



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 53/2016

PROCED DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 140/2014

ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº:3

A U T O N º 215/2016

MAGISTRADA/OS

D^a CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA (Presidenta)

D. ANGEL HURTADO ADRIAN

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

En Madrid, a veinte de Mayo de dos mil dieciséis.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de esta Audiencia Nacional se dictó AUTO de fecha 30 de septiembre de 2015 por el que se acordaba no haber lugar a tener por ampliada la denuncia inicial a un posible delito contra la hacienda pública del artículo 305 del Código Penal declarando en calidad de imputados a las personas consignadas en el escrito de 14 de julio de 2015 presentado por la representación del Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación al que se adhirió la Asociación de Vecinos del Alto de Aboño y se informó de forma favorable por el Ministerio Fiscal, dictándose nuevo Auto 4 de enero de 2016 por parte del Juzgado desestimando el recurso de reforma y admitiendo a trámite el de apelación subsidiario, que es impugnado por la defensa D. Juan Miguel Pérez Rodríguez.

TERCERO.- Elevado a la Sala se formó el correspondiente Rollo de Sala cuyo número consta en los antecedentes, designándose ponente al Magistrado Sr. De Prada Solaesa.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso por la Abogacía del Estado, posición a la que se adhiere en su informe al recurso Ministerio Fiscal, contra las resoluciones dictadas por el Juzgado de fechas 30 de septiembre de 2015 y desestimatoria del recurso de reforma interpuesto contra el auto anterior de 4 de enero de 2016, rechazando que la ampliación de la denuncia al delito contra la Hacienda Pública que se pretende imputar por la Abogacía del Estado a TUDELA VEGUIN S.A. como consecuencia de las prestaciones de servicios y entrega de bienes realizadas a su favor por UTE DIQUE TORRES, por valor de aproximadamente 80 millones de euros, de forma opaca sin mediar factura y sin que aparezcan declaradas en el modelo tributario 347, y que por tanto dicha imputación no debe ser investigada en el procedimiento que se sigue ante dicho juzgado. Señala el Juzgado que no se cuestiona la posible comisión del citado delito, ni la posible participación que en el mismo pudieran haber tenido los responsables de TUDELA VEGUIN S.A. y de la UTE DIQUE TORRES, sino únicamente estima que tales hechos deben ser en su caso investigados en un procedimiento diferente al no tener conexidad con los hechos y delitos que se investigan en el presente procedimiento. Ello sin perjuicio de que pudiera ser objeto de investigación en el mismo procedimiento al que se refiere el presente la tesis exculpatoria de la UTE DIQUE TORRES, pero con el único objeto de tratar de averiguar si efectivamente UTE DIQUE TORRES llevó a cabo determinadas prestaciones a favor de TUDELA VEGUIN S.A. como hecho alegado en su descargo frente a las imputaciones que se efectúan contra ella por las acusaciones.

Pero estima que el nuevo delito contra la Hacienda Pública que se denuncia por la Abogacía del Estado no es conexo a los que se investigan en el presente procedimiento, al no estar comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en el apartado 2 del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A este recurso se adhiere la Asociación de Vecinos del Alto de Aboño, dando argumentos complementarios en relación con los elementos que sostienen la nueva imputación, en tanto que se impugna por la defensa D. Juan Miguel Pérez Rodríguez que aporta una versión alternativa de los hechos alegando la

inexistencia de delito fiscal y menos con el carácter de continuado y que por el contrario existe una transparente contabilización de los trabajos acometidos por la UTE para la explotación de los frentes de cantera TUDELA VEGUIN por lo que no existe hecho penal inculminable alguno.

SEGUNDO.- Los antecedentes fácticos sintéticamente expuestos, necesarios para la comprensión del caso serían los siguientes:

Se incoaron en fecha 8 de enero de 2015 por el JCI nº3 las Diligencias Previas a que se refiere el presente recurso como consecuencia de la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal en diciembre de 2014, como consecuencia de la irregularidades puestas de manifiesto en el informe OF/2009/0328 de la OLAF en el desarrollo del proyecto y en la ejecución de las obras de "Ampliación del Puerto de Gijón" cofinanciado por el Fondo de Cohesión europeo (Decisión de la Comisión C(2004)5057 de 13 de diciembre de 2004), por importe de 247.500.000 €, 55% de los gastos elegibles como subvencionables que ascendían a 450.000.000 €.

Las DP tenían por objeto la investigación de posibles delitos de prevaricación, fraude, malversación de caudales públicos, estafa agravada, falsedad en documento oficial y mercantil, y fraude a la Hacienda Pública, que pudieran haber sido cometidos por los representantes y miembros de Autoridad Portuaria de Gijón, por los representantes legales y administradores de la Unión Temporal de Empresas DIQUE TORRES y por otras personas con ellos concertadas, en el desarrollo y ejecución de las obras del indicado proyecto, que fueron adjudicadas el 4 de enero de 2.005 a la Unión Temporal de Empresas (UTE) DIQUE TORRE por un importe de 499.346.171,60 €, IVA excluido y con un plazo de ejecución de 46 meses, proyecto modificado el 18 de diciembre de 2007, con un presupuesto de contrata de 830.165.909,31 euros (IVA incluido), lo que supuso un incremento de presupuesto con respecto al importe inicial del contrato de 250.924.350,32 E, IVA incluido, y un ampliación del plazo de ejecución de las obras de 22 meses.

Según el Informe Final de la OLAF la extracción de piedras de la cantera de "La Hoya" (Perecil) comenzó en 2005 (1.101.769 de toneladas). La totalidad de los materiales (pedraplén, escollera, rellenos y áridos) extraídos de la canten "La Hoya" entre 2005 y 2010 se habría elevado a 19.714.343 de toneladas, según los registros de la empresa TUDELA VEGUIN SA. Y según los contratos firmados entre "Cementos TUDELA VEGUÍN, S.A y la UTE DIQUE TORRES para la explotación de las canteras, no existía ninguna contraprestación económica directa por la extracción de materiales de la cantera de "La Hoya" o PERECIL II.

Según el mismo informe de la OLAF entre 2005 y 2010 la sociedad "Cementos TUDELA VEGUÍN S.A" mantuvo diversas relaciones contractuales tanto con la UTE DIQUE TORRES:

Acuerdo de intenciones de 30 de septiembre de 2004 para el suministro de seis millones de toneladas para la ampliación del puerto de Gijón.

Contrato de 23 de junio de 2005 de extracción de 17.720.000 toneladas de piedras de La Hoya y Peña María. Contrato de 11 de enero de 2006 para la extracción de materiales de Peña María.

Contrato de 17 de marzo de 2009 de extracción de otras 6.100.000 toneladas.

Concluyendo al respecto el Informe Final de la OLAF que la empresa TUDELA VEGUÍN, S.A. facturó únicamente a la UTE los importes relativos a los costes soportados por la empresa relacionados con la explotación de las canteras y que, según los contratos firmados, corresponden a la UTE DIQUE TORRES (voladuras, excavaciones, tasas e impuestos diversos, seguridad, grúas, servicios de máquinas, etc.). El importe total facturado entre el 31 de Agosto de 2005 y el 28 de Febrero de 2011 se elevaba a 7.703.456,10 €. En consecuencia, contrariamente a las informaciones transmitidas por el beneficiario de la ayuda a la OLAF, el precio de los materiales suministrados por las canteras de "TUDELA VEGUIN" no se correspondía con el precio inicialmente aprobado en el proyecto. De hecho, no existía ninguna contraprestación económica directa por la extracción de los materiales en estas canteras. Así, el sobrecoste facturado al beneficiario de la ayuda habría dado lugar a un aumento del beneficio ("industrial" más "gastos generales") que no ha podido ser delimitado dada la imposibilidad de poder disponer de los registros contables de la empresa adjudicataria UTE DIQUE TORRES.

Como consecuencia de las actuaciones judiciales seguidas se procedió a la imputación formal de FERNANDO MENÉNDEZ REXACH, Presidente de la Autoridad Portuaria de Gijón, JOSÉ LUIS DÍAZ RATO, Director de Puerto de Gijón, y JUAN MIGUEL PÉREZ RODRÍGUEZ, gerente de la UTE DIQUE TORRES adjudicataria, por los siguientes delitos:

a) Fraude y exacciones ilegales del artículo 436 del Código Penal si resultare que funcionarios o integrante de la Autoridad Portuaria de Gijón se hubieran concertado con particulares de la empresa adjudicataria para la entrega indebida de fondos públicos a lo largo del procedimiento de contratación.

b) Malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal en caso de acreditarse que funcionarios o integrantes de la Autoridad Portuaria

de Gijón en connivencia con representantes de la empresa adjudicataria hubieran defraudado fondos públicos.

c) Estafa agravada por razón del importe del artículo 250 del Código Penal si se acreditara que el adjudicatario hubiera engañado deliberadamente a la Administración en el precio de los materiales utilizados en las obras.

d) Falsedad en documento oficial y mercantil cometida por particular del artículo 392 del Código Penal si resultara acreditada la existencia de facturas inveraces que se hubieran empleado para la reclamación de cantidades a la Administración.

e) Fraude a la Hacienda Pública de los artículos 305 del Código Penal y siguientes si se acreditara que por parte de la empresa adjudicataria se hubieran simulado gastos que en realidad no existieron o producido documentos que fueran e origen de la entrega de fondos públicos a particulares sin motivo o justificación.

f) Prevaricación del artículo 404 del Código Penal en caso de que los hechos investigados permitieran establecer arbitrariedad en las resoluciones adoptadas por la Autoridad Portuaria de Gijón a la hora de adjudicar el contrato en su modificación posterior.

El hecho novedoso relevante para este recurso es la declaración judicial prestada el 6 de julio de 2015 por el imputado JUAN MIGUEL PÉREZ RODRÍGUEZ, gerente de la adjudicataria UTE DIQUE TORRES, en la que manifiesta que al importe de 7.703.456,10 E, efectivamente facturado por TUDELA VEGUÍN SA a la UTE DIQUE TORRES, habría que añadir otros 150.000.000 € abonados a la entidad TUDELA VEGUÍN SA por diversas contraprestaciones complementarias parcialmente no facturados.

Es decir, en relación con este tema que es sobre el hecho sobre el que se disputa la competencia de investigación y el enjuiciamiento del delito que pudiera acarrear, la Abogacía del estado y la Fiscalía sostienen a partir de las manifestaciones efectuadas por el imputado JUAN MIGUEL PÉREZ RODRÍGUEZ:

Que entre estas prestaciones habría una parte que fue facturada, la correspondiente al cemento que TUDELA VEGUÍN vendió a la UTE, y la correspondiente a los costes de extracción por unos 8 millones de euros; y otra parte "no facturada" a TUDELA VEGUÍN SA, es decir, se trataría de prestaciones a favor de TUDELA VEGUIN SA al margen de cualquier contabilización, a favor de ésta, sin factura, y sin repercusión del correspondiente IVA.

Estas últimas prestaciones no facturadas, valoradas en 80 millones de euros por el declarante, habrían consistido en la ejecución de diversas obras en

beneficio de TUDELA VEGUÍN SA a las cuales se hace referencia de una forma muy genérica en un contrato de 11 de enero de 2006 suscrito entre la UTE y TUDELA VEGUÍN SA, donde la UTE DIQUE TORRES asume la obligación de ejecutar una serie de labores, "le sea útil o no para la realización de la obra descrita en el expositivo I'.

De todo ello resultan nuevos indicios delictivos, de que no se habría facturado por la UTE esta ejecución de obras a favor de TUDELA VEGUÍN SA, y que tampoco se hubo recogido su importe en el modelo 347 de la UTE, de modo que la UTE DIQUE TORRES habría ocultado esta prestación de servicios y ejecuciones de obra a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y a su vez TUDELA VEGUÍN SA podría de este modo omitir la contabilización de los ingresos que estas prestaciones en especie ocultándolas luego en su declaración en el Impuesto de Sociedades del año 2009;

Considerando procedente ampliar la investigación y el objeto del procedimiento a un delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código penal, considerando que podrían resultar responsables del delito bien prestándose a ejecutar obras que no facturan, bien percibiendo las mismas, en los años 2009 y 2010 : JOSE ANTONIO MUÑIZ MUÑIZ, como apoderado que firma los contratos en representación de TUDELA VEGUÍN SA.; JUAN MIGUEL PEREZ RODRIGUEZ gerente que actuó en representación de la UTE DIQUE TORRES; ISIDRO ALONSO SIERRA, posterior gerente de la UTE en cuanto que se ocupó de la gestión administrativa y fiscal de la UTE al cesar en la gerencia JUAN MIGUEL PEREZ RODRIGUEZ; así como otras personas que hayan ejercido como consejero delegado o apoderados de la entidad TUDELA VEGUÍN SA, luego CORPORACIÓN MASAVEU SA entre los años 2005 a 2010 ya sea directamente o designados por alguna persona jurídica que ejerciera tal función.

TERCERO.- La cuestión jurídica a dilucidar a partir de los anteriores hechos y acontecimientos procesales queda concretada en si estos nuevos delitos Hacienda Pública del artículo 305 del Código penal cuya comisión podría resultar si se comprueba como cierta la versión de los hechos que son el principal objeto de la investigación que aporta el imputado Juan Miguel PÉREZ RODRÍGUEZ, deben ser investigados por el mismo juzgado instructor, que es lo que sostienen los recurrentes o lo deben ser en otro, como mantiene el juzgado instructor por entender que aunque deba investigarlos no tienes el grado de conexión necesario al no estar comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en el apartado 2 del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pues bien, al respecto se han dado diversas clases de argumentos, a favor y en contra, estrictamente jurídicos algunos y otros con referencia o atendiendo a razones de oportunidad o utilidad procesal para la correcta investigación del hecho.

Respecto de ellos, la Sala debe convenir con el juzgado que los ahora puestos de manifiesto aparentemente son hechos diferentes y que en puridad no serían hechos conexos con los de la hipótesis fáctica que se venía investigando, sino que incluso aparecerían como contradictorios o al menos excluyentes.

Pero por otra parte, lo que es cierto es que el juzgado necesariamente ha de investigar, tal como admite que debe hacerlo, los indicados hechos que parten de una versión verosímil de lo acontecido, lo que, de reputarse cierto, abriría la puerta a que efectivamente se concretase no solo una imputación por posible delito fiscal, sino una acusación efectiva por dicho delito, y por tanto, lo que se trata de determinar es si debe ser el mismo juzgado quien debe avanzar las dos investigaciones que en su tesis se referirán a situaciones alternativas.

CUARTO.- Nuestra opinión, dando con ello la razón a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal es que sea así por puras razones prácticas, pero también por razones jurídicas. No parece lógico que se lleven procedimientos diferentes en relación con el mismo hecho, aunque partan de hipótesis diferentes y aparentemente antagónicas, pero en cualquier caso mutuamente condicionadas.

Pero es que es mas, y es el argumento que estimamos definitivo, en este momento no puede descartarse, que de considerarse cierta la versión de hechos dada por el imputado Juan Miguel PÉREZ RODRÍGUEZ, lo que debe determinar el juzgado, constituyera en realidad una nueva hipótesis fáctica que englobara a la primera solo que fácticamente modificada en algunos aspectos, pero que permitiera efectuar la imputación por la totalidad de los delitos investigados, incluidos el fiscal, a los investigados, aunque en relación con este último solo respecto de algunas de ellas, ampliando en su caso la investigación a las otras que se proponen para ser investigadas por el mismo.

QUINTO.- Respecto de la impugnación al recurso por parte de la defensa de Juan Miguel PÉREZ RODRÍGUEZ, únicamente diremos que aporta una versión exculpatoria que se sale de los términos del debate del recurso que podrá alegar en el procedimiento principal, aunque descartamos que dicha versión explicativa pueda tener acogida sin mas en este momento frente a las hipótesis mas verosímiles de las otras partes recurrentes en el presente.

Por todo ello, la **SALA ACUERDA:**

III.- PARTE DISPOSITIVA.-

ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **LA ABOGACIA DEL ESTADO**, al que se adhirió la **ASOCIACIÓN DE VECINOS DEL ALTO DE ABOÑO** y se informó favorablemente por el **MINISTERIO FISCAL** en relación con los **AUTOS DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 3** de fechas **30 DE SEPTIEMBRE DE 2015** y desestimatorio del recurso de reforma de **4 DE ENERO DE 2016**, por lo que se revocan las indicadas resoluciones dando lugar a lo solicitado por el recurrente en su escrito de fecha 14 de julio de 2015 de ampliación de la denuncia.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.