



Roj: **SAP J 936/2017 - ECLI:ES:APJ:2017:936**

Id Cendoj: **23050370022017100191**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **2**

Fecha: **17/10/2017**

Nº de Recurso: **442/2017**

Nº de Resolución: **233/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **SATURNINO REGIDOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 936/2017,**
STS 643/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Segunda

J A E N

JUZGADO DE INSTRUCCION

NUM. TRES DE UBEDA

P. ABREVIADO NÚM. 64/16

ROLLO DE SALA P.A. NÚM. 442/17

SENTENCIA Número 233

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. SATURNINO REGIDOR MARTÍNEZ

MAGISTRADA: D^a. MARIA FERNANDA GARCÍA PÉREZ

MAGISTRADA: D^a. MARIA JESÚS JURADO CABRERA

En la ciudad de Jaén, a 17 de Octubre de dos mil diecisiete

Vista en Juicio Oral y Público por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la causa núm. **442/2017** dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 64/2016 por **un delito de contrabando y dos delitos contra la hacienda pública** seguida ante el Juzgado de Instrucción núm. tres de Úbeda contra **los acusados Conrado** , con D.N.I. nº NUM000 , y la mercantil **ALTERSANA S.L.** con CIF Nº B86766813, representados por el Procurador D. Joaquín Jesús Muñoz de la Torre y defendidos por el Letrado D. José Ramón Muñoz Bartrina.

Siendo parte acusadora particular la HACIENDA PUBLICA (AEAT), representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y parte acusadora pública el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. SATURNINO REGIDOR MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que instruidas las presentes diligencias, en su momento se acordó su continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado, habiéndose calificado los hechos el Sr. Abogado del Estado en nombre y representación de la Hacienda Pública (AEAT), en calidad de Acusación Particular como constitutivos de un delito continuado de contrabando, conforme al art. 2º3º letra "b" de la L.O.12/1995 , de represión del



contrabando (valor del tabaco superior a 15.000 euros), en relación con los arts. 1º de la misma, 2º y 10º, así como en relación con el art. 74 del C.P., resultando responsable el acusado D. Conrado en concepto de autor conforme a los arts. 27 y 28 del C.P., solicitando se imponga al acusado la pena de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa del cuádruple del valor de las labores de tabaco (intervenidas y comercializadas), con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago.

Asimismo el acusado deberá indemnizar al Estado Español con la deuda tributaria no ingresada, cuyo principal asciende a 30.139.448,94 €, incrementada con el interés de demora tributario establecido en el art. 26 de la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de Diciembre, hasta sentencia, y con el intereses previsto en el art. 576 de la L.E.C. Se interesa, igualmente, el comiso del tabaco aprehendido así como los restantes instrumentos intervenidos con los que se llevó a efecto la comisión del delito.

Con respecto a la sociedad Artesana S.L. se solicita se declare la responsabilidad civil subsidiaria conforme a lo dispuesto en el art. 120 apartados 3º y 4º del C.P. Y costas.

Por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de un delito de contrabando de los arts. 1.11 ; 2.2b, 2.3b y 3.1 y 3 de la Ley de Represión del Contrabando y dos delitos contra la hacienda pública de los arts. 305 y 305 bis 1 b del Código Penal, resultando responsables los acusados en concepto de autor conforme a los arts. 27 y 28 del C.P. No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Solicitando se imponga al acusado y a la mercantil **Altersana** S.L. las penas de: Por el delito de contrabando, una pena de tres años, con idéntica accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, multa de 87.706.463 euros con 3 meses de arresto personal subsidiario para caso de impago, así como la privación del derecho a obtener subvenciones o incentivos de la Seguridad Social por plazo de 2 años, así como la suspensión de la actividad de comercialización, importación o exportación por tiempo de 22 años.

Por cada uno de los dos delitos contra la Hacienda Pública una pena de 3 años de prisión, con idéntica accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de 63.388.696 euros y 6 meses de arresto personal subsidiario para caso de impago, así como la privación del derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a obtener beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un período de 6 años y costas.

La defensa de los acusados solicitó la libre absolución de sus patrocinados.

SEGUNDO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal, se señaló para la celebración del Juicio Oral los días 2 y 3 de Octubre, con asistencia de las partes y tras la práctica de la prueba, con el resultado que obra en autos, cada una de las partes elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, quedando el juicio visto para sentencia.

II HECHOS PROBADOS.

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de las diligencias incoadas por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de Baeza como consecuencia de las denuncias articuladas por diversas Asociaciones de Estanqueros de la provincia de Jaén en donde manifestaban su malestar por el gran volumen de pérdidas ocasionadas en el sector como consecuencia de la proliferación de diversos puntos de venta clandestina de tabaco en toda la provincia, esencialmente en la localidad de Jódar, aunque también se constató dicha venta en otras localidades como Canena, Úbeda., Linares, Bedmar, Santiago-Pontones, Beas de Segura, Ibros, Peal de Becerro, Los Villares, Mengíbar, Alcaudete o Cambil.

Como consecuencia de dichas investigaciones se constató que dicho tabaco era adquirido a través de una página web denominada "Estabaco.com" o bien llamando al número de teléfono NUM001, publicitándose incluso en diversos portales como "milanuncios.com" ofertando "tabaco en hoja, aromas y picadura al mejor precio".

Ha quedado acreditado que la citada página web, cuyo dominio se residenciaba en Bangladesh, pertenecía a la mercantil **Altersana** SL, siendo su administrador único, Conrado, el titular del número de teléfono NUM001 antes referido. (Folios 25 a 32 y 119 a 121 de las actuaciones).

La citada mercantil fue constituida por Conrado el 25 de Junio de 2013 dándose de alta en el IAE dentro de la actividad "comercio al por mayor de productos del tabaco" (Folios 71 a 89 de las actuaciones). Por parte del Comisionado para el Mercado de Tabacos se ha constatado que ni **Altersana** SL, ni Conrado, figuran como importadores, distribuidores o fabricantes de labores de tabaco. (Folio 551 de los autos).



La actividad de la mercantil se desarrollaba desde dos naves sitas en la Calle Newton Edificio 6, Nave 8 de Leganés, y en la Avenida de la Encina nº 15 bajo, Local 4 de Fuenlabrada. Según las propias manifestaciones del acusado en el acto del juicio la nave de Leganés se utilizaba como almacén y la de Fuenlabrada para envasado.

Dicha actividad consistía en la adquisición de tabaco en rama al por mayor, principalmente procedente de la Sociedad Estatal CETARSA (Compañía española de Tabaco en Rama SA), aunque también se adquiría de otros países tanto comunitarios (por ejemplo Grecia, Polonia, Países Bajos, Portugal, etc) como extracomunitarios (Bangladesh, India o Estados Unidos), (La relación pormenorizada de adquisiciones aparece en los Folios 1509 y 1510 de los autos).

En la nave de Fuenlabrada había instalada una máquina que permitía descompactar el tabaco, humectarlo y uniformizarlo (Folios 2013 y ss en donde consta un informe pericial sobre las características de la máquina) procediendo posteriormente a su envasado en bolsas de 1 kg que eran las que se comercializaban a través de los pedidos recibidos por la página Web y teléfono móvil antes aludidos, remitiéndose los pedidos esencialmente a través de la empresa de mensajería MRW.

El citado tabaco, identificado como "tabaco curado, total o parcialmente desvenado" por el Laboratorio Central de Aduanas al que se le remitieron las oportunas muestras (Folios 1438 y ss de las actuaciones), era susceptible de ser fumado mediante una sencilla operación de picado manual que puede ser realizada directamente por el consumidor final sin exigencia de proceso industrial (informe del Subdirector General Químico-Tecnológico obrante en los Folios 1545 y 1546 de las actuaciones).

En el desarrollo de su actividad, aunque inicialmente no se realizaba advertencia alguna a los adquirentes de que el destino del tabaco no podía ser el consumo humano del mismo, posteriormente el acusado comenzó a poner en las bolsas esa advertencia y así mismo un aviso legal en su página web, si bien en dicha página web "estabaco.com" existían videos tutoriales sobre la forma de actuar para dicho consumo; así, tal y como consta en los folios 539 y ss de las actuaciones, existían videos tutoriales del "procesado del tabaco", "que hacer con materia prima de tabaco", "qué máquina elegir", "tipos de tabaco ofertados", ofertándose igualmente a los consumidores máquinas picadoras de tabaco y para entubar, así como frascos aromatizantes, anunciando incluso la venta de recambios para dichas máquinas (Folios 548 y 549 de las actuaciones).

Tras la oportuna autorización judicial de entrada y registro en las dos naves de los acusados, se intervinieron en las mismas un total de 40.644 kg de lo que resultó ser "tabaco curado, total o parcialmente desvenado" tras ser analizado por el Laboratorio Central de Aduanas al que se le remitieron las oportunas muestras, e igualmente diversos frascos aromatizantes concentrados (que se pueden observar en el reportaje fotográfico obrante en los folios 653 a 655 de los autos) utilizados para dar al tabaco que se distribuye sabores similares a los de las marcas comerciales.

Por otra parte en los distintos puntos de venta de la provincia de Jaén se intervinieron un total de 497 kg de tabaco procedente de los pedidos remitidos por los acusados, tabaco que, tal y como han manifestado en las actuaciones los distintos receptores de dichos pedidos, era destinado al consumo y/o su reventa a terceros tras una sencilla operación de picado y entubado con una pequeña máquina manual que en ocasiones era suministrada por la propia **Altersana** SL (así lo declaró por ejemplo en el acto del juicio la testigo Elvira) y en otras ocasiones se adquiría en otros lugares (así lo declaró en el acto del juicio Ofelia).

El tabaco incautado ha sido valorado por LOGISTA, como representante del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en la cantidad de 6.582.560 € en base al precio máximo de venta al público de una labor de tabaco similar a la que es objeto de intervención, en este caso, la de picadura a granel. (Folios 583 a 589, y 1547 a 1559 de las actuaciones).

Así mismo tras constatar los pedidos comercializados por los acusados a través de los canales indicados se ha acreditado que el tabaco comercializado por esta vía asciende a 548.166 kg, tal y como se recoge en el informe pericial obrante en los Folios 1505 y ss de las actuaciones, valorando el perito informante dicho tabaco en la cantidad de 81.123.903 €.

Por tanto el valor total del tabaco incautado y comercializado asciende a 87.706.463 €.

El aludido tabaco está gravado por el Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco bajo el epígrafe "demás tabacos para fumar" habiendo dejado de ingresar la Agencia Tributaria por este concepto un total de 24.908.635,49 € (así se recoge en el informe pericial aludido obrante en los Folios 1505 y ss de los autos).

Por otra parte si bien **Altersana** SL procedió a realizar los correspondientes ingresos de IVA al tipo general por el tabaco comercializado, no se incluyó en la base imponible de dicho IVA el correspondiente impuesto especial sobre las Labores del Tabaco, por lo que la cantidad dejada de ingresar por este concepto de IVA por la Agencia Tributaria asciende a 5.230.813,45 €.



Por tanto la cantidad dejada de ingresar por la Agencia Tributaria por Impuesto Especial e IVA asciende a 30.139.448,94 € (Folio 1523 de los autos).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea como cuestión previa por la defensa en el acto del juicio la nulidad de actuaciones por la incompetencia territorial de esta Audiencia Provincial para el conocimiento de la litis puesto que a su juicio solo serían competentes los órganos jurisdiccionales de la Comunidad de Madrid al ser en dicha Comunidad (concretamente en Fuenlabrada y Leganés) donde la mercantil **Altersana** SL ejercía su actividad.

Con carácter previo hemos de reseñar que la defensa no ha planteado en forma la correspondiente declinatoria conforme disponen los arts 19 y ss de la Lecr dentro de los 3 días siguientes al emplazamiento para presentar escrito de defensa. Por otra parte la competencia territorial quedó fijada en fase de instrucción tras una primera inhibición realizada por el Juzgado nº 3 de Úbeda con fecha 10 de Marzo de 2016, que fue rechazada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Fuenlabrada por auto de 12 de Abril de 2016 . Además la Sección 3ª de esta AP de Jaén en auto de 8 de Febrero de 2017 (Rollo de Apelación 1029/2016) al resolver el recurso articulado contra el auto de acomodación a los cauces del procedimiento abreviado, volvió a reiterar la fijación de la competencia territorial del órgano instructor de Úbeda para el conocimiento de la causa en fase de instrucción y, por tanto, el conocimiento de esta Sala para el enjuiciamiento de la causa.

Sentado lo anterior hemos de decir que el art 14 de la Lecr señala como fuero principal para el conocimiento de los delitos el lugar de comisión de los mismos. Ciertamente el Acuerdo No Jurisdiccional del TS de 3 de Febrero de 2005 señala que "El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa." Como señala la STS de 9 de Junio de 2016 "Respecto del lugar en el que debe entenderse cometido el delito, la Jurisprudencia de esta Sala (STS 1/2008, de 23.1) tiene señalado que debe venir fijado a través de la llamada teoría de la ubicuidad, esto es, que el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado."

En el caso de autos nos encontramos con el enjuiciamiento de un delito de contrabando por la comercialización de labores de tabaco en cuantía superior a 15.000 €. Dicha comercialización se iniciaba en las naves de los acusados sitas en la Comunidad de Madrid y se distribuía por distintos puntos de todo el territorio nacional e internacional, dentro de los cuales se encontraban diversos municipios de la provincia de Jaén, sobre todo en la localidad de Jódar, perteneciente al partido judicial de Úbeda, por lo que el Juzgado de Instrucción de esta localidad era competente territorialmente para la instrucción de la causa y, por tanto, esta AP es competente para el enjuiciamiento.

Por otra parte, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la determinación que se ha hecho de la competencia territorial no conlleva ningún vicio de nulidad de actuaciones y, menos aún, del derecho al juez ordinario legalmente predeterminado. Este derecho, que expresamente contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española , supone: a) que el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica; b) que esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTS 183/2005 de 18.2 y 409/2005 de 24.3 , con base a la STC 47/1983). De modo que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez ad hoc, excepcional o especial, así como el derecho a que la composición del órgano judicial de conocimiento tenga su origen en una norma general dictada con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo la reserva de ley en la materia (STC 38/1991 , con cita de otras muchas).

Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido el TS en diversas resoluciones (entre otras 6.2.2001 y 25.1.2001) que la mera existencia de una discrepancia sobre cuál debe ser el órgano jurisdiccional al que, dentro de la jurisdicción ordinaria, corresponda el conocimiento de determinado asunto, por más que pueda entenderse contraria a las normas procesales, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, pues la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria, no rebasan el plano de la legalidad ordinaria, careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC. 43/84 , 8/98 , 93/98 , 35/2000). Como decía el Tribunal Constitucional en su Auto 262/94, de 3 de octubre , mantenido en la constante doctrina constitucional que aquí se cita: "la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que la previsión constitucional contenida en el art. 24.2 no va encaminada a dilucidar cuestiones de competencia o conflictos jurisdiccionales (STC 49/1983) y que no le corresponde decidir simples cuestiones de competencia entre órganos que pertenecen todos a



la jurisdicción ordinaria, ya que la manera en que se apliquen los criterios de delimitación de competencias entre ellos no es materia que, por sí sola, sea objeto del derecho de carácter constitucional reconocido por el art. 24 de la Constitución (STC 43/1985). Al Tribunal Constitucional sólo le cabe revisar que la aplicación e interpretación de las normas de competencia realizada por el órgano jurisdiccional ordinario no resulte inmotivada o manifiestamente arbitraria".

Por tales motivos procede desestimar la cuestión previa planteada sobre la falta de competencia territorial de esta Sala para el conocimiento y enjuiciamiento de esta causa.

SEGUNDO. - Por parte de la defensa se planteó en el acto del juicio como cuestión previa la nulidad de actuaciones derivada de lo que a su juicio constituían irregularidades en la instrucción de la causa y además existía una ruptura de la cadena de custodia de las muestras de tabaco remitidas al Laboratorio de Aduanas para su análisis.

La cuestión planteada debe de ser desestimada puesto que no se constata en las actuaciones ninguna actuación instructora que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva y que genere indefensión para los acusados.

Respecto de tal alegación debe de recordarse que la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2º del artículo 24 de la Constitución Española , se concibe con la negación de la citada garantía.

Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los artículos 238.3 y 240 de la L.O.P.J . ha de integrarse con el mandato del artículo 24.1 de la Constitución Española , sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que son conceptos idénticos y coincidentes, no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aún conteniendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada. (S.T.S. 450/2007 de 30 de mayo).

En el caso de autos no existe merma alguna del derecho de defensa en la instrucción que se ha llevado a cabo. La misma se inició tras las actuaciones realizadas por la Guardia Civil como consecuencia de las denuncias articuladas por diversas Asociaciones de Estanqueros de la provincia de Jaén en donde manifestaban su malestar por el gran volumen de pérdidas ocasionadas en el sector como consecuencia de la proliferación de diversos puntos de venta clandestina de tabaco en toda la provincia. En el curso de dichas investigaciones se constató que la mayor parte del tabaco comercializado procedía de la mercantil **Altersana SL**, procediéndose a la correspondiente entrada y registro en sus instalaciones previa la oportuna autorización judicial, autorización que además no ha sido puesta en tela de juicio por la defensa.

El hecho de que se sobreseyera la instrucción con respecto a los destinatarios del tabaco comercializado por los acusados, no supone en modo alguno un atentado a la igualdad tributaria alegada por la defensa, ya que para calificar una actuación como delito de contrabando es necesario que ésta supere unos determinados límites cuantitativos, que en el caso de labores de tabaco se fijan en 15.000 €, por lo que la constatación de puntos de venta clandestina de tabaco sin superar ese umbral ha dado lugar a las oportunas actas de infracción de la Agencia Tributaria que obran en las actuaciones y el correspondiente sobreseimiento de la causa penal contra los titulares de estos puntos de venta, centrándose la actuación penal exclusivamente contra los acusados cuya actuación sí superaba claramente ese límite cuantitativo de 15.000 €.

Por último en cuanto a la ruptura de la cadena de custodia de las muestras de tabaco remitidas al Laboratorio, debemos de reseñar que, tal y como señala el TS en Sentencias de 21 de Enero y 3 de Noviembre de 2014 "la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental. Lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez. (SSTS 129/2011 de 10 de marzo ; 1190/2009 de 3 de diciembre o 607/2012 de 9 de julio). La cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba. De acuerdo con la STS 587/2014 de 18 de julio , la cadena de custodia no es prueba en sí misma, sino que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. Su infracción afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso."

Sin embargo en este caso ninguna de las dudas que la defensa pretende arrojar sobre la cadena de custodia conducen a la ilicitud probatoria que pudiera ser determinante de su nulidad. Las objeciones de la defensa son



cuestiones fácticas que, como tales, se hallan sujetas a las reglas generales sobre valoración de la prueba. Que pueda existir alguna irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad existe y es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. En palabras de la STS 195/2014 de 3 de marzo, no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

En el caso de autos ni en la toma de muestras realizada por la Unidad de Vigilancia Aduanera de Madrid (Folios 657 y ss de las actuaciones) ni en su correspondiente entrega al laboratorio de Aduanas (Folios 660 y ss) existen dudas sobre la identidad de la sustancia analizada y su correspondencia con la intervenida, por lo que la cuestión planteada sobre la ruptura de la cadena de custodia debe de ser desestimada.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de contrabando tipificado en el art 2.3 b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en relación con los arts 1.11 y 2.2 b) de la misma.

En el art 1.11 de la citada LO se definen como "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.

En el art 2.2 se señala que "Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos ... b) 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."

Finalmente en el art 2.3 se establece que "Cometen, 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** .".

Sostiene la defensa que la actuación de los acusados resulta atípica puesto que su actividad estaba destinada simplemente a la venta al por mayor de tabaco en rama que se encuentra liberalizada por la Ley 38/85.

Tal plantamiento no puede tener favorable acogida puesto que la Ley 38/1985 que suprimió el monopolio de la importación y distribución al por mayor no implica que las labores de tabaco comunitarias dejen de ser "géneros o efectos estancados", al añadir a su definición (artículo 1.1) la expresión "así como las labores de tabaco", y lo mismo ha sucedido con la L.O 10/1992, de 21 de diciembre, de ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, que ha respetado el monopolio de venta al por menor de labores de tabaco, comunitarias y extracomunitarias, estableciéndose en la Disposición Final Tercera de la Ley 13/1998 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", criterio doctrinal seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 18-1-2002).

De forma reciente el TS se ha pronunciado de forma taxativa sobre la calificación de las labores de tabaco, tanto al por mayor como al por menor, como susceptibles de ser el objeto típico del delito de contrabando ya definido, cuando su importación, tenencia o distribución se realice fuera de los cauces legalmente habilitados por el Estado para ello, y concretamente para la importación y/o distribución al por mayor, fuera del control del Comisionado para el Mercado de Tabacos. En este sentido la STS DE 12 DE JULIO DE 2016 casó el pronunciamiento absolutorio acordado en una sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de Mayo de 2015 en la cual la AP consideraba atípica una actividad de importación de tabaco al por mayor al sostener que el tabaco había dejado de ser género estancado para operaciones de venta al por mayor y extrae su conclusión de que por género estancado debe entenderse aquellos 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 (según dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), puesto en relación con que la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos, liberalizara y extinguiera el monopolio para la importación y comercialización al por mayor de labores de tabaco manufacturado, que hasta entonces venía establecido en la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del Monopolio Fiscal de Tabacos.

Frente a la consideración del Tribunal de instancia, el TS sostiene que todas las labores de tabaco siguen teniendo la consideración de género estancado, señalando lo siguiente: "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 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 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).".

En el caso de autos es cierto que la mercantil **Altersana** SL fue constituida por Conrado el 25 de Junio de 2013 dándose de alta en el IAE dentro de la actividad "comercio al por mayor de productos del tabaco" (Folios 71 a 89 de las actuaciones), pero es igualmente cierto que, tal y como ha constatado el Comisionado para el Mercado de Tabacos, ni **Altersana** SL, ni Conrado , figuran como importadores, distribuidores o fabricantes de labores de tabaco. (Folio 551 de los autos).

Pero es que además, pese a las manifestaciones realizadas por el acusado, su actividad principal no puede calificarse como venta al por mayor de tabaco, sino como venta al por menor que además iba dirigida



directamente al consumo del mismo. Dicha actividad, reconocida incluso por el propio acusado en el acto del juicio, consistía en la adquisición de tabaco en rama al por mayor, principalmente procedente de la Sociedad Estatal CETARSA (Compañía española de Tabaco en Rama SA), aunque también se adquiría de otros países tanto comunitarios (por ejemplo Grecia, Polonia, Países Bajos, Portugal, etc) como extracomunitarios (Bangladesh, India o Estados Unidos). En la nave de Fuenlabrada había instalada una máquina que permitía descompactar el tabaco, humectarlo y uniformizarlo procediendo posteriormente a su envasado en bolsas de 1 kg que eran las que se comercializaban a través de los pedidos recibidos por la página Web y teléfono móvil publicitados por el acusado, remitiéndose los pedidos esencialmente a través de la empresa de mensajería MRW.

Dicho tabaco iba destinado directamente al consumo y/o su reventa a terceros tras una sencilla operación de picado y entubado con una pequeña máquina manual que en ocasiones era suministrada por la propia **Altersana** SL (así lo declaró por ejemplo en el acto del juicio la testigo Elvira) y en otras ocasiones se adquiría en otros lugares (así lo declaró en el acto del juicio Ofelia).

No cabe duda de la finalidad del tabaco comercializado por el acusado pues pese a que en la página web se introdujo una advertencia legal de que estaba prohibido su destino al consumo humano, e incluso en las bolsas se serigrafó finalmente dicha advertencia, se ha constatado que ese era el destino del tabaco comercializado y así se publicitaba en el portal Millanuncios ("tabaco en hoja, aromas y picadura al mejor precio"), ofreciéndose en la página web de los acusados (estabaco.com) todo tipo de videos tutoriales sobre la preparación del tabaco para su consumo, los distintos aromas que podían utilizarse para simular los sabores de las marcas comerciales o los utensilios necesarios para ello.

Así, tal y como consta en los folios 539 y ss de las actuaciones, existían videos tutoriales del "procesado del tabaco", "que hacer con materia prima de tabaco", "qué máquina elegir", "tipos de tabaco ofertados", ofertándose igualmente a los consumidores máquinas picadoras de tabaco y para entubar, así como frascos aromatizantes, anunciando incluso la venta de recambios para dichas máquinas (Folios 548 y 549 de las actuaciones).

Pese a las manifestaciones realizadas en este sentido por la defensa de los acusados, el tabaco así comercializado, identificado como "tabaco curado, total o parcialmente desvenado" por el Laboratorio Central de Aduanas al que se le remitieron las oportunas muestras (Folios 1438 y ss de las actuaciones), sí debe de ser calificado como labor de tabaco puesto que era susceptible de ser fumado mediante una sencilla operación de picado manual que puede ser realizada directamente por el consumidor final sin exigencia de proceso industrial (informe del Subdirector General Químico-Tecnológico obrante en los Folios 1545 y 1546 de las actuaciones).

En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de Abril de 2017 que consideraba como labor de tabaco las hojas de tabaco irregulares, secadas, alisadas y parcialmente desvenadas o las partes de las mismas que hayan sufrido un secado primario y una humectación controlada (en aquel caso esa humectación contenía glicerina) en caso de que puedan fumarse tras una sencilla preparación por trituración o picado a mano.

En el caso de autos el tabaco comercializado por los acusados reunía todas estas características: Era un tabaco curado total o parcialmente desvenado, y además era susceptible de ser fumado por una sencilla operación de picado o triturado manual, sin que el hecho de que se suministraran u ofertaran pequeñas maquinillas para facilitar esa trituración o picado por parte del consumidor final no permita considerar a este producto suministrado como labor de tabaco.

Dicha actividad como venimos sosteniendo es constitutiva de un delito de contrabando de labores de tabaco dado que el valor del producto comercializado por esta vía ascendió a 87.706.463 €, muy superior a los 15.000 € exigidos en el tipo penal. La valoración del tabaco incautado no puede realizarse en los términos sostenidos por la defensa de valorar exclusivamente el mismo como materia prima, puesto que la propia Ley de Represión del Contrabando en el art 10.1 se fija cómo ha de hacerse la misma: "Artículo 10. Valoración de los bienes.- La fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

1.- Si se trata de géneros estancados, por el precio máximo de venta al público. De no estar señalado dicho precio, se adoptará la valoración establecida para la clase más similar. Si no fuera posible la asimilación, el juez fijará la valoración previa tasación pericial."

En el caso de autos en las Naves de Leganés y Fuenlabrada se intervinieron 40.644 kg y en los distintos puntos de venta de la provincia de Jaén se intervinieron un total de 497 kg de tabaco procedente de los pedidos remitidos por los acusados.



El tabaco incautado ha sido valorado por LOGISTA, como representante del Comisionado para el Mercado de Tabacos, en la cantidad de 6.582.560 € en base al precio máximo de venta al público de una labor de tabaco similar a la que es objeto de intervención, en este caso, la de picadura a granel, cumpliéndose de esta forma lo establecido en el art 10,1 antes reseñado (Folios 583 a 589, y 1547 a 1559 de las actuaciones).

Además de este tabaco incautado, el informe pericial obrante en los folios 1505 y ss de las actuaciones, tras analizar la documentación intervenida en la mercantil **Altersana**, ha podido acreditar que los pedidos comercializados por los acusados a través de los canales indicados ascienden a 548.166 kg, una vez descontados los pedidos incautados, valorando el perito informante dicho tabaco en la cantidad de 81.123.903 € siguiendo en dicha valoración la misma norma fijada en el art 10.1 reseñado.

Por tanto el valor total del tabaco incautado y comercializado asciende a 87.706.463 €.

CUARTO.- La conducta típica antes descrita fue realizada dolosamente por el acusado Conrado que habrá de responder de la misma en concepto de autor por aplicación de los arts 27, 28 y 31 del CP.

Sostiene la defensa que su defendido desconocía que el producto comercializado pudiera ser constitutivo de un delito de contrabando dado que él estaba dado de alta en el IAE para la comercialización de tabaco al por mayor y nunca consideró que su producto pudiera ser destinado al consumo.

Tal y como señala la STS 835/2012, de 31-10-2012, debemos recordar que se produce el error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente, -- STS 336/2009 de 2 de Abril --. El error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Solo en casos de que el error de prohibición sea vencible, cabrá una responsabilidad penal adecuada como prevé el art. 14 del Código penal.

En cualquier caso, a pesar de la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, no basta su mera alegación, sino que debe probarse tanto en su existencia como en su carácter invencible. Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2005, dicho tipo de error "no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la sentencia de 14 de noviembre de 1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo".

Expuesta esta doctrina, ha de afirmarse que el acusado conocía perfectamente lo que hacía y la ilicitud de lo que hacía, intentado evadir su responsabilidad penal incluyendo en su página web y en las bolsas de los pedidos una advertencia legal sobre la ilicitud del consumo humano del tabaco suministrado, advertencia que en modo alguno le excluye de su responsabilidad y no es más que una evidencia más del conocimiento del acusado de la ilicitud de su conducta y del claro destino al consumo del tabaco comercializado, consumo además que se facilitaba con los tutoriales que incluía en su página web sobre el modo de empleo del producto suministrado.

Por otro lado, en cuanto a la alegación efectuaba por la defensa en el sentido de que en el peor de los casos solo podría hablarse de la conciencia de la comisión de una mera infracción administrativa, sabido es que la jurisprudencia rechaza que exista error penalmente relevante en los casos en que el sujeto, consciente de la ilicitud de la acción, ignore las concretas consecuencias legales de la misma. Esto es; es irrelevante que el sujeto piense que comete una infracción administrativa, y no un delito; o que comete una infracción penal distinta de la efectivamente realizada. Se trata en estos casos de un error de subsunción, y no de prohibición, pues el sujeto sabe que la acción que realiza es ilícita, aunque no alcance a vislumbrar todas sus posibles consecuencias legales, siendo el error de prohibición tan sólo aplicable a quien piensa que la acción es lícita. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2000 (ponente, Sr. Delgado García), que declara: "No es necesario conocer que hay una norma penal que sanciona una conducta. Basta con saber que lo que se realiza es algo ilícito, es decir, algo prohibido por el derecho. El art. 14.3, cuando regula el llamado por la doctrina error de prohibición, se refiere a la "ilicitud del hecho" no a su ilicitud penal. Evidentemente no es necesario conocer la existencia de la norma penal, ni siquiera saber que hay un determinado sector del ordenamiento jurídico, el derecho penal, diferenciado de otros. Menos aún es necesario saber si la propia conducta está sancionada dentro de uno u otro supuesto de los diversos que la ley prevé como punibles. De otro modo sólo podrían delinquir los expertos en la ciencia jurídica cuyos



conocimientos alcanzaran estos extremos, tan sutiles a veces incluso para los propios juristas. Es claro que la norma penal ha de aplicarse a todos los ciudadanos limitando la ley la eficacia del error de prohibición sólo a quienes creen que su comportamiento es lícito".

En el caso de autos ha quedado constatado, como antes hemos expuesto, que el acusado conocía perfectamente la ilicitud de su acción, debiendo de poner de manifiesto además que en el supuesto hipotético que tuviese alguna duda sobre tal extremo, podría haber elevado la oportuna consulta a la Agencia tributaria, lo cual en modo alguno realizó. En este sentido debemos de traer a colación la teoría jurisprudencial de la ignorancia deliberada.

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 febrer, 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 hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar.

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".

La responsabilidad penal como autor de Conrado no decae en modo alguno por el hecho de actuar como administrador único de **Altersana** SL que era la mercantil a través de la cual se desarrollaba la actividad que estamos analizando. En este sentido, tal y como recoge la STS DE 19 DE OCTUBRE DE 2016, en el art 31 del CP se establece la responsabilidad penal propia de la persona física que comete el hecho delictivo actuando como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para poder ser sujeto activo de la misma, si tales circunstancias se dan en la entidad en cuyo nombre o representación obre. En el caso de autos el acusado utilizó a la mercantil **Altersana** SL, de la que era administrador único, como una sociedad instrumental para realizar una actividad ilícita sobre las labores de tabaco, amparándola en una supuesta comercialización al por mayor de tabaco en rama. En estos supuestos, tal y como expone el TS en la sentencia que estamos analizando, debe de aplicarse la doctrina del levantamiento del velo.

Se señala por el Alto Tribunal lo siguiente: "Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 165/2016, de 2 de marzo, con mención de la Sentencia 974/2012, de 5 de diciembre, que es correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para eliminar la ficticia estructura societaria y descubrir la realidad patrimonial del recurrente, verdadero y único titular de los bienes. Pues sostener lo contrario supondría - STS. 1027/2007, de 10 de diciembre- un verdadero abuso de derecho que nos obligaría a aplicar la doctrina sobre levantamiento del velo, que proscribiera la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si, por ello, se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros, excudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos."

QUINTO.- Por parte del Ministerio Fiscal se solicita que la responsabilidad penal imputada a Conrado, sea extensible también a la mercantil **Altersana** SL.

El art 2.6 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando establece lo siguiente: "Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el art. 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas."

La responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida en el art 31 bis del CP ha sido analizada por la Sentencia dictada por el Pleno del TS con fecha 29 de Febrero de 2016, y en otras posteriores como la Sentencia 221/2016 de 16 de marzo y la Sentencia de 13 de junio de 2016, fijando como doctrina que "Para apreciar dicha responsabilidad debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica -como sería un administrador de hecho o de derecho- y que las empresas



hayan incumplido su obligación de establecer medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos (FJ 8).".

Así, en la primera de las Sentencias citadas, el Alto Tribunal, ha afirmado: "... Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la presunción de inocencia, sino también a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones:

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015, ha de reiterarse que "Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal."

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP), especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015, es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015, ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una "excusa absolutoria", vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición



se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la "cultura ética empresarial" o "cultura corporativa de respeto a la Ley" (pág. 39), "cultura de cumplimiento" (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP .

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que "...la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión".



Al amparo de dicha doctrina y de una manera simplificada, la persona jurídica solamente responderá penalmente cuando además de acreditarse la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a las que se refiere el apartado primero del Art. 31 bis del Código Penal , se pruebe también que la persona jurídica no adoptó las medidas de control adecuadas y necesarias para la evitación de la comisión de delitos. Y, la acreditación de tales extremos corresponde, inequívocamente, a las acusaciones, pública y/o privada.

No nos hallamos, por lo tanto, ante una responsabilidad objetiva sino ante una responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo en donde no caben presunciones iuris tantum en el sentido de que una vez acreditado el particular delito cometido por la persona física no cabe presumir de manera automática que ha habido un defecto de organización o que no se han adoptado las necesarias medidas de control, sino que necesariamente y por imperativo del principio de culpabilidad se han de probar esos defectos organizativos o la ausencia de medidas de control, prueba que, insistimos, corresponde a las acusaciones. Y como dice la Sentencia 221/2016 de 16 de marzo "La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "... incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos".

En el caso de autos, al margen de la exigencia de responsabilidad penal de la mercantil **Altersana** SL en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, ninguna prueba se ha practicado en autos sobre la composición societaria de la misma (más allá de la condición de administrador único por parte del otro acusado), ni sobre la realización o no de otras actividades distintas a las enjuiciadas o sobre la existencia o no de medidas de control o prevención de la comisión del delito. La fijación de responsabilidad penal de la persona jurídica en estas condiciones supondría una traslación automática de la responsabilidad penal de la actuación llevada a cabo por su administrador único, lo cual, tal y como hemos expuesto por la doctrina jurisprudencial expuesta, no tiene cabida en el art 31 bis del CP .

Lo anteriormente expuesto supone una absolución con respecto a la responsabilidad penal imputada a la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria por el delito cometido por su administrador único, que será posteriormente analizada.

SEXTO.- En cuanto a la pena a imponer al acusado Conrado el art 3 de la Ley de Represión del Contrabando establece que "1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. En los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del art. 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior. En los demás casos previstos en el art. 2 las penas se impondrán en su mitad superior."

No procede aplicar la continuidad delictiva solicitada por la Abogacía del Estado puesto que el art. 2.4 de la LO 12/95 establece que "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 aisladamente considerados 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", precepto previsto precisamente para los supuestos de existencia de diferentes acciones atribuidas a un mismo acusado, o a varios, que aisladamente consideradas, no excederían por el valor de lo incautado de una simple infracción administrativa, lo cual acontece en el caso de autos.

De acuerdo con la tipificación de la conducta objeto de análisis (art 2.3 b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando , en relación con los arts 1.11 y 2.2 b) de la misma) se ha de imponer la pena prevista en su mitad superior, es decir, prisión de 3 a 5 años y multa de 3.5 al séxtuplo del valor de los objetos. En el caso de autos, de acuerdo con las prevenciones dispuestas en el art 66 del CP , procede imponer las anteriores penas en su mínimo legal, es decir, 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de 306.972.620 €, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago e insolvencia.

SÉPTIMO.- Por parte del Ministerio Fiscal se solicita igualmente la condena por dos delitos fiscales debido a la falta de ingreso en la Hacienda Pública del Impuesto Especial de Labores del Tabaco y de la diferencia de IVA en relación a lo declarado por los acusados y lo que se debió declarar una vez incluido el importe del impuesto especial en la base imponible del IVA.



Tal y como se recoge en la relación de hechos probados el tabaco incautado y el comercializado al que ya hemos hecho referencia, está gravado por el Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco bajo el epígrafe "demás tabacos para fumar" habiendo dejado de ingresar la Agencia Tributaria por este concepto un total de 24.908.635,49 € (así se recoge en el informe pericial aludido obrante en los Folios 1505 y ss de los autos).

Por otra parte si bien **Altersana** SL procedió a realizar los correspondientes ingresos de IVA al tipo general por el trabajo comercializado, no se incluyó en la base imponible de dicho IVA el correspondiente impuesto especial sobre las Labores del Tabaco, por lo que la cantidad dejada de ingresar por este concepto de IVA por la Agencia Tributaria asciende a 5.230.813,45 €.

Por tanto la cantidad dejada de ingresar por la Agencia Tributaria por Impuesto Especial e IVA asciende a 30.139.448,94 € (Folio 1523 de los autos).

Sobre tal cuestión hemos de reseñar que aún cuando en este caso, si cabría hablar en principio de delito contra la Hacienda Pública por las cantidades dejadas de ingresar en la Agencia Tributaria y el consiguiente incremento patrimonial generado para el acusado por su actividad delictiva, no procede dictar la sentencia condenatoria interesada, pues nos encontraríamos ante un supuesto de concurso de leyes del artículo 8.1ª del Código Penal, dado que además los intereses de la Agencia Tributaria aparecen garantizados mediante la oportuna responsabilidad civil del delito en los términos previstos en el art 4 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando, y los posibles incrementos patrimoniales del acusado derivados directamente de su actividad delictiva aparecen sancionados con el comiso de tales efectos en los términos previstos en el art 5 de dicha Ley.

Sobre este extremo cabe destacar la doctrina establecida en la sentencia del TS de 28-3-2001, 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.

OCTAVO.- En lo referente al tema de la responsabilidad civil el art 4 de la LO de Represión del Contrabando se establece que "En los procedimientos por delito de contrabando la responsabilidad civil comprenderá la



totalidad de la deuda tributaria no ingresada que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción o por alguna de las causas previstas en el artículo 251.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , incluidos sus intereses de demora."

En el caso de autos la apertura de las actuaciones penales se realizaron con anterioridad a que la Agencia Tributaria pudiera tener conocimiento de la defraudación o pudiera tener los datos suficientes para la liquidación en la vía administrativa. Concretamente el art 251.1. de la Ley general Tributaria establece lo siguiente: "Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, absteniéndose de practicar la liquidación a que se refiere el artículo 250.2 de esta Ley , en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la tramitación de la liquidación administrativa pueda ocasionar la prescripción del delito con arreglo a los plazos previstos en el artículo 131 del Código Penal .
- b) Cuando de resultas de la investigación o comprobación, no pudiese determinarse con exactitud el importe de la liquidación o no hubiera sido posible atribuirla a un obligado tributario concreto.
- c) Cuando la liquidación administrativa pudiese perjudicar de cualquier forma la investigación o comprobación de la defraudación."

En el caso de autos como antes hemos expuesto no pudo practicarse la liquidación de la deuda tributaria en vía administrativa, por lo que ésta debe de concretarse en este proceso incluyéndola en la responsabilidad civil tal y como exige el art 4 de la LO de Represión del Contrabando.

En definitiva, no es dudoso que: 1º) Los delitos de contrabando llevan aparejada una responsabilidad civil a favor del Estado, y 2º) que esta responsabilidad civil comprende la totalidad de la deuda tributaria no ingresada.

En el caso de autos, tal y como se recoge en el informe pericial obrante en los Folios 1505 y ss de los autos, el tabaco incautado y comercializado por el acusado está gravado por el Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco bajo el epígrafe "demás tabacos para fumar" habiendo dejado de ingresar la Agencia Tributaria por este concepto un total de 24.908.635,49 € .

Por otra parte si bien **Altersana** SL procedió a realizar los correspondientes ingresos de IVA al tipo general por el tabaco comercializado, no se incluyó en la base imponible de dicho IVA el correspondiente impuesto especial sobre las Labores del Tabaco, por lo que la cantidad dejada de ingresar por este concepto de IVA por la Agencia Tributaria asciende a 5.230.813,45 €.

Por tanto la cantidad dejada de ingresar por la Agencia Tributaria por Impuesto Especial e IVA asciende a 30.139.448,94 € (Folio 1523 de los autos), cantidad que debe de incrementarse en el interés de demora tributario establecido en el art. 26 de la Ley General Tributaria 58/2003 de 17 de Diciembre en relación con el art 576.3 de la LEC .

Dicha responsabilidad civil será exigible en primer lugar al responsable penal del delito analizado conforme dispone el art 116 del CP , pero con carácter subsidiario será extensible también a **Altersana** SL por aplicación de lo dispuesto en el art 120.4 del CP .

NOVENO.- La responsabilidad impuesta por el delito de contrabando conlleva el comiso de los efectos e instrumentos del delito, dinero, vehículos incautados y el tabaco decomisado, en los términos previstos en el art 5 de la Ley de Represión del Contrabando que señala lo siguiente:

"1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:

- a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.
- b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.
- c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.
- d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
- e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito."



DÉCIMO.- Conforme dispone el art 123 del CP y 240 de la LECr se deben de imponer las costas procesales al acusado que ha sido condenado, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Sobre los criterios de la distribución de la condena en costas debemos traer a colación la STS 6 DE MARZO DE 2013 que señala lo siguiente:

"Ante todo hay que decir que la materia de la condena en costas puede ser objeto de recurso de casación cuando la condena sea total o parcialmente incorrecta o cuando se haya producido indebidamente una absolución en cuanto a su pago (SSTS. 14.10.88 , 16.2.99 , 13.2.92 , 30.9.95). y ello pese a la precariedad de la regulación de esta materia en nuestras leyes (solo los arts. 123 CP y 240 LECrim), en cuanto a la determinación de los supuestos en que procede tal condena, precariedad criticada por la doctrina, pero que no impide el que haya unos principios en tales normas que cabe aplicar para poder precisar esos supuestos. Tales arts. 123 CP y 240 LECr , por lo que aquí interesa, -dice la STS. 16.2.2001 - es decir, respecto de cuándo procede la condena en las costas de la instancia contra el acusado, obedecen a un principio muy claro: condena en costas del condenado penal y declaración de oficio cuando esa condena penal no se produjo. Y de aquí venimos deduciendo que cuando hay varios delitos imputados y existe condena por unos y no por otro, se han de hacer las partes correspondientes para imponer las costas respecto de aquellas infracciones por las que se condena y declararlas de oficio con relación a las que fueron objeto de absolución. Y lo mismo cuando hay varias personas acusadas y unas son absueltas y otras no. Con tales criterios, y sin más que unas operaciones aritméticas elementales, podemos establecer la parte de costas por la que se condena y aquella otra que hay que declarar de oficio, así como la que ha de corresponder a cada uno de los condenados cuando son varios, partiendo primero una distribución conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados, sin comunicación de responsabilidades de unos con otros en caso de insolvencia de alguno y declarando de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultasen absueltos (SSTS. 939/95 de 30.9 , 9.10.97 , 19.11.2002).".

En el caso de autos el objeto de acusación venía constituido por un delito de contrabando y dos delitos contra la Hacienda Pública, recayendo sentencia condenatoria exclusivamente respecto del delito de contrabando, y dentro de éste solo se condena a uno de los acusados, quedando absuelta penalmente la mercantil **Altersana SL**, por lo que a dicho condenado se le impondrán 1/6 de las costas procesales, declarándose el resto de las costas de oficio.

Vistos, además de los citados artículos, los de general y pertinente aplicación. En nombre del Rey:

FALLAMOS

Que debemos de **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Conrado como autor de un delito de contrabando ya definido a la pena de **3 años de prisión** , inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y **multa de 306.972.620 €** , con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses en caso de impago e insolvencia.

En concepto de **responsabilidad civil** directa Conrado indemnizará a la Agencia Tributaria en la cantidad de **30.139.448,94 €** , cantidad que debe de incrementarse en el interés de demora tributario establecido en el art. 26 de la Ley General Tributaria , declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de **Altersana SL**.

Procede absolver a Conrado de los dos delitos fiscales por los que ha sido acusado.

Se absuelve penalmente a **Altersana SL** de la responsabilidad penal imputada, sin perjuicio de la responsabilidad civil ya declarada.

Se condena igualmente a Conrado al abono de 1/6 de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, declarando de oficio el resto de las citadas costas.

Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico Noveno de esta resolución.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentando ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Cr .

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado que la ha dictado cuando se encontraba celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia doy fe.