



Roj: **SAP GC 61/2018 - ECLI: ES:APGC:2018:61**

Id Cendoj: **35016370012018100048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2018**

Nº de Recurso: **691/2017**

Nº de Resolución: **49/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 30

Fax: 928 42 97 76

Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelación sentencia delito

Nº Rollo: 0000691/2017

NIG: 3501643220140036039

Resolución: Sentencia 000049/2018

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000096/2016-00

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Encausado Alexander Jose Gerardo Ruiz Pasquau Maria Sonia Ortega Jimenez

Encausado HORPROCON CANARIAS S.L. Eligio Hernandez Gutierrez Francisco Ojeda Rodriguez

Apelante Antonio Eligio Hernandez Gutierrez Francisco Ojeda Rodriguez

Apelante Cirilo Eligio Hernandez Gutierrez Francisco Ojeda Rodriguez

Acusador particular Comunidad Autónoma de Canarias Serv. Jurídico CAC LP

SENTENCIA

Lmos. Sres:

Presidente:

Don Miguel Ángel Parramón i Bregolat

Magistrados:

Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, (Ponente)

Don Secundino Alemán Almeida

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de Febrero de 2018.



Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, Sección Primera, los presentes autos del Procedimiento Abreviado más arriba referenciado, procedentes del Juzgado de lo Penal Número Uno de Las Palmas, por delito de Contrabando de Tabaco, contra Cirilo , Antonio y Horprocon Canarias SL, (apelantes), representados por el Procurador Don Francisco Ojeda Rodríguez y defendidos por el Abogado Don Eligio Hernández Gutiérrez, siendo parte como acusación pública el Ministerio Fiscal y como acusación particular la Comunidad Autónoma de Canarias, (apelados), y pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por los acusados mencionados, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro Joaquín Herrera Puentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 20 de abril de 2017 , con el siguiente fallo: QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Cirilo y Antonio , como autores penalmente responsables de un delito continuado de contrabando, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena cada uno de cuatro años y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa por importe de 8.420.200 euros, debiendo indemnizar conjunta y solidariamente junto con la entidad Horpocron Canarias S. L. a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Comunidad Autónoma de Canarias en la cuantía en que se determinen en ejecución de sentencia los impuestos dejados de percibir por estas, cantidad que una vez determinada devengará el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo dispuesto en el artículo 576.1 de la Lec , así como a la entidad Dos Santos en la cantidad de 258.026,51 euros, así como al abono por mitad de las costas de este procedimiento. Se impone a la entidad Horpocron Canarias S. L. multa por importe de 8.420.200 euros, prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales por un plazo de dos años, así como suspensión por un periodo de un año y seis meses de las actividades de exportación, importación o comercio de labores de tabaco así como clausura de de locales o establecimientos donde se realice el comercio.

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso por los acusados recurso de apelación, con las alegaciones que constan en el escrito presentado, sin proponer nuevas pruebas, y, dado traslado a las demás partes, se presentó escrito por el Ministerio Fiscal de impugnación con las alegaciones que constan en el mismo. Elevados los autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre la celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de prueba propuesta. No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos pendientes deliberación, votación y fallo y de dictar la correspondiente sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia de instancia, con las modificaciones que se señalan, quedando los mismos como siguen:

De la prueba practicada en el acto de la vista ha quedado acreditado que durante el año 2.011, los acusados Cirilo , mayor de edad por cuanto nacido el NUM000 de 1.950, con DNI número NUM001 , y sin antecedentes penales computables, y Antonio , mayor de edad, nacido el NUM002 de 1959, con DNI número NUM003 , y con antecedentes penales al haber sido ejecutoriamente condenado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia declarada firme el 19 de diciembre de 2.013 dictada en la causa 1214/2012, ejec. 39/2014, a la pena de once meses de prisión y multa de 800.000 euros como autor de un delito de contrabando, actuando de común acuerdo, se concertaron para obtener de la entidad mercantil Dos Santos SAU, tabaco sin abonar los correspondientes tributos del Impuesto General Indirecto e Impuesto sobre Labores de Tabaco.

Para ello adquirieron a través de la sociedad Horprocon Canarias SL de la que era administrador único el acusado Cirilo , diferentes marcas de cigarrillos manifestando estar autorizados para realizar actividades como proveedores de buques, sin haber obtenido la pertinente licencia que otorga la Autoridad Portuaria, y sin que realizaran tampoco las correspondientes declaraciones de exportación que deben amparar las provisiones a buques.

La compra como provisionistas permitió a los acusados eludir el correspondiente devengo de los impuestos (IGIC e ILT), al beneficiarse de la exención de impuestos que ampara a los provisionistas de buques.



Las compras de tabaco realizadas por Horprocon Canarias SL a Dos Santos SAU fueron las siguientes: 3 de febrero 2011 por importe de 26.935,20 €, 8 de febrero de 2011 por importe de 76.316,40 €, 9 de febrero de 2011 por importe de 18.705 €, 28 de febrero de 2011 por importe de 67.338 €, 2 de marzo de 2011 por importe de 49.381,20 €, 16 de marzo de 2011 por importe de 93.525 €, 21 de marzo de 2011 por importe de 93.525 € 29 de marzo de 2011 por importe de 74.820 €, 31 de marzo de 2011 por importe de 4.489,20 €.

El total de las compras de tabaco referidas alcanzan los 505.035 euros.

Los acusados no han estado privados de libertad por esta causa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por los acusados se sustenta en los siguiente motivos:

1º.- Nulidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, (art. 24 de la CE). En tal sentido se refiere al cambio de calificación jurídica llevado a cabo por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio.

2º.- Error en la apreciación de la prueba, entiende a este respecto que se han omitido hechos probados de los que se derivan datos fácticos relevantes que no han sido tenidos en cuenta, cuestione la conclusión relativa a a que los acusados se hiciesen pasar por proveedores de tabaco a buques a través de Horporcon SL y además entiende que no se ha probado que tal empresa haya percibido el precio de la compraventa del tabaco, habiendo solo percibido una comisión por su actuación.

En el mismo sentido pone de relieve algunas declaraciones testificales con el fin de dar solvencia a su percepción y poner en entredicho la recogida en la sentencia recurrida.

3º.- No se hace una tipificación correcta del delito del art. 2.2 b de la LO 12/1995 , de represión del contrabando. La sentencia no analiza que en este concreto caso el tabaco sea género estancado, ni que se hayan ejecutado en la islas y en relación a las operaciones comerciales que se concretan actuaciones clandestinas.

El Ministerio fiscal se opone al recurso y a este respecto señala sucintamente lo que sigue:

1º.- El Ministerio Fiscal al inicio del juicio, y antes de iniciarse la práctica de la prueba, hace una modificación de la calificación jurídica, dentro de los parámetros legales establecidos en la Ley de Represión del Contrabando. Al final en el trámite de conclusiones definitivas solo hace una variación para acortar y concretar los hechos objeto de acusación, sin que se introdujesen nuevos hechos.

2º.- la valoración judicial de la prueba es correcta y en ella se hace una correcta aplicación de tipo penal en el que cabe incardinar los hechos acreditados y de los que derivan la responsabilidad penal de los acusados.

SEGUNDO.- En cuanto al primer extremo objeto del recurso, cabe señalar que por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación primero, calificó los hechos en cuestión como delito continuado de contrabando, previsto y penado en los arts 2 apartado 1b), 3 b) y apartado 6 de la LO 12/1995, de 12 de Diciembre , de represión del contrabando, considerando autores de los mismos a Cirilo , Antonio , Alexander , (art 28 C. Penal), y a la entidad mercantil Horporcron Canarias SL, (art. 31 bis C. Penal). Se ha de tener presente que el Sr. Alexander durante la sustanciación de la causa falleció y por ende su posible responsabilidad penal quedó extinguida. También conviene decir que los referidos preceptos legales específicos de la Ley Contrabando hacen alusión a: 1º.- la ejecución de operaciones, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio, sin hacer cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su importación, exigiéndose en tal caso que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, (art. 2.1 b de la Ley orgánica 12/1995); y 2º.- para a continuación referirse al precepto específico que alude a las operaciones comerciales cuando se trate de labores de tabaco, estableciéndose en este caso el límite que abre la vía penal en un valor igual o superior a los 15.000 euros, (art. 2.3 b de la ley orgánica 12/1995).

Iniciado el acto del juicio, cuando se da la palabra al Ministerio Fiscal por primera vez, hace una modificación de esa calificación jurídica y suprime la alusión al art. 2.1 b) para en su lugar hacer mención al 2.2.b), al entender que el tabaco es un género estancado y por ende escapa de las previsiones del art. 2.1 b) y así considera más adecuada esa nueva referencia legal. Igualmente alude a los arts 3, (penalidad), y 4 (responsabilidad civil) de la meritada ley y extiende la pena interesada a la entidad mercantil a lo dispuesto en el art. 3.3 b) de la LO 12/1995 . Hecho ese cambio y complemento se inició la declaración de los acusados y la práctica de la prueba, sin que la defensa hiciese alegación alguna en torno a la producción de una posible merma de su derecho a la defensa por tal actuación. Además, conviene ya apuntar que esa variación en modo alguno es significativa. Los hechos punibles objeto de acusación se mantienen intactos y la referida variación en nada afecta al tipo de delito objeto de enjuiciamiento, la mínima novedad que se introduce es la que lleva a la consideración del tabaco en las operaciones realizadas en canarias como bien estancado. No obstante, cabe ya decir que esta



apreciación carece incluso de relevancia, pues las labores del tabaco tienen un tratamiento específico en el art. 2.3 b), antes mencionado y al cual se alude ya en la primera calificación. Por otro lado, no se debe obviar que la petición de responsabilidad penal a la mercantil ya se había formalizado y la extensión complementaria que el inicio del juicio se hace entra dentro de la lógica punitiva y, por supuesto, deja abierta las puertas para a tal fin desarrollar y ejecutar una defensa plena y no limitada. Más aún, cuando nada al respecto se dice por el abogado de la defensa, una vez que en el juicio se le concede la palabra en el trámite de cuestiones previas.

Finalmente, cabe señalar que el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, y como consecuencia de la valoración que tal parte hace de la prueba practicada, sin introducir ningún hecho nuevo, acota la base fáctica en la que se apoya y la misma la ciñe a las operaciones de compra de tabaco realizadas por Horprocon Canarias SL a la empresa Dos Santos SAU, que van del 3 de febrero al 31 de marzo de 2011 y suman un total de 505.035 euros. Esta concreción obviamente no afecta al derecho de defensa de los acusados, al contrario, minimiza su actuación al reducir el número de concretas operaciones mercantiles de compraventa efectuadas. Otra cosa es la introducción en ese momento procesal de un nuevo pedimento de responsabilidad civil por el que se pretende que se extienda el concepto de perjudicado, a parte de la Hacienda Pública Canaria, a la mercantil Dos Santos SAU y en tal sentido se establezca a su favor una indemnización de 258.026,51 euros. Cuestión esta última que se introduce de manera sorpresiva y sobre la que ya no puede ejercer un derecho de defensa pleno el abogado de los acusados, quien se ve limitado solo a contrarrestarla vía informe y sin posibilidad de proyectar sobre ella ningún tipo de defensa directa y material. Por tal motivo, esta Sala considera que tal cuestión debió quedar fuera de esta litis y por extensión de la sentencia donde no debió introducirse, por más que se quiera conectar con una regularización tributaria conectada con las labores del tabaco y con operaciones objeto de acusación. Ello es así ya que la defensa no ha tenido ocasión de combatirla adecuadamente. Otra cosa es que la citada mercantil pueda en su caso repercutir ese pago a la Hacienda Pública competente contra los acusados, pero ha de hacerlo fuera de este procedimiento y de la vía penal.

En apoyo de lo dicho hasta aquí, cabe traer a colación la STS 706/2012, de 24 de septiembre, y de cuyo fundamento segundo se extrae lo que sigue: "...el Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. Asimismo ha precisado que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos. El debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F.J. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F.J. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F.J. 5). Principio acusatorio y derecho a la defensa están estrechamente entrelazados. Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica, (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F.J. 2; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3); de manera que <<nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F.J. 3; 95/1995, de 19 de junio, F.J. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F.J. 4; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3). Ese derecho prohíbe que en la sentencia se introduzcan sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que la defensa no haya tenido ocasión de rebatir...."

Por otro lado, y con el fin de justificar la homogeneidad del mínimo e intrascendente, (a los efectos del derecho de defensa), cambio de calificación jurídica ejercida al inicio del juicio, no se debe perder de vista lo que dice la citada STS en ese mismo fundamento ..La homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del titulus condemnationis implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando in casu se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas. Y, cierto es, que no hay en la variación hecha por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio, nada que haya podido resultar sorpresivo para la defensa, ni que pueda considerarse de relevancia para considerar que ha podido haber una merma en el derecho de defensa.



Dicho cuanto antecede, y para concluir este apartado, referir parte del fundamento de derecho 18ª de la STC 278/2000, de 27 de Noviembre : "Según hemos reiterado (últimamente en la STC 19/2000, de 31 de enero , F.J. 4), el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24.2 de la Constitución Española y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa (por todas, STC 17/1988 , F.J. 5), lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria, compuesta tanto por los hechos considerados punibles, como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso -ni objeto por lo tanto de acusación-... Y continua "Ahora bien, también hemos destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación, (STC 225/1997 , ya citada, F.J.4 y ATC 36/1996, de 12 de febrero , F.J. 4). Por ello en algunas ocasiones nos hemos pronunciado sobre la mayor o menor vaguedad o imprecisión de los hechos incluidos por las acusaciones en la calificación definitiva, (STC 20/1982, de 10 de marzo , F.J. 1) o sobre la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible, que no produce una alteración esencial en los términos del debate (STC 14/1999, de 22 de febrero , F.J. 8)". Y en este caso los acusados han tenido la posibilidad de ejercitar de manera plena su derecho de defensa frente a la contenido fáctico y jurídico de la acusación formulada, salvo respecto ese hecho y cuestión sobre la extensión de ella responsabilidad civil que la acusación introduce de manera extemporánea y sobre la cual, como se ha puesto de relieve, no ha sido posible ejercitarlo, la cual por tanto debió necesariamente quedar fuera del análisis en la sentencia.

TERCERO.- Entrando en el segundo de los motivos, (error en la valoración de la prueba), cabe resaltar, en primer lugar y con carácter genérico, el contenido de la STS, Sala 2ª, de 24 de Febrero del año 2009 , (número 139/2009), en cuyo fundamento tercero se recoge lo que sigue: . el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que como declara la STC 189/98, de 28 de Septiembre , "solo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de aquella valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce a la prueba del hecho probado". Así pues, y como bien resume la STS, Sala 2ª, de 25 de Noviembre de 2.008 , (número 745/2008), cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia la labor del órgano ad quem queda delimitada por tres aspectos: 1º.- La comprobación si el juez de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar el pronunciamiento condenatorio recurrido. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en exclusiva a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. 2º.- La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría invalidas a efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la ley. 3º.- Constatación de racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por el Tribunal Sentenciador.

Por otro lado, debe recordarse que es pacífica la Jurisprudencia en el sentido de que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la instancia, en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez en cuya presencia se practicaron, siendo este juzgador y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de las pruebas y de valorar correctamente su resultado. Por ello, para que el Tribunal de la segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos:

-inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.



-Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.

-O cuando haya sido desvirtuado por probanzas practicadas en segunda instancia.

Sentado lo anterior, no se debe perder de vista que la Jueza a quo apoya su sentencia condenatoria en la prueba de cargo de practicada, resaltando por su importancia el testimonio emitido por el funcionario de vigilancia aduanera, así como el dado por el director financiero de la entidad mercantil a la que los acusados hacían las compras de tabaco, sin olvidar la documental que se detalla en la resolución de instancia que se recurre. Es claro, por tanto que ambos acusados, de común acuerdo, hicieron, a través de la sociedad de la que uno de ellos administrador único, compra de tabaco, sin hacerse cargo del IGIG ni del impuesto que grava según la legislación canaria las labores del tabaco. Ello lo hacían como proveedores de buque sin haber obtenido la correspondiente licencia de la autoridad portuaria y además simulando facturaciones con una empresa neozelandesa que dejó de estar activa en el año 2006.

La parte apelante pretende en su recurso desmerecer la citada valoración de la prueba, pero a este respecto lo único que aporta son alegaciones subjetivas y exentas del necesario respaldo probatorio. Trata de justificar la actuación de los acusados amparándose en una labor mediadora con la empresa tabaquera Dos Santos, a la que achaca la venta de la mercancía y cierto es que esta última es la que vende pero no a terceros sino a la entidad mercantil que les indica los acusados y de la que uno de ellos es administrador. Además, tratan de hacer uso de una condición administrativa que no ostentan, (proveedores de buque), para así evitar el elevado coste tributario que de tales operaciones derivan, simulando tal fin provisiones de tabaco hechas a terceros en una supuesta condición de proveedores de buques que no ostentan. Finalmente, trata sin éxito de desmerecer el contenido de la testifical del funcionario de vigilancia aduanera y del director financiero de la empresa Dos Santos SAU. Así pues, y siguiendo lo marcado en STS 732/2006 de 3 de Julio "...no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el Tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediatez, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto de las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración a su presencia....se mantiene en parámetros objetivamente aceptables....", no cabe más que considerar que la prueba en la que se sustenta el pronunciamiento en primera instancia es suficiente como prueba de cargo y que además ha sido valorada correctamente, sin que conste error en su apreciación, ni que ésta se ha hecho de manera incoherente o ilógica, quedando en definitiva con ella desvirtuada la verdad interina de la que esta revestida la presunción iuris tantum de inocencia, significando que la prueba de descargo al respecto es mínima y carente de relevancia. Los acusados se limitan a negar los hechos y a lo más a destacar como máximo responsable del modo de proceder resaltado al acusado que falleció antes del juicio.

No obstante lo expuesto, y para evitar equívocos, si es conveniente destacar que la Magistrada-Juez de lo penal en su relato fáctico incluye operaciones de compra de tabaco con dos empresas Dos Santos SAU, las cuales luego concreta y detalla, ascendiendo el importe de las todas ellas a 505.035 euros, y también con otra empresa Proyectos Actuales Series SL, resaltando respecto a esta última que no concreta las operaciones y que además la misma fue excluida por el Ministerio Fiscal en su definitiva concreción de los hechos en el trámite de conclusiones definitivas. Por tal motivo, se ha corregido en esta alzada el alcance del relato de hechos probados.

CUARTO.- En el último punto del recurso cuestiona ala apelante la tipificación jurídica que se hacen de los hechos.

En relación a este punto se ha de empezar destacando el apartado 11 del art. 1 de la ley orgánica 12/1995 , precepto que forma parte del Título Preliminar y que se dedica en su totalidad a dar una serie de definiciones sobre diferentes conceptos a efectos meramente normativos, señala, (y señalaba en igual medida antes de su última reforma), que por géneros o efectos estancados se han de considerar los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que la ley.

Dicho esto, hay que tener presente que, eso sí con algunas peculiaridades, Canarias forma parte del territorio aduanero de la Unión Europea desde el 1 de julio de 1991. Por tanto, es aplicable en tal territorio la LO 12/1995. De hecho, tal Ley también lo es en Ceuta y Melilla que no forman parte del territorio aduanero de la UE. Por otra parte, sabido es que el monopolio de la venta minorista de labores del tabaco, (única actividad relativa a éstas que se mantiene hoy día monopolizada). no alcanza a Canarias. Ahora bien, no se debe obviar que la citada norma atribuye a las labores del tabaco la condición de "género estancado" directamente, sin atender a que determinadas actividades respecto de las mismas pudieran o no estar monopolizadas. Precisamente por ello las labores del tabaco son también "género estancado" en Canarias con independencia de que en estos



lares no rija el monopolio de la venta al por menor. En la misma medida, el delito o infracción administrativa de contrabando tipificado en el art. 2.2 b), (antes de la reforma se correspondía con el 2.1.d), eso sí en relación con el art. 2.3 b), es susceptible de ser cometido en Canarias cuando las operaciones contempladas en el mismo se refieren a labores del tabaco.

El artículo 2.1.d de la mencionada Ley penal especial establecía que cometerían delito de contrabando los que realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes; y si bien la conducta sólo resultaba punible, (2.1.d). cuando viniera referida a bienes o mercancías que tuvieran un valor igual o superior a 3.000.000 de pesetas, (18.030 euros), en los supuestos en los que la acción recayera sobre labores de tabaco la conducta resultaba punible siempre que el importe de la mercancía alcanzara un valor de 1.000.000 de pesetas, (6.010 euros). Esta previsión sancionadora se ha mantenido tras la reforma de la norma penal especial operada por Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio que, pese a reformular la tipificación de estas conductas, sigue sancionando en el actual artículo 2.2.b a quienes realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de...géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes, siempre que -para los supuestos en los que consista en labores de tabaco, el valor de la mercancía sea superior a los 15.000 euros, (artículo 2.3.b).

Ahondando en el tema resulta de interés la STS 619/2016, de 12 de Julio , en especial su fundamento tercero, en el que se dice:

Nuestro Código Penal no incluye en su redactado los delitos de contrabando, que se regulan a través de una ley penal especial, cual es la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. La ley, como se indicaba en su exposición de motivos, vino a revisar la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio, para contemplar una serie de aspectos que el legislador consideró entonces ineludibles, de entre los que destaca que la nueva norma: 1) Actualizó el límite cuantitativo que permitía deslindar el delito, de la infracción administrativa; un importe que fue nuevamente reformado con ocasión de la redacción dada a la Ley de represión del contrabando por L.O. 6/2011, de 30 de junio y que constituye el actualmente vigente. 2) Incluyó como operaciones ilícitas las que se realizaran con especies de flora y fauna amenazadas de extinción, así como las relativas a los precursores de drogas. 3) Colmaba algunas lagunas de punición que se habían puesto de manifiesto en la ley de 1982 y 4) Adaptaba la normativa española no sólo a la situación derivada de la configuración de la Unión Europea como un mercado interior, sino -y se indicaba expresamente en la exposición de motivos- a la nueva situación producida tras la incorporación de la Comunidad Autónoma Canaria al territorio aduanero comunitario, no obstante no formar parte del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Novedad importante respecto de la legislación anterior, fue también la introducción de un título preliminar, (integrado sólo por el artículo 1 de la Ley), en el que se fija la definición o interpretación auténtica de diferentes conceptos normativos que a la materia se refieren. En su redacción originaria, la Ley Orgánica 12/1995 , (texto vigente cuando los hechos enjuiciados se perpetraron), contempló el concepto que aquí interesa y estableció que se entenderá por Géneros o efectos estancados: "Los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición".

Debe observarse así que las labores de tabaco integran el concepto de género estancado por sí mismas, con independencia de cual sea el territorio desde el que se aborde su importación y con independencia también del régimen monopolístico o libre al que pueda someterse su elaboración o comercio. De este modo, la exposición de motivos de la LO 12/1.995, de represión del contrabando, expresamente indicaba que "El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin, se considerarán géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores del tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias".

Es cierto que la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y la prohibición de monopolios establecida en los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma, determinaron la promulgación de la vigente Ley 13/1998, de 4 de mayo , de ordenación del mercado de tabaco y normativa tributaria, que la sentencia de instancia invoca, así como que en dicha ley se suprimió el carácter monopolístico de toda actividad industrial o comercial mayorista relativa al tabaco (sin importar su procedencia), manteniéndose únicamente el monopolio estatal para su venta al por menor. En todo caso, la liberación comercial que introdujo la reforma, no modificó la consideración de las labores de tabaco como género estancado; lo que se observa claramente de una conjunción de elementos, como son:

1. Las labores de tabaco, tal y como expresamente fija el precepto, tienen la consideración legal de género estancado, con independencia del régimen de comercialización libre o en monopolio al que estén sometidas.



El legislador indica expresamente que además de los artículos o productos cuya fabricación o cualquier otra actividad esté sometida al régimen de monopolio, es género estancado -en todo caso- el tabaco (" así como " las labores de tabaco, dice la ley). Una redacción que se introdujo en el artículo 1.6 de la Ley de represión del contrabando de 1995, pero que se mantuvo en el artículo 1.11 con ocasión de su reforma operada por LO 6/2011 , pese a haberse producido ya una liberalización de su comercialización al por mayor.

2. El propio legislador reflejó la no afectación de la liberación del mercado de tabaco a la legislación punitiva de nuestro país en materia de contrabando, introduciendo en la Disposición Final Tercera de la Ley 13/1.998 , de ordenación del mercado de tabaco, que " La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de tabacos ".

3. No puede obviarse que el redactado de la norma sancionadora resulta incompatible con la interpretación que se realiza, pues si las operaciones comerciales con labores de tabaco sólo fueran susceptibles de integrar el tipo delictivo cuando sean operaciones mercantiles al por menor, (por ser la única fase de su comercialización en la que se mantiene el régimen de monopolio), resultaría de inalcanzable aplicación el tipo penal establecido por nuestro legislador para el contrabando de estas sustancias, dado que el artículo 2.3.b de la Ley de represión del contrabando (en su redacción dada por la Ley LO 6/2011), exige que la acción delictiva se proyecte sobre partidas de tabaco que tengan un valor comercial mínimo de 15.000 euros y

4. El bien jurídico protegido en los tipos penales cuya aplicación se reclama, no es sólo la Hacienda Pública (bien jurídico que encontraría suficiente protección en los artículos 305 y ss de nuestro Código Penal), sino también las funciones de policía y el servicio público de la Administración del Estado. Y si se justifica la protección penal de esta manifestación del Estado (tanto respecto a su eficacia en la distribución final del producto, como incluso respecto de la fase de producción y comercialización mayorista de determinados artículos), es por garantizar su correcta operatividad.

La finalidad de eliminar la competencia en la distribución final del producto al consumidor y evitar así la merma de ingresos tributarios en el comercio minorista del tabaco, impone adelantar los elementos de vigilancia hasta el proceso de fabricación, exportación, importación y distribución del producto al por mayor, por razones de estricta eficacia. Es cierto que la exposición de motivos de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, expresamente indicaba "La Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio Fiscal de Tabacos, dictada con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, debe ser reformada para aplicar en el sector tabaquero español el principio de «libertad de empresa», consagrado en el artículo 38 de la Constitución , a las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco "; pero la propia Ley expresaba también que esa liberalización no debía entrañar un abandono del control del mercado y reflejaba expresamente " Se trata, por tanto, de sustituir para las repetidas fases la intervención del Estado en el mercado del tabaco por una nueva actividad meramente reguladora o de vigilancia que salvaguarde la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva, de tal forma que, dejando actuar a todos los sujetos que lo deseen, se supervise por un órgano estatal el correcto desenvolvimiento de tal actividad empresarial ".

Y más allá del mero control de los ingresos tributarios, es la propia naturaleza de los distintos productos calificados como género estancado, la que introduce la necesidad de supervisión de su mercado. Razones de sanidad, de garantía de suministro o de orden público, pueden añadirse a los intereses tributarios, para justificar la actividad regulatoria estatal de estos mercados tan específicos, aún cuando el régimen de monopolio abarque sólo a una fase del proceso de producción o de comercialización.

En este sentido, y con relación una vez más a las labores de tabaco, la exposición de motivos de la Ley 13/1998, expresaba que "El mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio de comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria", pero añadía después que: "Por añadidura, la continuidad de la amplia red minorista de Expendedurías de Tabaco y Timbre, con garantía probada de neutralidad, evita la aparición de oligopolios que podrían afectar negativamente a dicha neutralidad, recortar el derecho de opción del consumidor y promocionar el consumo de tabaco, garantiza al adquirente la regularidad en el abastecimiento y la legalidad y adecuada conservación de los productos... ".

Es esta naturaleza del producto la que hizo que la Ley expresamente indicara que la liberación comercial de las operaciones al por mayor de labores de tabaco, no modificaba las restricciones sanitarias en materia de publicidad, venta o consumo de tabacos (Disposición Final Tercera). Y es esta naturaleza del producto la que justificaba que la Ley previera mecanismos especiales de control de su mercado. La necesidad de control de la actividad con labores de tabaco, determinó que la liberalización de su comercio al por mayor viniera



acompañada de la creación del Comisionado para el Mercado de Tabacos; un organismo regulador, con unas muy importantes funciones de vigilancia (abarcadas por el bien jurídico protegido), entre las que se encontraba (y por hacer sólo referencia a operaciones de tabaco al por mayor): la supervisión de la instalación de los centros fabriles; la verificación de la idoneidad de los centros de almacenamiento de tabaco en los centros de producción (artículo 2 de la Ley 13/1998); la supervisión de cualquier operación de importación al por mayor de labores de tabaco, tanto para verificar la idoneidad de su posterior almacenamiento, como para comprobar su origen y sus movimientos (artículo 3.2); así como permitir esas mismas funciones de control del almacenamiento, del origen y de la circulación de las partidas de tabaco, respecto de cualquier operación de distribución al por mayor (artículo 3.3). Un control de movimientos que posibilita precisamente la supervisión de las condiciones sanitarias de un producto destinado al consumo humano por un lado, y que permite verificar que el tabaco únicamente se suministre a los expendedores autorizados (artículo 3.4); en similares condiciones de servicio para todos ellos (artículo 3.5); sin posibilidad de subvencionar a los distribuidores y poder alterar así la exclusión legal de que los productores y mayoristas participen en la distribución final del producto (artículo 3.6, en relación con el artículo 1.2.C); además de permitir controlar los precios de venta con los que operan los mayoristas, no sólo por afectar directamente al interés correspondiente a la Administración Tributaria, (artículo 4.2), sino en garantía de que se remunera a los distribuidores en la forma establecida en la ley (artículo 4.2, en relación con el artículo 3.4 del mismo texto legal).

QUINTO.- Llegados a este punto no cabe duda que los hechos tienen encaje en el delito de contrabando, previsto actualmente en los arts 2.2. b) párrafo primero en relación con el art. 2.3 b) de la LO de Represión del Contrabando, siendo responsables penales ambos acusados y extendiéndose esa responsabilidad penal, por mor de lo indicado en el art. 2.6 de la mentada ley y art. 31 bis del C. Penal ; como bien se indica en la sentencia, a la entidad mercantil a través de la cual los acusados actuaban y llevaban a cabo las compras de tabaco, al margen de la normativa canaria tributaria aplicable.

No obstante, no se comparte por esta Sala el criterio judicial de instancia de aplicarle la continuidad delictiva conforme lo previsto en el art. 74 del C. Penal . Cierto es que en el relato de hechos probados se hacen constar las compras de tabaco realizadas por Horprocon Canarias SL a Dos Santos SAU, las cuales se corresponden con las nueve siguientes: 1ª.- 3 de febrero 2011 por importe de 26.935,20 €; 2ª.- 8 de febrero de 2011 por importe de 76.316,40 €; 3ª.- 9 de febrero de 2011 por importe de 18.705 €; 4ª.- 28 de febrero de 2011 por importe de 67.338 €; 5ª.- 2 de marzo de 2011 por importe de 49.381,20 €; 6ª.- 16 de marzo de 2011 por importe de 93.525 €; 7ª.- 21 de marzo de 2011 por importe de 93.525 €; 8ª.- 29 de marzo de 2011 por importe de 74.820 €; y 9ª.- 31 de marzo de 2011 por importe de 4.489,20 €. El total de todas ellas alcanzan los 505.035 euros. Pero no se debe obviar que los delitos de contrabando cuentan con una regulación específica y y en la LO 12/1995, el art. 2.4 hace una previsión propia para este tipo de actuaciones y así dice: también comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 o 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes". Y que esta previsión específica, aun cuando las operaciones desarrolladas superen per se los límites cuantitativos referidos, nos lleva a analizar en su conjunto las operaciones que nos ocupan, las cuales, todas ellas menos una, superan el límite cuantitativo aplicable de 15.000 euros. Así pues, en consonancia con tal previsión legal y atendiendo también al espacio temporal en el que se desarrollan las mismas, (no alcanzan los dos meses), y forma de proceder se concluye que la actuación desplegada está guiada por un único propósito, aunque el perjuicio a la Hacienda Canaria y el correlativo beneficio ilícito mediante la evitación del pago de los impuestos a los que vienen obligados se proyecte en varias y sucesivas compras de tabaco, más aún, cuando se hacen a la misma empresa y se suceden, como se ha puesto de relieve, sin solución de continuidad en un limitado y corto periodo. Todo lo cual, lleva a esta Sala, al concurrir los elementos de conexión temporal y dinámica comisiva necesarios, y conforme a lo referido en el precepto legal específico referido y lo recogido entre otras por las SSTs 885/2003, de 13 de Junio y 213/2008, de 5 de Mayo , a considerar los hechos no como delito continuado de contrabando, sino como un delito de contrabando.

Esta apreciación tiene una clara repercusión en la pena a imponer, la cual, conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 de la ley de represión del contrabando, se concreta ahora para cada una de los dos personas físicas acusadas en un total de 3 años y un mes de prisión y en dos millones de euros de multa, para cada uno de ellos. La pena que corresponde es la prisión de uno y a cinco años y la de multa del tanto al séxtuplo y ha de imponerse por imperativo legal en su mitad superior. Se trata de un actuar intencionado y por ende doloso y en cuanto a la multa para su imposición hay que partir del valor de las compras que consta determinado y no de uno estimado que no hay sido objeto de concreción ni detalle en el relato fáctico. La pena a imponer a la persona jurídica también responsable penal se mantiene, conforme a lo dispuesto en el art. 3.3, con la salvedad de que la multa se concreta igualmente en 2 millones de euros.



La responsabilidad civil, como se indica en la sentencia recurrida, se determinará en ejecución de sentencia y se hará en base al importe que se determine de la deuda tributaria no ingresada en la Hacienda Pública Canaria. Por otro lado, se deja sin efecto la extensión de la responsabilidad civil para cubrir los perjuicios causados a la entidad Dos Santos SAU, pues esta es, como se ha señalado en el segundo fundamento, una cuestión que se introduce ex novo en las conclusiones definitivas y queda por tanto al margen del objeto de esta causa penal.

SEXTO.- Al derivarse de cuanto antecede, una estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, procede la modificación de la sentencia en el sentido concretado en el fundamento anterior, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada, (arts. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número Uno de Las Palmas de 20 de Abril de 2017 , a la que se contrae el presente Rollo, quedando la sentencia condenatoria como sigue:

QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Cirilo y Antonio , como autores penalmente responsables de un delito de contrabando, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena cada uno de tres años y un mes de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa por importe de 2 millones euros, debiendo indemnizar conjunta y solidariamente junto con la entidad Horpocron Canarias S. L. a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Comunidad Autónoma de Canarias en la cuantía en que se determinen en ejecución de sentencia los impuestos dejados de percibir por estas, cantidad que una vez determinada devengará el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo dispuesto en el artículo 576.1 de la Lec , así como al abono por mitad de las costas de este procedimiento. Se impone a la entidad Horpocron Canarias S. L. multa por importe de dos millones de euros, prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales por un plazo de dos años, así como suspensión por un periodo de un año y seis meses de las actividades de exportación, importación o comercio de labores de tabaco así como clausura de de locales o establecimientos donde se realice el comercio.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales derivadas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso de casación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.