda mención a la conducta típica (de falsedad) por la que han sido condenados los acusados, algunos recurrentes en esta instancia. Y este Tribunal entiende que esta insuficiencia, mejor dicho ausencia, no puede integrarse con las consideraciones jurídicas que realiza posteriormente la juez a quo en su argumentación jurídica, y esto es así , porque como ha declarado la [S.T.S. de fecha 9-6-98](#) los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar e integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado; Dice la [STS 347/2012, de 25 de abril](#) , con cita de las [SSTS 2110/2002 de 10-12](#) y [183\(sic\)/2002 de 12-2](#) , que el [art. 248 Ley Orgánica del Poder Judicial](#) exige que la sentencia contenga un apartado de hechos probados que sea la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora, del que deben formar parte todos los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquellos que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito que comenzando por los supuestos de exclusión de la

imputabilidad aquellas eliminan la tipicidad, estas la culpabilidad, para terminar por los supuestos de exclusión de la punibilidad dentro de lo que podemos incluir la excusa absolutoria, las condiciones objetivas de punibilidad y la prescripción todos estos elementos deben formar del " *factum* " porque todos ellos forman "la verdad judicial" obtenida por el tribunal sentenciador. Su incorporación permite un contraste cuando sean cuestionables a través de la vía de los recursos. Por el contrario, su omisión imposibilita todo control, no solo sobre la prueba, sino también sobre la aplicación de la Ley. Teniendo en cuenta que el objeto del proceso es un hecho, la declaración de hechos probados de la sentencia deberá referirse a él expresamente, incluso para señalar que, en lo que constituye el núcleo esencial de la acusación, no ha sido probado.

Ahora bien la cuestión relativa a si los hechos que el tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelto por esta Sala 2ª de forma distinta:

- Una primera postura tradicional venía introduciendo que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser computados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación ([STS 1-7-92](#) ; [24-12-94](#) ; [21-12-95](#) ; [15-2-96](#) ; [987/98, de 20-7](#) ; [1433/98, de 17\[sic\]-11](#) ; [1899/2002, de 15- 11](#) ; [990/2004, de 15-4](#)) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de derecho solamente resulta punible bien por la vía del [art. 849.2º LECrim.](#) ; bien por la del art. 24CE en relación con el [art. 5.4 LOPJ](#) .

- En segundo lugar, otra postura niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en [STS 769/2003 de 31-5](#) y [788/87\(sic\) de 9-6](#) , que consideran que la técnica de complementación del hecho, no solo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tiene que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fácticos y jurídicos- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para cumplimentar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo un prejuicio del acusado. Por ello sería conveniente - como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales-, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, *in malam partem* , las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

- Y en tercer lugar una postura intermedia que si bien parte de esta íntima afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que unos aspectos esenciales en la relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en [STS 945/2004, de 23-7](#) ; [1369/2004 de 23-7](#) ; [302/2003 de 27-2](#) ; entre otras, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena ([STS 22-10-2003](#)), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan unos hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resuelta posible saber cuáles son los hechos completos que, en definitiva, ha estimado el tribunal quedaban probados, lo que impide consecuentemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes ([STS 23-7-2004](#)).

En definitiva, puede sostenerse que todos los elementos del tipo objetivo del delito, incluidos los relativos a circunstancias agravantes y subtipos agravados, deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica. Por el contrario los juicios de inferencia por los que se afirma o eventualmente se niega la concurrencia de un hecho subjetivo -como puede ser la posesión de la droga para el tráfico- aun cuando su existencia puede hacerse en los hechos probados, ello no es una exigencia ineludible por cuanto tal afirmación debe hacerse en los fundamentos de derecho, tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa intención o propósito, y lo que no resulta permisible es realizar la afirmación de su concurrencia en el *factum* de modo gratuito, es decir sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener ([art. 120.3 CE](#)) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podía ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una tendencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto, cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho.

Por último la [sentencia nº 3484\(sic\)/2012 de 25 de abril](#) del TS , declara que "La técnica de complementación de hecho no sólo produce indefensión sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva, se tiene que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica. La tesis de la complementación ha sido una rechazable técnica que se ha utilizado casi siempre contra el reo y para salvar las deficiencias imputables a los redactores y firmantes de la sentencia. Lejos de contribuir a la perfección del sistema, se ha coadyuvado a la vulneración de elementos sustanciales que deben ser observados en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales", de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan unos hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que, en definitiva, ha estimado el tribunal quedaban probados, lo que impide consecuentemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS 23-7-2004).

Por lo expuesto no describiendo los hechos probados en qué consistió la conducta falsaria de los condenados, es decir qué negocio jurídico subyacente fue aparente y no real y en que documentación falsa se sustentó, y el conocimiento que de tales operaciones tenían todos los acusados, no resta sino acordar la absolución del recurrente, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a los restantes motivos expuestos en los recurso por cuanto son inanes a la vista de tal defecto insubsanable; tal consideración debe alcanzar igualmente a las alegaciones que de contrario ha opuesto el Ilmo. representante de la Abogacía del Estado, puesto que encontrándonos ante la incongruencia antes reseñada, la única forma de restañar tal defecto omisivo, no sería otro que, al amparo de tal defecto, solicitar la nulidad de la sentencia, sobre la pretendida vulneración de la tutela efectiva de los Tribunales, lo que no ha sido solicitado por esta representación, con lo que de oficio le está vedado a la Sala acordar tal nulidad. Y tal absolución, por falsedad, debe alcanzar a todos los condenados incluidos aquellos que no recurrieron la sentencia.

SEGUNDO

El Ilmo. representante de la Abogacía del Estado, solicita la condena por un delito de defraudación en grado de tentativa contra la Hacienda Pública, al entender que nos encontramos ante una tentativa punible en contraposición de lo que ha resuelto el Juez a quo, que concluye que nos encontramos ante una tentativa inidónea absoluta; entiende que la tentativa debe ser punible puesto que el informe emitido por la AEAT en fecha de 17 de febrero de 2015 señala que "del conjunto de elementos y pruebas aportadas por las sociedades en el procedimiento administrativo se desprende claramente que los terrenos objeto de análisis van a ser destinados a la ejecución de la actividad empresarial de promoción de edificaciones y es precisamente esa circunstancia la que habilita para considerar que ostenta la cualidad necesaria para deducir la totalidad de las cuotas de IVA soportadas". Los acusados dieron comienzo con actos idóneos a la ejecución del tipo, sin perjuicio

de que la AEAT en un primer momento (por no quedar acreditados los requisitos de las adquirentes para la devolución del IVA) y después mediante la desarticulación de los artificios que conducen a la denuncia, haya evitado la consumación, es decir la devolución, pero su conducta debe ser objeto de sanción al amparo de los establecido En el art 16 del [Código Penal](#) .

La tesis acusatoria de la Abogacía del Estado no puede obtener una respuesta favorable, sin perjuicio de que la Sala estuviera conforme con la argumentación jurídica, puesto que en el caso que nos ocupa nos vemos limitados en primer lugar por la imposibilidad de revocar una sentencia absolutoria.

La [STC 172/16 de 17 de octubre](#) señala al respecto que "el Tribunal Supremo en la sentencia tiene establecida una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o su agravación en la segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 [CE](#)). Esta doctrina tiene su origen en la [STC 167/2002, de 18 de septiembre](#) (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, [SSTC 88/2013, de 11 de abril](#) , FFJJ 7 a 9 ; [205/2013, de 5 de diciembre](#) , FJ 7 ; [105/2014, de 23 de junio](#) , FFJJ 2 a 4 ; [191/2014, de 17 de noviembre](#) , FFJJ 3 a 5 , o [105/2016, de 6 de junio](#) , FJ 5).

El Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril , FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y [184/2009](#) vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediatez y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal» (FJ 9), lo que ha sido reiterado en las [SSTC 157/2013, de 23 de septiembre](#) , FJ 5 ; o [205/2013, de 5 de diciembre](#) , FJ 7. La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013 , FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediatez para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013 , FJ 8).

Al respecto, y de nuevo en los términos de lo afirmado por el Pleno del Tribunal en la STC 88/2013 , se ha subrayado que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediatez si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (FJ 8 citando la [STC 126/2012, de 18 de junio](#) , FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7 ; y 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado ([SSTEDH de 10 de marzo de 2009](#) , caso Igual Coll c. España ; [22 de noviembre de 2011](#) , caso Lacadena Calero c. España ; [13 de diciembre de 2011](#) , caso Valbuena Redondo c. España ; [20 marzo 2012](#) , caso Serrano Contreras c. España ; [27 de noviembre de 2012](#) , caso Vilanova Goterris c. España ; [8 de octubre de 2013](#) , caso Nieto Macero c. España ; [8 de octubre de 2013](#) , caso Román Zurdo c. España ; [12 de noviembre de 2013](#) , caso Sainz Casla c. España ; [8 de marzo de 2016](#) , caso Porcel Terribas y otros c España ; o [29 de marzo de 2016](#) , caso Gómez Olmeda c.

España).

Y efectivamente en el supuesto que nos ocupa para concluir en la condena por tentativa no solo deberíamos argumentar de forma contraria a como lo hace la sentencia impugnada que parece decantarse por la tentativa imposible por cuanto nunca podría haberse obtenido la devolución toda vez que según constata esta no sería posible, puesto que la operación estaba sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales, y no al IVA, sino que nuestra argumentación para acoger la interpretación que sustenta la Abogacía del Estado exigiría una nueva valoración de la prueba pericial prestada por los peritos de la AEAT, y adentrarnos en la ratificación o explicación del informe emitido en fecha de 17 de febrero de 2015, que al parecer concluye en sí que podría haberse apreciado la cualidad necesaria para solicitar la devolución del IVA, lo que implica que sobre la valoración nueva en esta segunda instancia de una prueba pericial llegáramos a la consideración de que la tentativa fue idónea, lo que conforme a la línea jurisprudencial anteriormente citada no es posible; no nos encontramos ante una mera cuestión jurídica que no tenga las limitaciones antes explicadas, puesto que no solo es necesario reexaminar tal pericial que exige la inmediación a la vista de la primera interpretación dada por la AEAT, sino que necesariamente debe correlacionarse con el dolo o intención de defraudar de los acusados, y en este caso, tampoco tal intención resulta recogida en los hechos probados, y no puede inferirse del relato de los mismos; si se leen detenidamente la objetividad del relato no permite concluir que estemos ante una actividad dirigida a defraudar al erario público, puesto que el medio mediante el cual pretendía obtenerse la devolución del IVA, era según la Abogacía del Estado la articulación de una serie de operaciones ficticias, y el falseamiento de los intervinientes en las mismas, operaciones o negocios jurídicos ficticios o aparentes, no se recogen en los hechos probados; con lo que tal mecánica mercantil, que es la que podía configurar el núcleo de la actividad fraudulenta para obtener la devolución fiscal, no puede ser apreciada tampoco para poder condenar en grado de tentativa, pero es más incluso si diéramos por probada tal dinámica comisiva, la misma al reputarse como ficticia, en este caso, no hubieran dado lugar al hecho impositivo, como muy bien alega el Ministerio Fiscal, y no nos encontraríamos ante un delito fiscal, sino ante una estafa por la que no han sido acusados los recurrentes.

Para concluir, las limitaciones expuestas a la posibilidad de revocar sentencias absolutorias dictadas en primera instancia, especialmente cuando ello implique modificar los hechos probados mediante una revisión de la valoración de las pruebas personales practicadas en aquella sede, y la necesidad de que los hechos probados de una sentencia contengan todos los elementos de los delitos por los que en la parte dispositiva se condena, condiciona la asunción de las posiciones de la Abogacía del Estado que se desestiman íntegramente.

TERCERO

.- Por lo expuesto, procede la estimación del recurso deducido por los condenados en la primera instancia, sin hacer condena en costas de esta alzada.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Gema Morenas Peronas en nombre y representación de Anton , por la Procuradora de los Tribunales Dña Miriam Rodríguez Crespo en nombre y representación de Sixto , por la Procuradora de los Tribunales Dña. Lourdes Fernández-Luna Tamayo en nombre y representación de Mariana , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** íntegramente dicha resolución, **ABSOLVIENDO** a todos los condenados del delito continuado de falsedad.

Se **DESESTIMA** íntegramente el recurso formulado por la Abogacía del Estado.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario.

Notifíquese esta resolución a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta Sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los/as Ilmos/as Srs/as Magistrados/as de la Sala.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución a . Doy fe.