



Roj: **SAP V 1056/2017 - ECLI: ES:APV:2017:1056**

Id Cendoj: **46250370022017100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **2**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **1857/2016**

Nº de Resolución: **221/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **SALVADOR CAMARENA GRAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 2º

Tfno: 961929121

Fax: 961929421

NIG: 46250-43-1-2011-0140661

Procedimiento: Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado Nº 001857/2016- -

Dimana del Procedimiento Abreviado Nº 000514/2014

Del JUZGADO DE LO PENAL Nº 9 DE VALENCIA

Instructor 14 Valencia

SENTENCIA Nº 221/2017

=====

Presidente

JOSE MARIA TOMAS Y TIO

Magistrados/as

MARIA DOLORES HERNADEZ RUEDA

SALVADOR CAMARENA GRAU (ponente)

=====

En Valencia, a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete

La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos/as. Sres/as. anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, contra la Sentencia de fecha 2.9.2016, pronunciada por el JUZGADO DE LO PENAL Nº 9 DE VALENCIA en Procedimiento Abreviado con el numero 000514/2014, contra Feliciano .

Han intervenido en el recurso, en calidad de apelante/s, Europea de Alternativas SL , representado por el Procurador de los Tribunales Sra Iborra y dirigido por el Letrado Sra Torrentí; y en calidad de apelado/s, El Ministerio Fiscal, el Letrado del Estado y Philip Morris Products SA, asistida por el Sr Montaña y representada por la Sra Iniesta ; y ha sido Ponente el Ilmo/a. Sr/a. D/.Dª SALVADOR CAMARENA GRAU, quien expresa el parecer del Tribunal.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes: *Se declara probado que el acusado Feliciano , mayor de edad, nacido el NUM000 de 1964, con DNI NUM001 , con antecedentes penales cancelables de oficio y en libertad por la presente causa de la que no consta haya estado privado, se concertó con terceros, que no han sido identificados, para crear y aportar una sociedad inactiva a sabiendas de que iba a ser utilizada para importar mercancías, sin cumplir con las disposiciones legales vigentes o sin declarar su verdadera naturaleza, a fin de burlar las barreras aduaneras. Así en fecha 12.03.2010 constituyó la sociedad EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L. (CIF B-98234297) con sede en la C/ Alcalde Cano Coloma nº 6 pta 26 de Valencia, figurando como administrador único y, de esta manera permitió que amparándose en el tráfico ordinario de su objeto social, la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVA importara, en fecha no precisada pero, en todo caso, anterior al 26.12.2010, un total de 369.560 cajetillas de la marca Malboro, todas ellas sin los precintos acreditativos del pago del impuesto especial en España.*

Esta mercancía llegó al Puerto de Valencia, el 26 de diciembre de 2010, en el contenedor MSKU-936654-7, procedente de Xiamen (China), en el buque MAREN MAERSK. Dicho contenedor vino amparado en la declaración sumaria 46110506241, partida 447, en la figuraba como expedidor la Agencia Aduanera EURO ASIA ADUANAS, S.L. y destinatario del mismo la sociedad EUROPEA ALTERNATIVAS, S.L., -conforme al conocimiento de embarque y documento de tránsito nº 11ES0046115004415-. En la declaración del contenido del contenedor aparecía como artículos "cabinas de ducha PVC", ocultando así la verdadera mercancía transportada que eran las cajetillas de tabaco para introducir en España sin solicitar las licencias y sin abonar los impuestos correspondientes.

Como quiera que la autoridad aduanera había sido alertada, por la policía inglesa, de que el mencionado contenedor MSKU -936654-7, podía transportar una cantidad indeterminada de cigarrillos, no declarados, de origen chino, se autorizó la salida controlada del mismo. Así, sobre las 10.30 horas del día 12.01.2011 el contenedor salió del Puerto de Valencia, en el camión matrícula-NYN , propiedad de la empresa MODAL CARGO, S.L., con destino el polígono industrial Bassa-La Reva de Ribarroja del Turia (Valencia), concretamente a las instalaciones de la mercantil A.T. SAROSA LEVANTE, S.L. sita en la calle La Balsa, parcela 3.1 del citado polígono industrial.

Iniciada la descarga, los funcionarios del Área Regional Operativa de Valencia, tras identificarse ante el encargado del almacén, procedieron a la apertura de uno de los palés descargados, hallando en su interior una serie de cajas conteniendo tabaco de la marca MALBORO, carentes de las precintas reglamentarias para su comercialización en España, por lo que volvieron a cargar la mercancía en el contenedor y la trasladaron a los almacenes de LOGISTA, S.A. sitos en la C/ Mistral nº 3 del Polígono Industrial Poyo de Reva en Ribarroja del Turia, donde se procedió al desembalaje de los 24 palés y al recuento de las cajetillas halladas, un total de 369.560 de tabaco MALBORO, con un valor de PVP, en la fecha de los hechos, que ascendía a UN MILLON QUINIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA EUROS (1.570.630€).

La mercantil EUROPEA ALTERNATIVA S.L., no pudo disponer de la mercancía, porque nunca le fue entregada.

De conformidad con el informe elaborado por la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales, el importe que la Agencia Tributaria consideraban defraudado a la Hacienda Pública ascendía a un total de UN MILLÓN TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIECISIETE EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (1.339.117'29€), de los que 216.638€ correspondían a la deuda tributaria por Impuesto sobre el Valor Añadido, 989.127'34€ al Impuesto Especial Labores del Tabaco y 133.351'33€ a la Deuda Aduanera.

La Administración Tributaria (Ministerio de Economía y Hacienda, Subsecretaría, Comisionado para el Mercado de Tabaco) procedió a la destrucción del tabaco intervenido, en las condiciones establecidas legalmente, en fecha posterior al 16.01.2012.

De las 369.560 cajetillas de tabaco intervenidas y decomisadas, se remitió 1 cartones, (con diez cajetillas, 20 cigarrillos por paquete) a la empresa Product Intelligence & Security de Philip Morris International, empresa encargada de asegurar la autenticidad del tabaco fabricado por o en nombre de Philip Morris Products S.A. que emitió informe confirmando que dicho tabaco era una imitación del producto original y no había sido fabricado con la autorización de la citada empresa

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada dice: *Que debo CONDENAR Y CONDENO a Feliciano DNI NUM001 como COOPERADOR NECESARIO y a la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L., CIFB 982342297 al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal , por un DELITO DE CONTRABANDO en grado de tentativa previsto en el Art 2, 1 D) y 2 , 3, b) de la LO 12/1995 de Represión del Contrabando , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a Feliciano , a la pena de PRISION de ONCE MESES,*



con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de 1.570.630€ con arresto sustitutorio de seis meses en caso de impago por insolvencia, a la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS, S.L. la pena de MULTA de 3.141.260€ (duplo del valor de la mercancía) y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un año y clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos, y a ambos al pago proporcional de 1/5 de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone en esta resolución, le abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otras.

Procede el comiso de la mercancía objeto de delito conforme previene el artículo 5 de la LO 12/1995, de 12 diciembre

Que debo CONDENAR Y CONDENO a Feliciano DNI NUM001 como COOPERADOR NECESARIO de un delito CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL del artículo 274.1 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISION de NUEVE MESES accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de QUINCE MESES con cuota diaria de 6€ con la responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago del artículo 53 del Código Penal . Comiso y Destrucción de los efectos intervenidos, así como al pago de 1/5 las Costas Procesales, incluidas las de la Acusación Particular y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone en esta resolución, le abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otras.

Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Feliciano , DNI NUM001 a la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS, S.L., CIFB 982342297 de los TRES DELITOS CONTRA LA HACIENDA de los que venían siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de 3/5 de las costas procesales causadas.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN en doble efecto para ante la EXCMA. AUDIENCIA PROVINCIAL que podrá interponerse mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de DIEZ DÍAS, a partir de su notificación.

Una vez firme, notifíquese esta resolución al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a la causa, lo pronuncio, mando y firmo. .

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de europea de Alternativas SL se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dicto, por los motivos que desarrolla ampliamente en su correspondiente escrito.

CUARTO.- Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez de lo Penal dio traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para la presentación, en su caso, de los correspondientes escritos de impugnación o de adhesión al recurso. Transcurrido dicho plazo, se elevaron a esta Audiencia Provincial los autos originales con todos los escritos presentados (entrada el 5.12.2017).

II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Europea de Alternativas recurre en apelación alegando en esencia: 1.- Violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Señala que las dos afirmaciones básicas que sustentan la condena son: a.- que el Sr Feliciano crea y aporta la sociedad a sabiendas de que va a ser utilizada para importar mercancías incumpliendo las disposiciones vigentes y, b.- de esta manera permitió que Europea de Alternativas SL importara en fecha no precisada una cantidad enorme de cajetillas de tabaco Marlboro falsificadas y sin precinto de impuesto. Frente a ello se alega que el Sr Feliciano compró la sociedad ya constituida sin que conste acreditado si se modificó el objeto social u otros conocían sus datos. La sociedad estaba inactiva por lo que los hechos no se ampararon en su tráfico ordinario. Una vez comprada un tercero no identificado le pidió al Sr Feliciano los datos para un negocio que no llegó a fructificar. No hay prueba de que el Sr Feliciano se concertara con terceros para realizar esta actividad. Después expone la declaración del Sr Feliciano y los argumentos de la sentencia, para cuestionar la conclusión a la que llega la sentencia. Manifiesta también que



la señaló que algunas firmas eran falsas, por ello solicita la absolución del Sr Feliciano y consecuentemente de la responsable civil Europea de Alternativas SL.

Philip Morris Products SA se opone. Efectúa un resumen de los hechos se indica la falta de legitimación de Europea del derecho para interponer un recurso de apelación en nombre del Sr Feliciano. Afirmar que la sentencia es correcta, efectúa consideraciones sobre la aplicación de la ignorancia deliberada, por ello solicita que se confirme la condena. El MF y el Letrado del estado solicitan la confirmación.

SEGUNDO .- Nuevamente se invoca la doctrina originada en la STC 167/2002 y nuevamente debe señalarse que no es aquí aplicable, pues nos encontramos ante una sentencia condenatoria. De hecho, por ese motivo, el TC en la STC 184/13 de 4.11 estima que se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva (motivación) y a un proceso con todas las garantías en la Sentencia de apelación que invoca erróneamente la STC 167/2002 para rechazar la revisión de la condena penal impuesta en primera instancia.

La STC 167/2002, de 18 de septiembre, como señaló el Pleno del TC en la STC 88/2013, de 11 de abril, se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*). Pero lo que no puede admitirse según la STC 184/13, es la invocación la STC 167/2002, de 18 de septiembre, para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia, concluyendo que: "*De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación, y en garantía del derecho a la revisión del fallo condenatorio, la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho como de Derecho, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia del demandante de amparo en la primera colisión, que forma parte de esa premisa fijada en la sentencia de instancia al determinar su responsabilidad penal. Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria.*"

TERCERO : Con carácter general se debe ser cuidadoso con la utilización de la "ignorancia deliberada" (STS núm. 653/2014, de 7 de octubre, ponente Sr Martínez Arrieta que trata de limitar su extensión). Entendemos que se debe analizar cada caso para ver si es posible establecer si una conducta concreta es o no intencional, y para ello no hay que atender a inverificables procesos mentales, a deseos y propósitos, sino a si en la *acción realizada* se pone o no de manifiesto un *compromiso* de actuar del autor. Para ello, no hemos de partir como base de la "*ignorancia deliberada*" (ver las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 987/2012, de 3 de diciembre, 997/2013, de 19 de diciembre y 586/2014, de 2 de julio Ponente Sr Varela Castro), sino que hemos de analizar las reglas de toda índole que definen su acción y ponerlas en relación con sus competencias.

CUARTO .- Legitimación del responsable civil.

El pronunciamiento civil -como señala Ortega Lorente- de una sentencia dictada por un órgano de la jurisdicción penal exige un previo pronunciamiento sobre la responsabilidad criminal. La cuestión que se suscita es cuál es el ámbito objetivo de la sentencia que el tercero civil responsable puede atacar a través de su recurso. La cuestión puede no generar problemas ni polémica si existen intereses confluyentes en las posiciones del acusado condenado y el tercero civil. Pero si existen intereses enfrentados, puede suceder que la sentencia frente a la que el acusado condenado no interpone recurso, sea recurrida por el tercero civil y que el recurso de éste exija, para prosperar, que se revoque total o parcialmente el pronunciamiento condenatorio penal.

Tradicionalmente, la jurisprudencia venía optando por considerar que el tercero civil responsable no podía discutir cuestiones de hecho de las que derivara la culpabilidad del acusado y que fueran el sustrato de la condena del tercero responsable en vía civil "ex delicto".

Recuerda la SAP, Sección 9ª, Barcelona, de 19 de marzo de 2012 que la doctrina persistente y pacífica del Tribunal Supremo plasmada en numerosos precedentes jurisprudenciales, como en el *Auto 283/2004 de 13 de febrero de la Sala 2ª del Tribunal Supremo* exige tener en cuenta que el responsable civil subsidiario y también el directo, "tiene delimitada su actuación, dentro del proceso penal, al área puramente indemnizatoria sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penal, de acuerdo con una interpretación literal y finalista de los arts. 651, 652 y 854, de la LECr. El responsable civil subsidiario, en principio, tiene constreñida su legitimación a la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se funda la responsabilidad civil. No la tiene, por el contrario, para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos. Entre otras son representativas de esta doctrina la S. de 19-4-89, que cita otras ocho, y la S.234/96, de 16 de marzo con mención expresa de la anterior que, por decirlo con sus mismas palabras, fue la que abordó el tema con mayor extensión. (STS DE 10 de julio de 2001)",



aunque como recordó la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de Julio de 2001 . Sala de lo Penal. Sección: 1* . Nº de Resolución: 1458/2001, "esta doctrina general y constante permite algunas modulaciones, como las indicadas, en algunos casos concretos, por las *sentencias de 7-5-93 , 7-4-94 y 27-10- 95*, en aras de evitar a ultranza la indefensión de intereses legítimos, como lo sería el de demostrar la inexistencia de tipicidad, pues si la responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de delito es claro que desaparecido éste se volatiliza aquella, o cuando reconoce una causa de justificación tan específica y singular como la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (*art. 20.7º CP*). Criterio distinto y desde luego restrictivo ha de mantenerse cuando se trate de cuestiones de hecho."

En esa línea moduladora de la doctrina tradicional encontramos la STS, 2ª, de 26 de Febrero del 2009 - que señala que si bien la legitimación del responsable civil subsidiario en el proceso penal se encuentra circunscrita a la discusión de su propia responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 652 , 737 y concordantes de la LECr ., en tanto que tal responsabilidad civil subsidiaria, depende de la subsistencia de la responsabilidad directa penal y civil del acusado como criminalmente responsable, puede admitirse que discuta, v.gr., la existencia de infracción del ordenamiento jurídico por error en la aplicación del tipo penal.

Por su parte, la STS, 2ª, de 6 de julio de 2012 , va más allá y hace mención a un supuesto en el que el tercero civil alega en su recurso la infracción del derecho a la presunción de inocencia del acusado condenado. El Fiscal, al impugnar el recurso, aludía a la falta de legitimación de la recurrente para acogerse a este motivo. Dice la sentencia que si bien es cierto que la presunción de inocencia es un derecho del imputado, difícilmente podría afirmarse que la preservación del mismo sea del todo ajena y menos aún indiferente a quien incumbe la responsabilidad civil subsidiaria.

En definitiva, tanto esta última STS, como las 26 de febrero de 2009 y 6 de julio de 2012 , permiten sostener que en aquéllos casos en los que se aprecie que la defensa de los intereses del tercero civil responsable exigen, sin género de dudas, adentrarse en cuestiones típicas -hecho punible, autoría, culpabilidad- o en aquéllos en los que pudiera apreciarse ánimo fraudulento en el allanamiento del acusado a las pretensiones civiles de la o las acusaciones, cabría atribuir legitimidad a los terceros civiles para recurrir aspectos de la sentencia que exceden del ámbito tradicionalmente reservado a sus posibilidades de intervención en el proceso.

Si bien es una cuestión compleja, en este caso es razonable que tratándose de una responsabilidad civil directa entendemos que debemos examinar las alegaciones a la vista de la vinculación directa con la condena, pues en realidad, hay una identidad entre ambos (el propio acusado es el titular de la empresa recurrente).

QUINTO .- En esencia lo que se cuestiona es la suficiencia de la prueba en primera instancia y del razonamiento que lleva a la condena. Debemos tener en cuenta que la suficiencia incriminatoria que proporciona la prueba de indicios puede alcanzarse siempre que los indicios que suministre sean plurales, estén acreditados por prueba directa, que se presenten como periféricos al dato fáctico a probar, que sean interrelacionables y que la ilación del hecho base al hecho consecuencia se presente lógica y razonable, desde las reglas de la experiencia humana, en un grado de suficiente conclusividad que convierta a las otras hipótesis de producción en meras posibilidades carentes de condiciones de realidad (vid. SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993, 206/1994 24/1997, 137/2002, 135/2003).

La sentencia recoge:

"PRIMERO.-Los hechos son constitutivos de un A) UN DELITO de CONTRABANDO previsto en el artículo 2.1 d) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 diciembre de Represión del Contrabando , en relación con el artículo 1.6 y con el artículo 2.3 b) del mismo cuerpo legal , y penado en el artículo 3.1 en relación con el art. 2.1 d) de la mencionada ley orgánica y B) UN DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA EUROPEA de los previstos y penados en el artículo 305.3 y 1 del CP en relación con la normativa complementaria del Código Aduanero Comunitario, aprobado por el Reglamento CE 2913/1992 del Consejo, de 12 de octubre y C) UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL del artículo 274.1 y 2 del CP

Artículo 2 Tipificación del delito de contrabando

1. Cometan delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

d) Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.

3. Cometan, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:



b) Cuando se trate de labores de tabaco cuyo valor sea igual o superior a 15.000 euros.

No se ha discutido en los presentes autos los siguientes hechos que, además, han quedado debidamente probados con la documental obrante en autos y la prueba practicada en el acto del Juicio Oral con todas las garantías de la inmediación y contradicción de las partes.

1.- Que el 26.12.2010, llegó al Puerto de Valencia, procedente de la ciudad de Xiamen (China) y a bordo del buque MAREN MAERSK, el contenedor MSKU- 936654-7, figurando en el Bill of Lading o conocimiento de embarque los siguientes datos, como expedidor QUANZHOU WANHEN TRADE CO. LTD, como destinataria la empresa EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L. con CIF B-98234297 con domicilio en la C/ Alcalde Cano Coloma nº 6 pta 26, de Valencia, la mercancía declarada "cabinas de ducha de PVC". La Empresa Transitaria, encargada del despacho aduanero, EURO ASIA ADUANAS, S.L. y la transportista encargada de llevar el contenedor a su destino MODAL CARGO S.L.

Este extremo queda acreditado con la documental, no discutida, obrante en los folios 29-33 y 35-45.

2.- Tampoco se ha discutido que en las dependencias de la Aduana de Valencia se recibió alerta, procedente de la embajada británica, sobre las sospechas que existían de la llegada, al Puerto de Valencia, del contenedor MSKU-936654- transportando una cantidad indeterminada de cigarrillos no declarados de origen chino, motivo por el que se autorizó la salida controlada del mismo el día 12.01.2011 (folios 17, 18, 29).

3.- Tampoco se ha discutido que el dispositivo de vigilancia y seguimiento lo componían los funcionarios del Área Regional Operativa de Valencia NUM003 , NUM002 , NUM004 , ni que sobre las 10.30 horas del día 12.01.2011 el contenedor MSKU-936654-7, salió del puerto de Valencia, transportado por el camión-NYN , de la empresa MODAL CARGO, S.L., y se dirigió al Polígono Industrial Bassa-La Reva sito en Ribarroja del Turia (Valencia), parando en las instalaciones de A.T. SAROSA LEVANTE, S.L., sita en la C/ La Balsa, parcela 3.1 del citado polígono industrial, donde se inició la descarga del contenedor, momento en el que los funcionarios, encargados del seguimiento, se dieron a conocer ante el responsable del almacén y procedieron a la apertura de uno de los palés descargados, encontrando cajas conteniendo tabaco de la marca Malboro carentes de las precintas reglamentarias para su comercialización, por lo que volvieron a cargar la mercancía trasladándola hasta los almacenes de LOGISTA, S.A., sitos en el mismo término municipal, en la C/ Mistral nº 3 del Polígono Industrial Poyo de Reva, donde se procedió al desembalaje de los veinticuatro palés.

No se ha discutido que de los 24 palés, 23 de ellos contenían 24 cajas cada uno y, el último 8 cajas, en total 560 cajas de las cuales 556 contenían 66 cartones de diez cajetillas cada uno de tabaco de la marca Malboro, sin las precintas reglamentarias y con las leyendas sanitarias en inglés; 4 cajas contenían 65 cartones cada una, de las mismas características que las anteriores, en total 369.560 cajetillas.

Este extremo ha quedado acreditado con la prueba testifical practicada en el acto del Juicio Oral, de los funcionarios del Área Regional Operativa de Valencia NUM003 , NUM002 , NUM004 , que ratificaron el atestado sin ambigüedades, ni contradicciones que restaran valor probatorio a sus manifestaciones y con la documental obrante a los folios 34, 63-67, no impugnada de adverso.

También confirmó lo expuesto el testigo D. Luis (Director del A.T. Sarosa Levante).

Los testigos D. Valentín y D. Adrian (Delegado Provincial de LOGISTA) ratificaron la diligencia de recuento de las cajetillas de tabaco intervenidas.

4.- No se ha discutido que la empresa EUROPEA DE ALTERNATIVA SOCIEDAD LIMITADA, CIF B98234297, con domicilio en la C/ Alcalde Cano Coloma 6-26 de Valencia, comenzó su actividad el 12.03.2010, siendo su objeto social: la exportación de todo tipo de negocios de hostelería y restauración, incluso pubs y discotecas. La compraventa, importación, exportación y arrendamiento (exceptuado el arrendamiento leasing).El capital desembolsado a su constitución 3006€ y como administrador único Feliciano

Extremo acreditado con la documental obrante a los folios 229-231.

Además quedó probado que el domicilio social de la empresa se correspondía con el domicilio particular del acusado, en la fecha que se constituyó la mercantil.

5.- Ha quedado acreditado, que las 369.560 cajetillas de tabaco tenían un valor de PVP, en la fecha de los hechos, que ascendía a UN MILLON QUINIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA EUROS (1.570.630€) y que por la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales, se elaboró un informe detallando el importe que consideraba defraudado a la Hacienda Pública y que ascendería a un total de UN MILLÓN TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIECISIETE EUROS CON VEINTINUEVE CÉNTIMOS (1.339.117'29€), de los que 216.638€ correspondían a la deuda tributaria por Impuesto sobre el Valor Añadido, 989.127'34€ al Impuesto Especial Labores del Tabaco y 133.351'33€ a la Deuda Aduanera. Según documento obrante a los folios 128- 129, 143 y 152-170.



Por lo expuesto, dado el material incautado (tabaco) y su valoración muy superior al mínimo legal para ser infracción administrativa, cabe concluir que nos hallamos ante un delito de contrabando, pero en grado de tentativa de conformidad con la siguiente jurisprudencia, por cuanto contemplan supuestos de entrega vigilada, idénticos al de autos:

La AP de Sevilla de 24 de octubre de 2011 llega a la misma conclusión sobre la existencia del delito de contrabando en grado de tentativa en estos términos: "Examinadas las actuaciones ciertamente, y como se aduce en el recurso, estimamos que aunque el tabaco procedente de China importado por los inculpados pasó la barrera aduanera española por el puerto de Valencia y circuló por territorio nacional hasta que fue finalmente intervenido, el paso de la Aduana no se hizo con sustracción del control establecido por la Administración aduanera, pues efectivamente de lo actuado aparece que la Unidad de Análisis de riesgo de la Aduana de Valencia detectó el contenedor de autos como sospechoso de ocultar concretamente una expedición de tabaco de contrabando amparada por una declaración aduanera falsa (folio 1 del atestado que da origen a las actuaciones). Así se desprende de lo declarado en juicio por el Jefe de la Unidad de Vigilancia Aduanera de Sevilla, señalándose en los hechos probados de la sentencia apelada que la mercancía entró por el Puerto de Valencia permitiéndose por el administrador de Aduanas que la mercancía pasara la barrera aduanera, pese al riesgo de no haberse declarado la verdadera naturaleza de la mercancía. Y sin embargo, se autorizó el despacho de la mercancía, pero no porque se hubieran burlado los controles aduaneros, sino para hacer un seguimiento del contenedor hasta su destino e identificar a sus verdaderos destinatarios, pudiendo igualmente haberse acordado por la autoridad aduanera la apertura del contenedor en las dependencias aduaneras, lo que hubiera determinado la falta de consumación del delito. Y prueba de ello es el dato de que desde que se permitió el paso del contenedor por la Aduana, hasta que se procedió a su apertura en la nave de Dos Hermanas, el cargamento permaneció realmente bajo la permanente vigilancia de los funcionarios de Aduanas, aludiendo de hecho el mismo funcionario de aduanas en sus declaraciones en juicio y en fase de instrucción (folio 166) a una entrega vigilada o a una entrega controlada, resultando que, como se apunta en la sentencia de Instancia, los funcionarios aduaneros no perdieron en ningún momento el control del cargamento, - desde Valencia hasta Dos Hermanas, hasta que decidieron intervenir, señalándose en el atestado como el seguimiento se efectuó por funcionarios del Área operativa de Aduanas de la Dependencia Regional de Valencia, hasta La Carolina (Jaén), donde fueron relevados por funcionarios de Andalucía, no perdiéndose su control en ningún momento, especificándose como ya en Dos Hermanas el contenedor llega a las proximidades de la C/ Terral, donde contacta con la furgoneta Citroen de color gris del acusado Feliciano, a la que sigue hasta la finca de la huerta San José Bda. Vista Azul, procediendo a iniciar varias personas en una nave la descarga de la mercancía, momento en el que los funcionarios deciden intervenir y comprobar la naturaleza de la mercancía, que como desde un principio sospecharon, se trataba de tabaco.

Disponen las SSTTSS de 1 de octubre de 1996 y 24 de noviembre de 1997 que: "La autoridades aduaneras y los funcionarios policiales que actúan en estas áreas, tienen la obligación de detener a toda persona que pretenda introducir subrepticamente en el territorio nacional, toda mercancía o sustancia que este sometida a régimen aduanero. Conviene destacar, a los efectos oportunos, que la disposición adicional primera de la LO 12/1995 establece que los órganos de la Administración Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismo y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración Aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando. De modo semejante la LECr había autorizado, en el artículo 263 bis, la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas así como de otras sustancias prohibidas. En su consecuencia se permite que las sustancias mencionadas circulen por el territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la Autoridad o sus agentes, cuando se pretende el descubrimiento de las conexiones y contactos de los traficantes detectados. Existen, por tanto, supuestos en los que la conducta típica, exportar o importar, sin cumplir las formalidades legales se permite por las autoridades encargadas de su represión en aras de lograr una más efectiva persecución del tráfico de drogas y del contrabando. Esta autorización legal justifica la inactividad de las autoridades y sus agentes y les exime de cualquier responsabilidad por dejación de sus deberes de persecución de los hechos delictivos. Pero ello plantea problemas en cuanto al grado de perfeccionamiento de las conductas delictivas relacionadas con el contrabando ya que la propia autoridad encargada de reprimirlo permite que el grado de consumación progrese hasta el final, contribuyendo a su perfeccionamiento de una manera deliberada y consciente.

De los hechos que manejamos en este caso concreto, parece evidente que el acusado tenía la pretensión de burlar las barreras aduaneras, entre otras razones, porque resulta inverosímil e inconsecuente que una persona que porta drogas las presente para su despacho en las oficinas de Aduanas. No sólo es normal que no lo haga, sino que por otro lado, nadie esta obligado a declarar contra si mismo por lo que el propio sistema ampara la postura renuente u obstativa.



De la sentencia recurrida se desprende que fueron las autoridades policiales y aduaneras, actuando conjuntamente, las que levantaron las barreras y, en vez de detener al acusado, constándoles que llevaba droga, frustrando con ello la comisión del delito de contrabando, favorecen y permiten su consumación dejándole introducir las en el territorio nacional. Se puede afirmar que el delito que debía limitarse al grado de frustración si se hubiera producido la conducta esperada de las autoridades y sus agentes, se extiende hasta la consumación por la acción directa de los encargados de evitar el delito. Este plus de perfeccionamiento delictivo ha sido provocado por la propia dinámica puesta en marcha por las autoridades que, actuando conforme a la ley en la investigación del delito, han sido factores directos de la agravación de las responsabilidades exigibles por el grado de perfeccionamiento del delito. Por ello se estima que el delito de contrabando, que debe ser castigado de conformidad con la postura de esta Sala, solo debe serlo en grado de frustración, como permite una reciente línea jurisprudencial ya que la actuación de las autoridades se pudo producir en el momento de penetrar el acusado en el territorio nacional y antes de traspasar el término aduanero.

Pues bien, conforme a la postura de nuestro TS aplicable a este caso, es evidente que el contenedor MSKU-9366547, sospechoso de transportar tabaco pudo ser interceptado antes de traspasar las barreras aduaneras y ser descargado en las instalaciones de la firma AT Sarosa Levante, S.L. en el Polígono Industrial Bassa-La Reva de Ribarroja del Turia (Valencia) y en consecuencia la acción delictiva lo fue en grado de tentativa ya que fueron las autoridades aduaneras quienes dispusieron la entrega vigilada de dicho contenedor para poder identificar a todas las personas implicadas en la operación de contrabando, aunque no lograran el efecto pretendido.

Participación que, en el delito de contrabando, ha tenido el acusado.

La defensa argumentó que no había prueba directa, ni de la autoría, ni de la participación del acusado, ni siquiera a título de cooperador necesario.

El acusado declaró "trabajó veintidós años de camionero en el puerto, para la empresa NATURAMA Y TRANSPORTES GUADALAVIAR. Transportaba containers. En el año 2010 no trabajaba de camionero, tenía un bar en Fuenterrobles, que explotó durante dos años. No lo montó él, lo alquiló y lo regentaba. Dejó de trabajar de camionero porque la empresa cerró y se fue a la calle sin cobrar indemnización. Cogió el bar por tener una salida y no cobrar solo el paro. En marzo de 2010 fue a un sitio y compró la empresa EUROPEA DE ALTERNATIVAS, S.L., y reparó las oficinas que estaban en la Pista de Ademúz, fue a una empresa que vendía empresas constituidas y allí le hicieron los trámites. No sabía que había empresas que vendía empresas, se enteró por compañeros de trabajo, en "corrillos". No recuerda a que notario fue. Fue a una empresa y allí le hicieron todo, no recuerda si fue al notario. Los 3006'25€ del capital social se lo dejó su padre. No recuerda lo que le costó constituir la sociedad, puede ser que más de 3.000€. Constituyó la empresa por si se podía hacer alguna cosa de lo que él había sido, en lo que saliera. Desde marzo de 2010 no ha hecho ningún proyecto, ni tenido ningún negocio. No ha traspasado la empresa y no ha obtenido ningún beneficio. No tiene más empresas de ésta naturaleza. Vive de su padre, se le terminó el paro y tuvo que dejar el bar porque funcionaba mal. Negó que la empresa se hubiera constituido para importar mercancía comprometida o ilegal. Respecto del contenedor que declaraba como mercancía transportada manparas de ducha dijo no saber nada, ni de la importación, ni de la operación. No sabía a quién le dijo que constituyó la empresa. No se anunció como empresario. No sabía quién pudo utilizar el CIF de su empresa. Un señor, un tal Jose Pablo, fue uno de los que le dijo que podía comprar empresas y le pidió su CIF y el declarante se lo dio. Se le puso de manifiesto que en el Juzgado de Instrucción dijo que fue Jose Pablo. Negó haber llegado a ningún acuerdo con éste señor. Dijo que le dio sus datos por si se podía con ese CIF constituir una empresa. Se enteró de los hechos cuando lo detuvo la policía. Del Sr. Jose Pablo no sabe nada, el nombre porque le sonaba, pero no sabe si es cierto. Negó conocer a la empresa de transportes MODAL CARGO, S.L.. En relación al contenedor MSKU 9366547, no tuvo contacto, negocio, ni comunicación alguna con la empresa transportista. Desconocía que el contenedor fue depositado en un almacén de depósito temporal de Ribarroja del Turia. Negó haber recibido cantidad alguna por éste negocio. Dijo no tener bienes, solo una casa, que heredó de su padre, embargada por deudas con la Seguridad Social, no tenía ahorros, ni cobraba ninguna prestación. Cuando constituyó la sociedad tenía intención de trabajar en ella, aunque no sabía en qué, no era para ningún negocio concreto. No realizó ninguna actividad de importación. No ha mantenido conversación con Inmaculada de la empresa MODAL CARGO, S.L.. No recordaba si requirió la ayuda de alguien para constituir la empresa, dijo que puede que fuera a Augusto, pero no se acordaba. El Sr. Jose Pablo le llamó por teléfono pidiéndole el CIF de su empresa, pensó que era algún conocido, porque tenía su teléfono, no intentó localizarlo cuando resultó imputado. Le fue exhibido el folio 35, autorización de despacho y representación suscrita a favor de EURO ASIA ADUANAS, S.L., donde figuraban sus datos de identidad (nombre, apellidos y DNI) así como los de su empresa EUROPEA ALTERNATIVAS, S.L. y dijo que no sabía como tenían su DNI, y negó que la firma estampada en el documento fuera suya. Se le exhibieron los folios 49, 53 y 57 y no reconoció la rúbrica estampada en los documentos como su firma. Exhibidos los folios 97, 98, 99, 417 y 485 afirmó que esa sí era su firma.



Pero la declaración del acusado resultó fútil, inconsistente, incoherente, absurda, inverosímil, ridícula.

Resulta inconsistente que alguien que termina de quedarse en el paro, sin recibir indemnización por despido, -según afirmó el acusado- y, en consecuencia con escasez de recursos económicos (percibiendo solo la prestación por desempleo) invierta en constituir una empresa, como mínimo 3006€ (en el capital social), más los gastos de la asesoría encargada del trámite, otros 1000€ (según declaración del testigo Augusto) y no supiera para que negocio concreto la constituía, "la creo para trabajar en ella, pero no sabía en que".

Resulta incoherente constituir una empresa, para luego no realizar ningún tipo de actividad (según afirmó) y no obtener beneficio alguno o, como apuntó el Ministerio Fiscal, para dedicarse a la importación de mercancía internacional cuando era camionero y no tenía ni idea de este tipo de negocios.

Incurrió en contradicciones sustanciales que pusieron de manifiesto la falta de seriedad y rigor de su declaración, de por sí increíble. Dijo que no sabía que había empresas que vendían empresas que se enteró en "corrillos" por compañeros de trabajo. Continuando con el interrogatorio, dijo que un tal Sr. Jose Pablo fue el que le dijo que podía comprar empresas constituidas y además le pidió su CIF y él se lo dio. Por lo tanto si antes había afirmado que se enteró por compañeros de trabajo que podía comprar empresas constituidas, no cabe duda que el Sr. Jose Pablo tenía que ser uno de ellos. Se le puso de manifiesto que en el Juzgado de Instrucción facilitó el nombre y los dos apellidos del tal Sr. Jose Pablo , dijo que se trataba de Jose Pablo , entonces manifestó que no sabía nada de éste señor, que le sonaba el nombre pero que no sabía si obedecía a su nombre real. Entonces, el tal Jose Pablo ¿era compañero de trabajo o no lo conocía de nada?

Resulta fútil e inconsistente que no conociera de nada al Sr. Jose Pablo y, sin embargo, éste tuviera el número de teléfono del acusado, y contacta con él a través del móvil para solicitarle el CIF de su empresa. ¿Cómo sabía el Sr. Jose Pablo que el acusado tenía una empresa si el Sr. Feliciano no lo conocía de nada, ni se había anunciado, como empresario en ningún sitio? Resulta totalmente absurdo que, el acusado, según afirmó, pensara que se trataba de un conocido y le facilitara el CIF de su empresa, cuando no sabía quién era su interlocutor, sin hacer preguntas, sin saber el uso que iba a hacer, el desconocido, con los datos de su empresa....etc

En cuanto a las explicaciones que se puedan tachar de absurdas o inverosímiles del inculpado, pueden ser objeto de valoración probatoria y si bien no pueden fundar por sí misma la convicción de culpabilidad como único indicio, sí pueden ser utilizadas, razonablemente, para reforzar la propia cadena de los indicios que conforman la inferencia, sin que ello suponga lesión alguna del derecho fundamental a la no autoincriminación, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 56/96, 24/97 o 61/2005) y el Tribunal Europeo de Derechos humanos (Sentencia de 8 de Febrero de 1996, caso John Murray; de 6-6-2000 caso Averill contra Reino Unido ; sentencia 4-10-2005 caso Shanon contra Reino Unido).

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que el acusado conocía perfectamente a quien identificaba como Jose Pablo , -se trataba de un nombre real o ficticio- y se concertó con éste para constituir la empresa, figurando él como administrador único, como testaferro u hombre de paja, con la única finalidad de facilitar o cooperar en el tráfico ilegal de tabaco u otras sustancias ilegales o prohibidas, a cambio, por supuesto de alguna contraprestación económica, aún cuando dicha circunstancia no ha podido ser acreditada porque el acusado prefirió callar, alegar desconocimiento del asunto y ocultar la identidad de los demás responsables del ilícito penal. Pero si ha quedado acreditado que facilitó sus datos personales (nombre apellidos, DNI) así como los de su empresa (CIF, domicilio social) a Jose Pablo y éste los utilizó para autorizar el despacho de aduanas al transitario EURO ASIA ADUANAS S.L., y los datos de la empresa para realizar la importación. Consta que los mails que se cruzaron entre el destinatario de la mercancía y EURO ASIA ADUANAS S.L. se remitían desde el correo de quien se identificaba como Jose Pablo , aun cuando firmara con el seudónimo de " Moises ", para ocultar su identidad. (folios 40- 41, 58-61).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la autoría se le debe atribuir al acusado al menos en sede de ignorancia deliberada, como apuntó la acusación particular

La STS de 15 de marzo de 2006 aborda la teoría de la ignorancia deliberada en estos términos: "Como dijimos en la STS 33/2005, de 19 de enero , la prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que la convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificarse -salvo improbable confesión- por prueba indirecta.

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de mayo , y se reitera en las de 356/98 de 15 de abril 1637/39 de 10 de enero de 2000 1842/99 de 28 de diciembre , 774/2001 de mayo, 18 de diciembre de 2001 , 1293/2001 de 28 de julio , 157/2003 de 5 de febrero , 198/2003 de 10 de febrero , 1070/2003 de 22 de Julio , 1504/2003 de 25 de febrero y 1595/2003 de 29 de noviembre , entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la



naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se nace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar.

Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en "SSTS 1637/99 de 10 de enero de 2000 , 946/2002 de 22 de mayo , 236/2003 de 17 de febrero , 420/2003 de 20 de marzo , 628/2003 de 30 de abril ó 735/2003 de 29 de mayo »".

De la misma forma la STS de 10 de noviembre de 2006 establece: "En reiterados precedentes hemos declarado que cuando el autor de una conducta ciega voluntariamente sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad, la persona que no quiere conocer voluntariamente el origen de los efectos sobre las que actúa, equivale a afirmar que conoce ese origen delictivo pues con su acto de cegar las fuentes de conocimiento se está representando la posibilidad de la ilegalidad de su actuación y decide seguir actuando".

Aun sin entrar a analizar las pruebas de la acusación que acreditan un conocimiento directo por parte del acusado de los hechos que estaba llevando a cabo, solo con lo analizado hasta ahora su responsabilidad penal como cooperador necesario vendría avalada por la teoría de la ignorancia deliberada.

La prueba de cargo de la participación del acusado en los hechos enjuiciados, no ha sido desvirtuada por la defensa. Así la documental obrante en autos acredita la constitución de la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L., por Feliciano , en fecha 12.03.2010, con domicilio social en la vivienda particular del acusado, con un objeto social que comprendía entre otros, la importación y exportación. Su condición de administrador único. La importación del contenedor MSKU 9366547 que transportaba el tabaco de contrabando por EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L.; la autorización de despacho y representación para realizar las operaciones aduaneras ante la Administración, a favor del Transitario EURO ASIA ADUANAS S.L. aparece suscrita por Feliciano y como apuntó la Abogacía del Estado competía a la defensa acreditar que dicha firma no había sido plasmada por el acusado y nada hizo. Frente a la prueba de cargo articulada por la acusación, el Sr. Feliciano se limitó a negar los hechos y no practicó prueba alguna en su descargo.

Así, dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-01-1991, Pte: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid, que, "si bien como es obvio y se ha dicho reiteradamente la presunción de inocencia produce el efecto de desplazar la carga de la prueba de la culpabilidad hacia la parte acusadora, no menos cierto resulta que acreditado un comportamiento antijurídico corresponda a la parte que trata de justificar su inexistencia la correspondiente al hecho impositivo introducido en el proceso como justificante de aquél".

Como señala la STS de 23 de abril de 2013 , "La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Es cierto que una cosa es el hecho negativo y otra distinta el impositivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación, que la introducción de un hecho, que aún acreditados aquellos impide los efectos punitivos, pues esto debe probado quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el omus probandi de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados los hechos y la participación del acusado, que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquel cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminan la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la culpabilidad por los hechos típicos que se probasen por él cometidos".

Por tanto, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, recae sobre el acusado la carga de probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia (en este sentido STS de 5 de diciembre de 2005).

Conforme a lo expuesto procede concluir dictando sentencia condenando a Feliciano como cooperador necesario del delito de contrabando enjuiciado pues, como apuntó el Ministerio Fiscal, cooperó con actos sin cuya aportación el resultado no se habría producido, como es la constitución de la persona jurídica para llevar a cabo la importación.

Resulta plenamente de aplicación al caso de autos la STS núm. 1336/2002, de 15 julio , que consideró cooperadores necesarios a quienes crearon y aportaron una sociedad inactiva a sabiendas de que iba a ser utilizada como empresa interpuesta para defraudar a la Hacienda Pública, por considerar decisiva su actuación.

Procede igualmente la condena de EUROPEA DE ALTERNATIVAS, S.L. al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal , que fue introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el 23.12.2010.

SEGUNDO.-Solicitó tanto el Ministerio Fiscal, como la Acusación Particular y la Abogacía del Estado, la condena del acusado como autor responsable o cooperador necesario (según el Ministerio Fiscal) de tres delitos contra la Hacienda Pública, previstos y penados en el artículo 305.3 y 1 del Código Penal , en relación con la normativa



complementaria del Código Aduanero Comunitario, aprobado por el Reglamento CE 2913/1992 del Consejo, de 12 de Octubre o alternativamente de los previstos en el artículo 306 del CP, contra los Presupuestos Generales de la Unión Europea.

En primer lugar, advertir que el Reglamento 2913/1992, de la CEE, fue derogado por el Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, aunque, es cierto, que estaba en vigor en el momento de la comisión de los hechos.

El art. 305, entiende que son punibles; por acción u omisión, defraudar a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.

En el caso de autos entiende, tanto la Acusación Pública, como la Acusación Particular y la Abogacía del Estado que el acusado defraudó a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos. Pero procede examinar, si conforme a las legislaciones aplicables, se llevó a cabo el hecho imponible del que nace la obligación de pagar el impuesto.

Según el art. 57 de la Ley de Impuestos Especiales de Labores de Tabaco "no estará sujeta al impuesto la fabricación ni la importación de labores del tabaco que se destruyan bajo el control de la Administración Tributaria, en la forma y con las condiciones que se establezcan reglamentariamente, en el interior de las fábricas y depósitos fiscales".

De un examen de las actuaciones, folio 280, consta que la Administración Tributaria (Ministerio de Economía y Hacienda, Subsecretaría, Comisionado para el Mercado de Tabaco) procedió a la destrucción del tabaco intervenido en las condiciones establecidas legalmente (Ley 13/1998, de 4 de mayo de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, encomienda al Comisionado para el Mercado de Tabaco la función de almacenar y custodiar las labores de tabaco aprehendidas o decomisadas en procedimientos de contrabando y proceder a su destrucción, artículo 5.4º i).

Conforme a lo expuesto, se llega a la conclusión que, las 369.560 cajetillas de tabaco intervenidas en este procedimiento no estarían sujetas al impuesto especial y por lo tanto no se puede hablar de delito contra la Hacienda Pública.

De la misma manera cabría concluir respecto del Impuesto Sobre el Valor Añadido.

La Ley 37/1992, de 28 de Diciembre del Impuesto del Valor Añadido establece en su Artículo 1: El Impuesto sobre el Valor Añadido es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava, en la forma y condiciones previstas en esta Ley, las siguientes operaciones:

- a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales.
- b) Las adquisiciones intracomunitarias de bienes.
- c) Las importaciones de bienes.

Artículo 4 Hecho imponible: 1. Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

Artículo 8 Concepto de entrega de bienes: 1. Se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes.

Y tampoco cabe hablar de entrega de bienes, en este caso, y por lo tanto no se realizó el hecho imponible del IVA. Fueron las autoridades aduaneras quienes autorizaron la entrega vigilada del contenedor hasta las dependencias de A.T. SAROSA LEVANTE, S.L., El mercancía estuvo bajo la permanente vigilancia de los funcionarios de Aduanas que no perdieron en ningún momento el control del cargamento e, iniciada la descarga, y tras verificar que transportaba cajetillas de tabaco, se trasladó hasta los almacenes de LOGISTA S.A., donde quedaron depositadas, procediendo, la Administración Tributaria, un años más tarde, a su destrucción.

En consecuencia la empresa EUROPEA ALTERNATIVA S.L., nunca tuvo a su disposición la mercancía, nunca le fue entregada y por lo tanto no nació la obligación de pagar el IVA y, por consiguiente, no cabe hablar de delito contra la Hacienda Pública.

Cuestión distinta se suscita en relación a la Deuda Aduanera.



El apartado 20 del art. 1 de la referida LO 12/1995, entiende por deuda aduanera, en el capítulo de definiciones legales, " la obligación definida como tal en el apartado 13 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado)". En este último texto -art. 4, apartado 13 - se identifica el concepto de deuda aduanera con " la obligación de una persona de pagar el importe de los derechos de importación o exportación aplicables a mercancías específicas con arreglo a la legislación aduanera vigente. "

De los artículos 38 a 41 del Código Aduanero se desprende que, para que pueda considerarse que una mercancía ha sido introducida de manera regular en el territorio aduanero de la Comunidad, debe, desde su llegada, ser trasladada a una aduana o a una zona franca y ser presentada en aduana. La circunstancia de que algunas mercancías estén ocultas en escondites del vehículo en el que se transportan no tiene por efecto sustraerlas a la citada obligación (sentencia de 4 de marzo de 2004, Viluckas y Jonusas, C-238/02 y C-246/02, Rec. p. I-2141, apartado 22).

Como resulta del artículo 163, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 2454/93, en su versión modificada por el Reglamento n.º 2787/2000, a efectos de la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas, se considera «lugar de introducción en el territorio aduanero de la Comunidad», para las mercancías transportadas por vía marítima, el puerto de descarga..... En consecuencia, la introducción irregular de mercancías se consume desde que pasan la primera oficina aduanera situada en el interior del territorio aduanero de la Comunidad sin que hayan sido presentadas en ella.

"Por consiguiente, debe considerarse que han sido objeto de una «introducción irregular» en ese territorio en el sentido del artículo 202 del Código aduanero las mercancías que, habiendo cruzado la frontera terrestre exterior de la Comunidad, se encuentran en dicho territorio más allá de la primera oficina aduanera, sin haber sido conducidas hasta allí y sin que hayan sido presentadas en aduana, con el resultado de que las autoridades aduaneras no han recibido comunicación del hecho de la introducción de esas mercancías por parte de las personas responsables de la ejecución de esa obligación.

Además, del tenor del artículo 202, apartados 2 y 3, del Código aduanero se desprende que una operación de importación de mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad que se desarrolla en las condiciones descritas en el apartado anterior hace nacer una deuda aduanera a cargo de la persona que haya procedido a tal importación en el momento mismo de la introducción irregular, a saber, el momento en que consta que no se han cumplido las formalidades previstas, en particular, en los apartados 38 a 41 del citado Código. Así, la introducción irregular y el nacimiento de la deuda tienen lugar simultáneamente." En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección 1, en sentencia n.º 646/2014, de fecha 08.10.2014, n.º recurso 261/2014, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de fecha 2 de abril de 2009, número de recurso C-459/2007, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial promovida, al amparo del artículo 234 CE, por el Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Graz (Austria).

Aún cuando en éste caso, si cabría hablar de delito contra la Hacienda Pública, tampoco procede dictar la sentencia condenatoria interesada, pues nos encontraríamos ante un supuesto de concurso de leyes del artículo 8.1ª del Código Penal.

Sobre este extremo cabe destacar la doctrina establecida en la sentencia de 28-3-2001 (caso Urralburu), que estimaba, que si bien debe mantenerse que la presunta ilicitud de la procedencia de los bienes no exime del delito fiscal, y que no existe incompatibilidad entre la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas por delitos fiscales deducidas de incrementos patrimoniales derivados de una pluralidad de fuentes, incluidos los beneficios indirectos de los referidos actos delictivos, no sucede lo mismo cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.- En consecuencia, y para concretar la doctrina expuesta, ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (art. 8 Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos:

1º) Que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (sentencia 1493/99 de 21 de diciembre, caso Roldán).-



2º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (sentencia de 7 de Julio de 1996, núm. 649/1996, caso "Nécora ", fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque ("por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación"). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador.-

3º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

En el caso actual es claro que concurren dichas circunstancias y el concurso de leyes debe resolverse sobre la base del principio de especialidad, siendo el tipo especial el de contrabando.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL del artículo 274. 2 Código Penal .

Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4, de fecha 21.09.2009, nº 534/09, nº de Recurso 534/09 " El delito cuya comisión se imputa, previsto y penado en el art. 274 del Código penal está encuadrado dentro de los delitos relativos a la propiedad industrial, siendo el bien jurídico protegido el derecho exclusivo de uso del titular de la marca debidamente registrada, aunque indirectamente se amparen los derechos de los consumidores, al evitarse así que puedan verse defraudados por las adquisiciones de productos falsificados que realicen en la creencia de que son legítimos, en el supuesto de que el consumidor adquirente del producto falsificado lo haya comprado desconociendo su falsedad y resulte perjudicado por la baja calidad del producto, si no guarda consonancia con el precio abonado.

Este delito requiere los siguientes requisitos: a.). La existencia de una serie de productos, servicios, actividades o establecimientos que el derecho de propiedad industrial permita su registro y efectivamente lo estén por quienes se arrogan su titularidad; b.). Que tales productos se encuentren reproducidos, imitados, modificados o de cualquier forma desvirtuados, que con ello se conculquen los derechos de propiedad industrial; c.). Que tales se realicen con fines industriales o comerciales, sin el consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, lo que constituye el elemento normativo del tipo; d.). Que el sujeto activo, ya sea quien lo fabrique o realice o quien los posea para su comercialización o los ponga en el comercio, lo haga a sabiendas de tal falsedad y de la ausencia de consentimiento del titular registral, lo que entraña el elemento subjetivo del tipo, que sólo puede ser intencional o doloso y que además requiere perjuicio real o intentado derivado del uso, fabricación o ejecución de las marcas por persona distinta de su titular, obtenido mediante generación de confusión en los consumidores, que en el aspecto subjetivo requiere un dolo específico, pues la notoriedad de la marca incide en la imposibilidad de confusión por venderse sólo en tiendas autorizadas, mientras que la condición de profesional de la venta en mercadillos de la recurrente no incorpora la necesidad de conocimiento de esta determinada marca, siendo extraordinariamente ardua la tarea de determinar este elemento intencional, y máxime ante la inexistencia de requerimiento previo alguno, con lo cual el desconocimiento no queda desvirtuado ni siquiera por la aprehensión de género en depósito a la recurrente, vendedora ambulante, como práctica habitual en el sector; e). En cuanto a la antijuricidad, que la titularidad -en este caso del signo distintivo- se encuentre protegida por la previa inscripción registral; f.) respecto a la culpabilidad, no solamente es preciso el dolo genérico sobre la acción realizada, sino el específico de tener intención o ánimo defraudatorio, al exigir el tipo penal el ánimo de perpetrar un perjuicio"

No se ha discutido que el contenedor MSKU -9366547-, cuya destinataria era la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS, S.L., transportaba 369.560 cajetillas todas ellas de la marca MALBORO, sin las precintas reglamentarias que acreditasen su comercialización en España y con las leyendas sanitarias en inglés.

Extremo que quedó debidamente acreditado con la documental obrante en autos, folio 34, diligencia de recuento ratificada en el acto del Juicio Oral, por D. Valentín y por el Funcionario del Área Regional Operativa de Aduanas e II.EE. de Valencia con NUMA NUM002 y documental folios 62-67.

Tampoco se ha discutido que el tabaco intervenido no había sido fabricado por el titular de la marca Philip Morris Internacional, ni por empresas autorizadas para ello, tratándose de productos falsificados. En cualquier caso, esta circunstancia quedó debidamente acreditada con el informe emitido por el Grupo de Seguridad e Inteligencia de Philip Morris Internacional, ratificado en el acto del Plenario por su legal representante D. Leandro y que no fue impugnado.



Por lo expuesto, ante la ausencia de autorización por parte de la titular de la marca para fabricar su producto y, acreditada la importación estamos en sede de un delito contra la propiedad industrial, por lo que procede dictar la sentencia condenatoria interesada."

En contra de lo que se alega en el recurso la valoración de la prueba producida, desde las facultades y los límites que ofrece esta segunda instancia, permite afirmar, por un lado, su suficiencia y, por otro, la racionalidad valorativa de la Jueza a la hora de justificar su conclusión fáctica.

En realidad no se discuten los hechos en si (que son relatados al inicio del fundamento primero transcrito junto con la prueba de los mismos), sino la autoría del acusado, y consiguientemente la declaración de responsabilidad civil.

La esencia del recurso radica en el cuestionamiento de la autoría del acusado. El fundamento de la atribución de la misma se halla en el apartado "Participación..." (transcrito). En el mismo se recogen las manifestaciones del acusado. El acusado negó su participación, no sabía como tenían sus datos (nombre, apellidos, DNI) y los dela empresa, tampoco reconoció su firma en los documentos que se le exhibieron, y se refirió a un tal Sr Jose Pablo como alguien que le pido el CIF de al empresa.

La Jueza rechaza sus manifestaciones:

- 1.- No es creible que alguien que se acaba de quedar en el paro constituya una empresa y se gaste alrededor de 4000 euros, sin saber para que.
- 2.- No es razonable que la empresa tenga por objeto la importación de mercancía internacional, si desconocía ese tipo de actividad económica.
- 3.- Considera poco consistentes las manifestaciones relativas a que se enteró en "corrillos" de la existencia de empresas que vendían empresas, así como las relativas al Sr. Jose Pablo , pues éste tenía que tener su teléfono y que era titular de una empresa (además algún conocimiento del mismo debía de tener el acusado - si su relato fuera cierto- para de ese modo darle la información al Sr Jose Pablo).

Por eso concluye que: *" Conforme a lo expuesto, no cabe duda que el acusado conocía perfectamente a quien identificaba como Jose Pablo , -se tratara de un nombre real o ficticio- y se concertó con éste para constituir la empresa, figurando él como administrador único, como testaferro u hombre de paja, con la única finalidad de facilitar o cooperar en el tráfico ilegal de tabaco u otras sustancias ilegales o prohibidas, a cambio, por supuesto de alguna contraprestación económica, aún cuando dicha circunstancia no ha podido ser acreditada porque el acusado prefirió callar, alegar desconocimiento del asunto y ocultar la identidad de los demás responsables del ilícito penal. Pero si ha quedado acreditado que facilitó sus datos personales (nombre apellidos, DNI) así como los de su empresa (CIF, domicilio social) a Jose Pablo y éste los utilizó para autorizar el despacho de aduanas al transitario EURO ASIA ADUANAS S.L., y los datos de la empresa para realizar la importación. Consta que los mails que se cruzaron entre el destinatario de la mercancía y EURO ASIA ADUANAS S.L. se remitían desde el correo de quien se identificaba como Jose Pablo , aun cuando firmara con el seudónimo de " Moises " , para ocultar su identidad. (folios 40-41, 58-61)."*

Y que *"La prueba de cargo de la participación del acusado en los hechos enjuiciados, no ha sido desvirtuada por la defensa. Así la documental obrante en autos acredita la constitución de la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L., por Feliciano , en fecha 12.03.2010, con domicilio social en la vivienda particular del acusado, con un objeto social que comprendía entre otros, la importación y exportación. Su condición de administrador único. La importación del contenedor MSKU 9366547 que transportaba el tabaco de contrabando por EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L.; la autorización de despacho y representación para realizar las operaciones aduaneras ante la Administración, a favor del Transitario EURO ASIA ADUANAS S.L. aparece suscrita por Feliciano y como apuntó la Abogacía del Estado competía a la defensa acreditar que dicha firma no había sido plasmada por el acusado y nada hizo. Frente a la prueba de cargo articulada por la acusación, el Sr. Feliciano se limitó a negar los hechos y no practicó prueba alguna en su descargo."*

Entendemos que en la acción realizada se pone de manifiesto un compromiso de actuar del autor. Frente a las evidencias aportadas por la acusación, salvo sus manifestaciones, ninguna prueba se indica en el recurso que permita afirmar que estas merecen ser atendidas.

No es razonable que se remita esa mercancía de ese modo con absoluto desconocimiento de la empresa recurrente y del acusado. Y es que.

- 1.- No es suficiente en estas circunstancias negar simplemente que la firma de los documentos sea la del acusado (alguien puede firmar de diferentes modos) sin solicitar que se efectúe pericial alguna.



2.- Consta, folio 18 (relación con 485), que en el domicilio de la Calle Alcalde Cano (folio 487), se recibieron cartas dirigidas a la empresa recurrente, y se adjuntan varias procedentes de Maersk Line (folio 101 y ss). Allí figura como lugar "receipt" Xiamen y "delivery" Valencia, y el barco/viaje Maren Maersk/1008. Es que, es razonable que si aparece el domicilio de la empresa recurrente, a la misma (y por tanto al acusado) es también razonable que se le remita información (lo que no es compatible con el desconocimiento)

3.- El Sr Augusto manifestó que el Sr Feliciano le requirió para que se constituyera una sociedad (folio 130).

Por ello, visto lo expuesto en la sentencia de instancia y la conducta del acusado, a partir de las propias reglas que regulan la acción podemos afirmar el compromiso con el resultado del acusado. Desde esa perspectiva las máximas de experiencia y de racionalidad sobre las que se funda la convicción se presentan inobjetable. Y es que, la conclusividad del razonamiento inferencial no se estima analizando individualmente cada inferencia (salvo en caso de las inferencias "necesarias") sino situando a todas ellas en su recíproca interconexión (pues la conclusividad de una inferencia se atenúa o se refuerza en función del cuadro probatorio de referencia. En ese sentido, debe resaltarse la improcedencia de fragmentar los resultados probatorios (STC 105/1983 de 23.11 y STC 20/1987 de 19.2 , en un sentido similar SSTC 181/1998 de 17.9 y 41/198 de 24.2) .

El TC ha considerado suficientes los indicios en STC 73/2007 de 16.4 respecto de los elementos subjetivos del delito de estafa, en la STC 300/2005 de 21.11 en un caso de robo y hurto rechaza otorgar el amparo pues resulta conforme a las reglas de la lógica concluir a partir de los indicios declarados probados y dado el tiempo transcurrido entre la sustracción del vehículo y su interceptación policial, habida cuenta de los cambios llevados a cabo en sus elementos identificativos, la participación del demandante de amparo en los hechos por los que ha sido condenado, en otra sentencia el TC *ha señalado que en un supuesto de sustracción de vehículos, el hecho de conducirlo, junto a otros factores -conexión temporal y otros datos- puede permitir atribuir la autoría - STC 44/2000 de 14.2.2000 Sala I*, también rechazó otorgar el amparo en la STC 263/2005 de 24.10 en un caso de pertenencia a banda armada y tenencia ilícita de armas. Del mismo modo se denegó el amparo en la STC 170/2005 de 20.06 , en un delito de apropiación indebida respecto del ánimo del acusado, afirmando: *" el transcurso de más de cuatro años desde el cobro de las cantidades sin haber realizado ninguna entrega de dinero a su propietario, ni haberlo consignado, ni siquiera después de conocer la denuncia formulada contra él; la desaparición de la empresa del acusado sin dar razón de su paradero a las entidades acreedoras y la inexistencia de una explicación alternativa suficientemente sólida que justifique la actuación del recurrente, dado que la alegada falta de liquidación --como destaca la Audiencia Provincial-- carece de relevancia en un caso como éste en el que cualquiera que fuera el resultado de la liquidación arrojaría siempre un saldo favorable para la entidad querellante (futilidad del relato alternativo que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, pero sí servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad: por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3) son datos suficientemente concluyentes a partir de los cuales se puede lógicamente inferir el ánimo de apropiación del dinero, por lo que la conclusión del Tribunal sentenciador no resulta excesivamente abierta o indeterminada."*. Véase también la STC 256/1998 de 21.12 .

A ello debe sumarse que, de acuerdo con la STC 22.7.2002 la jurisprudencia constitucional, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH de 8 de febrero de 1996, caso Murray contra Reino Unido , ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6, se dijo que "so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes"; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio , FJ 5, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, se afirma que "según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones (o su futilidad podría añadirse, a lo señalado por el TC pues tiene el mismo sentido atendiendo a la sentencia anteriormente citada) acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria".

No ha existido ninguna de las infracciones alegadas, en especial, infracción alguna del principio de presunción de inocencia, por lo que la sentencia debe ser confirmada.

Por ello debe rechazarse el recurso y es razonable la valoración que aparece en la sentencia

Por ello, la actividad acreditativa plenaria desde la perspectiva de la segunda instancia tiene suficiente entidad para considerar que se ha enervado de forma respetuosa con la Constitución el principio de presunción de inocencia del recurrente,



SEXTO.- No se considera procedente hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia,

ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Europea de Alternativas SL.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el termino de cinco días a contar desde su notificación.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su ejecución.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDO