

Audiencia Provincial**AP de Madrid (Sección 23ª) Sentencia num. 615/2015 de 15 septiembre****ARPI20151073**

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: EXISTENCIA: alcohol parcialmente desnaturalizado en régimen de exención fiscal supuestamente para la fabricación de un insecticida, sin que lo fabricase, revendiéndolo a otra empresa: alega que lo vertía en un camión de la compradora donde venían los restantes componentes, fabricándose así el insecticida: esto no es fabricación; **AUTOR:** EXISTENCIA: propietario del 98% de la sociedad con poder amplísimo en su favor, probándose su gestión en operaciones de la empresa, aunque formalmente sea otro el administrador único, que no es imputado por permanecer ajeno a las mismas.

Jurisdicción:Penal

Recurso de Apelación 1170/2015

Ponente:Ilmo. Sr. D. Celso Rodriguez Padrón

La Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 23-12-2014, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Madrid.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 8..

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0021184

251658240

APELACIÓN SENTENCIAS PROCEDIMIENTO ABREVIADO 1170/2015**ORIGEN: JUZGADO DE LO PENAL Nº 05 DE MADRID****PROCEDIMIENTO ABREVIADO 192/2013**

Apelante: D./Dña. Luis Alberto

Procurador D./Dña. MARTA LOPEZ BARREDA**Letrado D./Dña. EDUARDO LAZARO LAZARO****Apelado: D./Dña. MINISTERIO FISCAL**

SENTENCIA Nº 615/2015**ILMOS.SRES.MAGISTRADOS****D^a MARIA RIERA OCARIZ****D.JESUS EDUARDO GUTIERREZ GOMEZ****D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN**

En Madrid, a quince de septiembre de dos mil quince.

Vistos en grado de Apelación, ante la Sección Veintitrés de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Procedimiento Abreviado- Rollo de Apelación Núm. 1170/2015, procedentes del Juzgado de lo Penal Núm. 5 de los de Madrid, en el que han sido parte, el Ministerio Fiscal, la Hacienda Pública representada por el Abogado del Estado, como acusado, Luis Alberto , mayor de edad, natural de la República de Austria, vecino de Madrid, con domicilio en la CALLE000 nº NUM000 , sin antecedentes penales, y cuyas circunstancias personales constan en las actuaciones, y en calidad de responsable civil la entidad mercantil "Incopro International Consumer Products S.L.", todo ello en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública dictada por dicho Juzgado en fecha 23 de diciembre de 2014 por parte del condenado, representado por la Procuradora Dña. Marta López Barreda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Penal Núm. 5 de los de Madrid, se celebró juicio oral, dimanante de las Diligencias Previas/Procedimiento Abreviado instruido por el Juzgado de Instrucción Núm. 27 de Madrid , por delito contra la Hacienda Pública, dictándose Sentencia en fecha 23 de diciembre de 2014 , que contiene literalmente los siguientes HECHOS PROBADOS:" La mercantil INCOPRO, INTERNATIONAL CONSUMER PRODUCTS S.L(en adelante INCOPRO) se constituyó el 11 de noviembre de 1997, con objeto, entre otras actividades, la de comercialización, investigación y desarrollo de productos zoonosanitarios.

El acusado D. Luis Alberto es socio fundador, titular del 98% de las participaciones sociales, y ostentó la condición de apoderado de la mercantil con amplias facultades, incluida la de representarla ante las Haciendas Públicas, facultades conferidas por escritura del mismo 11 de noviembre de 1997 y que mantenía en las fechas que se dirá.

La sociedad arrendó para el ejercicio de su actividad la Nave 2 del Polígono P-29 c/Camino del Molino nº 1 de Collado Villalba.

El 30 de diciembre de 1998, la referida entidad, representada por el acusado, solicitó de la Administración Central de Aduanas la inclusión en el Registro de Territorial del Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas derivadas del establecimiento. La actividad fue inscrita en el citado registro el 19 de abril de 1999.

La mercantil solicitó y obtuvo autorización para recibir cada año 290.000 litros de alcohol parcialmente desnaturalizado en régimen de excepción fiscal del Impuesto Especial sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas. La exención se solicitó y concedió para la fabricación de un "Repelente de insectos para establecimientos, especialmente indicado para caballos" y se acompañó a la misma descripción documental del proceso de fabricación.

INCOPRO recibió las siguientes cantidades de alcohol exento del pago del impuesto por ejercicio:

- En 2000, la cantidad de 290.000 litros
- En 2001, la cantidad de 240.000 litros
- En 2002, la cantidad de 288.000 litros
- En 2003, la cantidad de 230.000 litros

Con dicho producto el INCOPRO no fabricó el repelente para insectos para cuya producción había obtenido la exención y se limitó a administrarlo a un único proveedor, con incumplimiento de las condiciones alegadas y conforme a las que había obtenido la exención del pago del referido Impuesto Especial sobre Alcohol y Bebidas Derivadas.

De esta forma se dejó de abonar las siguientes cuotas del Impuesto Especial sobre Alcohol y Bebidas Derivadas por ejercicio:

- En 2000, la suma de 1.909.914,18 euros
- En 2001, la suma de 1.581.293,86 euros
- En 2002, la suma de 2.049.651,78 euros
- En 2003, la suma de 1.564.799,76 euros.

La causa ha sufrido grandes y extraordinarias dilaciones a lo largo de la tramitación, que han determinado que ocurridos los hechos en los ejercicios fiscales de 2000 a 2003 no haya concluido la instrucción hasta el dictado del auto de 24 de mayo de 2012. Destaca la completa paralización habida entre el 3 de julio de 2007 y el 17 de mayo de 2010."

SEGUNDO.- Tras la exposición de los Fundamentos de Derecho que sirven de motivación a la referida Sentencia, concluye su parte dispositiva con arreglo al siguiente tenor: FALLO que "DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. Luis Alberto en concepto de autor de CUATRO DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA, precedentemente definidos, concurriendo una situación muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas por cada uno de los cuatro delitos de UN AÑO DE PRISION y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por VEINTE MESES, con las accesorias legales de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como las multas de 1.909.914,18 euros por el primer delito, de 1.581.293,86 euros por el segundo, 2.049.651,78 euros por el tercero y de 1.564.799,76 euros por el cuarto, en todo caso con un día de arresto sustitutorio por cada 5700 euros impagados, así como al pago de las costas procesales, excluidas las generadas por la acusación particular.

Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado D. Luis Alberto y a la mercantil INCOPRO INTERNATIONAL CONSUMER PRODUCTS S.L a abonar a la Hacienda Pública en concepto de responsabilidad civil las sumas de 1.909.914,18 euros, 1.581.293,86 euros, 2.049.651,78 euros y 1.564.799,76 euros, incrementadas por un interés calculado al tipo normal del dinero desde la fecha en que concluyera la obligación de liquidar la cuota defraudada a determinar en trámite de ejecución de sentencia, hasta el día de la fecha, y, desde este día hasta el del completo pago, calculado al tipo previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ."

TERCERO.- Por la representación procesal de la parte condenada, disconforme con la invocada resolución, se interpuso, en tiempo y forma, Recurso de Apelación, cuyo conocimiento correspondió por turno de reparto a esta Sección en fecha 13 de julio de 2015, siendo designado como Ponente el Magistrado D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, y señalándose para la deliberación del recurso el día 14 de septiembre de 2015.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO

Se aceptan íntegramente y dan por reproducidos los que forman parte de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La representación procesal del condenado por delito contra la Hacienda Pública en sentencia del Juzgado de lo Penal impugna tal resolución interesando con carácter previo la práctica de prueba en segunda instancia, consistente en la testifical de los legales representantes de las empresas "Alcoholes Aroca S.A.", y "Beltrán y Camporredondo S.A.", que le fue denegada por el Juzgado de lo Penal por no venir identificados personalmente y cuya ausencia provoca grave indefensión a la hora de acreditar la relación del acusado con proveedores. A continuación basa su discrepancia, en síntesis, en los argumentos: 1.- Error en la apreciación de la prueba. A) En primer lugar en cuanto se refiere a la condición mercantil del acusado, a quien el recurso niega tan amplias facultades como entiende que ostentaba la sentencia impugnada a la hora de adoptar decisiones del tráfico de la empresa ni en su gestión. Por el contrario, el Sr. Luis Alberto ha sido un mero representante, que rendía cuentas al administrador único de la entidad, que no ha resultado imputado. Añade que, siendo el único cliente de la empresa Incopro Internatinal, la entidad holandesa Dersav BV, no parece carente de sentido que quien realizase las ventas fuese el administrador único de la sociedad imputada, ya que tenía residencia en el mismo país del cliente, sin que pueda entenderse que la mera firma de los albaranes de recepción del alcohol adquirido en España por parte del recurrente sea elemento incriminatorio suficiente como para considerarle auténtico gestor de la empresa sobre quien se hace recaer el fraude tributario. B) Dentro de este mismo apartado sostiene el recurso que Incopro sí fabricaba el producto repelente de insectos para el que se adquiría -en régimen tributario especial- el alcohol desnaturalizado, siendo el proceso de fabricación la mezcla con otros productos químicos en los camiones cisterna que acudían a las instalaciones de Incopro (aunque viniesen ya cargados en tales vehículos).

2.- Como segundo motivo de impugnación se alega la aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , al afirmar la sentencia la corresponsabilidad del acusado con la persona jurídica representada. Sostiene el recurrente que se dedica al asesoramiento de empresas; que "para la adquisición del alcohol al efecto de la fabricación del producto insecticida, recibió expresas instrucciones de fecha y cantidad en tanto a las ventas que fueran a llevarse a cabo a Dersav BV" y reitera la ausencia de gestión con proveedores y clientes. Que si figuran ingresos en entidades bancarias, son

fruto de transferencias de los clientes, y los únicos realizados por el acusado son del dinero que en efectivo le entregaba el administrador de la sociedad para atención de gastos menores como alquiler y suministros. No era, por lo tanto, un administrador de hecho. Actuaba por mandato de otro. No es suficiente al efecto contar con un amplio poder, y la sentencia establece la responsabilidad objetiva por el cargo. Por todo lo expuesto concluye suplicando que, previa admisión del pleito a prueba y la práctica de la testifical solicitada, se dicte sentencia por la que, revocando la apelada, se absuelva al denunciado de los delitos por los que resultó condenado.

El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso. El Abogado del Estado no formuló alegaciones.

SEGUNDO

Planteado en tales términos el debate de impugnación, con carácter previo al análisis particular de los motivos del recurso que origina esta alzada, debe desestimarse la petición que se contiene en el recurso de admisión de prueba en esta alzada y práctica de las testificales solicitadas con celebración de vista. En fase de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790.3, podrá solicitarse la práctica de las pruebas que hayan sido indebidamente denegadas siempre que se hubiese formulado en su momento la oportuna protesta. En el supuesto de autos, es verdad que en el escrito de defensa (folio 199) se propone como prueba la testifical de los legales representantes de dos empresas proveedoras de alcohol a la representada por el acusado y en el Auto de 14 de octubre de 2014, por el que se declara la admisión de pruebas (folio 210) se deniega dicho medio por no venir identificados los testigos al amparo de lo establecido en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) . No es menos cierto que en el acto de la vista oral, dicha petición no fue reproducida ni tampoco protestada. Así, tras la visualización de la grabación del juicio puede comprobarse que el letrado de la defensa, en el trámite de cuestiones previas contemplado en el artículo 786.2 del invocado texto procesal no quiso formular ninguna petición pese al expreso ofrecimiento en tal sentido realizado por el Magistrado que presidía el acto (concretamente véase minuto 1:11 de la grabación). Dicha actitud, que en su momento implica una renuncia a la reproducción de la solicitud probatoria cuya importancia ahora destaca en términos de defensa, no puede verse suplida "per saltum" proponiendo en segunda instancia la celebración de nueva vista con finalidad de prueba. El recurrente ha decaído en su derecho al no emplear el cauce legalmente previsto, que le hubiese ofrecido la oportunidad de justificar ante el órgano sentenciador competente la importancia de la prueba previamente denegada, y en su caso, protestar la persistencia de su declaración de improcedencia.

La solicitud que ahora se deduce, ha de ser, en consecuencia, desestimada.

TERCERO

Al entrar a resolver los motivos por los que se cuestiona el resultado de la vista oral en cuanto al fondo, resulta procedente invocar algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y alcance del Recurso de Apelación, tal como ha venido a configurarse no sólo en su regulación legal, sino además en su delimitación jurisprudencial. Según constante doctrina, de la que -entre otras muchas- son exponente las Sentencias del Tribunal Constitucional 102/1994 (RTC 1994, 102) , 17/1997 (RTC 1997, 17) y 196/1998 (RTC 1998, 196) , la apelación ha venido considerándose como un recurso ordinario, omnicompreensivo y abierto, sin motivos de impugnación tasados y tipificados que da lugar a un nuevo juicio con posibilidad de revisar, tanto los elementos de hecho como de derecho, contenidos en la sentencia de instancia. Ahora bien, como asimismo ha reflejado esta misma Sección, "Este carácter de

nuevo juicio que se otorga a la apelación no impide que, en relación con las pruebas testificales y declaración de los implicados, el juzgador de instancia se encuentre en una posición privilegiada para su valoración, pues al llevarse a cabo la actividad probatoria en el acto del juicio con observación del principio de inmediación, se pueden apreciar por el mismo una serie de matices y circunstancias que acompañan a las declaraciones, que no pueden ser apreciadas por el Tribunal de apelación, y que sirven, en muchos casos, para establecer quien o quienes son los declarantes que se ajustan a la realidad, y, en definitiva, evaluar la prueba conforme a los parámetros de los artículos 741 y 973 de la L.E.Crim (LEG 1882, 16) " (SAP Madrid, de 26.3.2013 (PROV 2013, 158545)).

CUARTO

Cuestiona el recurso la apreciación de la prueba realizada por el Magistrado de instancia, al amparo de lo previsto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) . Al respecto conviene recordar que, verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal *a quo* basándose en las pruebas personales practicadas en el acto del juicio y que se tuvieron expresamente en cuenta en la fundamentación de la sentencia, queda limitada, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECrim , ante el que cobra singular virtualidad la inmediación de que dispuso.

Como ha señalado asimismo la jurisprudencia de forma más que reiterada, la prueba que debe soportar la conclusión judicial es la que se practica en juicio, en la vista oral, sometida a los principios de inmediación, contradicción y publicidad. La importancia que la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga -en extensión y detalle- a las diligencias sumariales, no puede sobredimensionar nunca la finalidad de la fase instructora, que no es otra que preparar el juicio, y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, por utilizar los términos del conocido artículo 299 de la invocada Ley procesal . Esta misma Ley, en su artículo 788 determina el juicio como sede de la práctica de la prueba, y en el artículo 741 impone al Juez el deber de dictar la sentencia sobre la apreciación de las pruebas y alegaciones realizadas en el juicio. Sin desconocer la importancia y eficacia que las diligencias sumariales o la prueba anticipada pueden llegar a tener en el resultado del proceso penal (por todas STC 161/1990, de 19 de octubre (RTC 1990, 161)), la prueba por excelencia es la que se practica en juicio.

En el presente supuesto, la sentencia declara probado que el acusado, Luis Alberto , en su condición de propietario del 98% y representante de la empresa "Incopro International Consumer Products S.L." solicitó de la Administración de Aduanas española -y obtuvo- la inscripción en el Registro sobre el impuesto del alcohol y bebidas derivadas y obtuvo autorización para recibir 290.000 litros del alcohol parcialmente desnaturalizado en régimen de exención fiscal para la fabricación de un insecticida. No fabricó dicho producto, sino que directamente lo suministró a una empresa holandesa, dejando de abonar más se siete millones de euros en impuestos en los ejercicios de 2000 a 2003, debido al régimen tributario especial del que era beneficiario. Con ello se incurrió en cada uno de los ejercicios mencionados un delito contra la Hacienda Pública penado en el artículo 305 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) .

A) El recurso centra su principal argumentación en discutir la condición del acusado, a quien presenta como un simple mandatario, sin capacidad de gestión de la empresa, que obedecía simplemente órdenes del administrador único de la sociedad, Luis Angel , que no ha sido imputado en esta causa, al haberse

decretado para él el sobreseimiento de la misma en el Auto de transformación de las diligencias previas a procedimiento abreviado de 24 de mayo de 2012 (folio 174) al entender el Magistrado instructor que no quedaba acreditada su participación en estos hechos. Han quedado resumidos los argumentos sobre los que descansa el recurso en la síntesis que se contiene en el fundamento primero.

Del examen de la prueba practicada en las presentes actuaciones y particularmente del resultado de la vista oral, dicha lectura no se comparte por esta Sala, sino que ha de verse compartida la interpretación que llevó a cabo el Magistrado autor de la sentencia recurrida, con base en las siguientes acreditaciones. En primer lugar así resulta de los documentos obrantes en el Tomo 3 de la pieza documental. La mencionada sociedad, desde su constitución, pertenece en un 98% al acusado (escritura de constitución de fecha 11 de noviembre de 1997, obrante al folio 657 de la pieza documental). En la misma fecha se otorgó a su favor un poder general (folio 697 de la misma pieza) cuyas facultades son tan amplias en los ámbitos mercantil, jurídico y administrativo, que le colocan en una posición de verdadero privilegio a la hora de llevar a cabo la gestión real y completa de la sociedad, excediendo con mucho la posición de simple y lejano o desinformado ejecutor de decisiones ajenas que - según el recurso- adoptaba otra persona (el actual administrador), cuya intervención en el proceso ha sido totalmente nula ni sobre quien la defensa aporta dato alguno que pueda justificar esa preeminencia que en el recurso resalta. Ciertamente es que es a la acusación a quien corresponde probar los elementos que resulten incriminatorios en todo proceso penal, pero no resulta menos pacífico el que la simple alegación de un tercero como participante en unos hechos -cuando la realidad de la causa evidencia la del acusado- podrá ser considerado como un argumento exculpativo legítimo en términos de defensa, pero huérfano de cualquier respaldo racional, y por lo tanto insuficiente. Esta conclusión se ve reforzada porque es también el acusado, Luis Alberto quien suscribe el documento obrante a los folios 28 y 29, dirigido a la Administración Aduanera española, solicitando la inscripción de su empresa como usuaria de alcohol desnaturalizado, con el fin de aparentar que se dedicaría a la "fabricación" de un repelente de insectos especialmente indicado para caballos, beneficiándose de este modo de un tratamiento fiscal especial, que le permitirá eludir el pago de impuestos en elevados importes. En la pieza documental constan abundantes albaranes de entrega de alcohol desnaturalizado por las empresas proveedoras con la firma del acusado como receptor-empresa.

La intervención en el juicio del acusado confirma -en consonancia con su sinceridad- los elementos probatorios documentales anteriores. Es verdad que dice no recordar si tiene participaciones en la empresa (minuto 3) y reitera que él se limitaba a hacer lo que "ellos" le encargaban. Las órdenes de negocio eran siempre por teléfono y no se documentaban, pero a preguntas del Magistrado (en aclaración de una de las cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal) admite que hacía compras (minuto 7:50) a proveedores y firmaba la recepción del alcohol, como también lo hacía a veces la secretaria (12:37).

En consecuencia, centrándonos en las operaciones de compra de alcohol desnaturalizado (que resultan mucho más relevantes a los efectos de enjuiciamiento del delito fiscal que las de venta posterior), la conclusión que alcanza la sentencia acerca de que el acusado excedió de la representación formal y ejerció gestión de la entidad (penúltimo párrafo de la pág. 6) es totalmente acertada y amparada sobradamente por la prueba practicada. Se alejan enormemente de la realidad las afirmaciones del recurso que presentan a Luis Alberto como una persona prácticamente ajena a los hechos, carente de toda responsabilidad en la dinámica comisiva, que no ha sido otra que beneficiarse de un régimen fiscal especial de compra de alcoholes destinados a fabricar otros productos para obtener grandes beneficios, ahorrando impuestos, sin acomodarse luego a la actividad para la que se había obtenido la

correspondiente autorización tributaria. El acusado era consciente de todas estas implicaciones y no se limitó a obedecer órdenes ajenas en su propia empresa ignorando tan beneficioso planteamiento.

B) La propia sentencia aborda correctamente el segundo argumento que contiene el recurso en su motivo primero: lo que se hacía no era fabricar un producto insecticida determinado, sino simplemente trasvasar el alcohol adquirido en España a camiones de la compradora extranjera, traicionando de este modo la autorización obtenida de la Administración Aduanera.

Partimos de que el propio acusado, en el acto del juicio reconoce (minuto 13) que en un principio estaba previsto que "nosotros" fabricásemos el producto. Pero luego, el camión que venía de Holanda, traía ya en su cisterna los productos químicos correspondientes porque los adquirirían fuera mucho más baratos que en España. De tal modo, aquí se introducía el alcohol en la cisterna, sin más. Y este cambio nunca se le comunicó a la Hacienda española. Evidentemente, esto no es fabricar. Como señala con acierto la sentencia impugnada, es simplemente "vender" el alcohol. Revender, en opinión de esta Sala, de tal modo que la nave industrial de Incopro International se convertía en un mero punto de trasvase. Y hemos de advertir que a la mera venta no se extendía el beneficio fiscal, que estaba concebido para la compra destinada a procesos de fabricación. No puede sostenerse que el simple vertido a un camión cisterna de miles de litros de alcohol para que por acción simple y natural, se mezclen con lo que ya viene en su interior, es un verdadero proceso de fabricación. La acción descrita no requiere preparación, elaboración, manipulación ni cuidados especiales, contraste, seguimiento ni pruebas. No puede, insistimos, concebirse como fabricación de un producto insecticida, pese a que el resultado pudiera ser idóneo. Más bien es un subterfugio ideado para aprovecharse de unas ventajas y exenciones fiscales que, en las cantidades acreditadas en las actuaciones, reportaron grandes beneficios a la empresa del acusado y correlativas pérdidas a la Hacienda Pública española. La dinámica comisiva es sencillamente un fraude: se presenta como fabricación lo que es un simple vertido de alcohol en un camión cisterna que -posteriormente- por acción natural de la mezcla, se venderá como insecticida.

El motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado, al considerarse acertadas las apreciaciones valorativas realizadas en la sentencia como interpretación de la prueba a los efectos de acreditar la acción y la participación en ella del acusado hoy recurrente.

QUINTO

En inmediata relación con la fundamentación anterior hemos de analizar el segundo motivo del recurso, que cuestiona la condena del acusado sobre la base prevista en el artículo 31 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , a cuyo tenor: El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

El recurso combate esta aplicación de la norma alegando que el acusado carecía de autonomía de gestión, que actuaba por mandato de otros y que su rol no puede ser apreciado con la laxitud con que lo hace la sentencia. Como señala la STS de 19 de abril de 2012 (RJ 2012, 9034)): "En sede doctrinal, se han dado hasta tres concepciones del administrador de hecho. En una primera posición se puede estimar al administrador inicialmente de derecho pero cuyo nombramiento adolece de alguna irregularidad, como serían los supuestos de nombramiento no aceptado, defectuoso, no inscrito o caducado, no obstante se objeta que las funciones del administrador pueden ser ejercidas de facto no solo por el administrador

irregular, sino por un tercero que utiliza como testaferro a quien formalmente aparece como administrador. Una segunda posición estima, precisamente como administradores de hecho a aquéllos que, de hecho, ejercen realmente las funciones de administración, tanto frente a los administradores de derecho como frente a los administradores irregulares, se trataría de la persona que "está detrás" del aparente administrador y que, de hecho, controla la sociedad a través del administrador aparente que sería una mera pantalla. Una tercera solución, parte de la consideración de que el concepto de delito especial no está vinculado con la delimitación del autor sino con la fundamentación instrumental de la posición de garante. Como opinión más autorizada, debemos decir que los delitos societarios y entre ellos, el que nos ocupa del art. 290 C Penal, son delitos de infracción de deber predicable en relación a aquellas personas que por su posición en el organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y transparencia en relación a la sociedad que representan, por lo que son delitos con un sujeto activo especial, constituido por el que manda y dirige la actividad societaria, actuando como administrador de derecho, en virtud del oportuno nombramiento, o cuando de hecho así sea, aunque carezca de nombramiento. La STS 59/2007 de 26 de Enero (RJ 2007, 1586), estima como administrador de hecho "...quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa....", y por su parte, en el mismo sentido la STS 816/2006 de 26 de Julio (RJ 2006, 7317), nos dice que "... se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales.. ..".

Como precisan las SSTs. 816/2006 de 26.7 (RJ 2006, 7317), y 598/2012 de 5.7 (RJ 2013, 2300), por administradores "de derecho" se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil. Los "de hecho" serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra. Por ello *la responsabilidad penal de los administradores de la entidad es exigible siempre que esos administradores hayan tenido real intervención como tales en los hechos típicos, mediante actos de dirección y gestión en la empresa de titularidad social en el ámbito económico* (STS. 1599/2005 de 14.11 (RJ 2006, 2589)).

La reciente STS de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6331) se extiende en un análisis de sumo interés sobre la figura del administrador de hecho. Señala a tal efecto que "La doctrina de esta Sala en orden a la aplicación del art. 31 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), se contiene entre otras en SSTs. 607/2010 de 30.6 (RJ 2010, 7181), 598/2012 de 5.7 (RJ 2013, 2300), recuerda como los delitos producidos en el ámbito organizativo, empresarial no suelen responder, por regla general a comportamientos criminales aislados de una sola persona, más bien, son normalmente el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones, y junto a ello el Derecho penal se encuentra frente a la realidad con mayores dificultades immanentes al sistema ya que, a menudo, deberá responder a la cuestión de quien, como sujeto individual, debe ser, en el ámbito de una empresa, el responsable de las infracciones externas de

determinados deberes y tal cuestión de la imputación individual de hechos realizados en el ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional Parte General del Derecho Penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias, hasta el punto de que se defienda la llamada "autoría social-funcional", pues en la medida en que se trata de sucesos en el ámbito y seno de una empresa u organización debe considerarse autor a aquél que realmente domina la organización -sea empresarial o de otro tipo- en la que se produce un resultado penalmente responsable. Así, deberían considerarse responsables, en primera línea a los directivos de la empresa afectada y a los subordinados solo en casos excepcionales. La valoración penal debe realizarse siguiendo dos pasos: en primer lugar, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes (acciones u omisiones); en segundo lugar, éstos se imputan penalmente a los directivos de la empresa u organización como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad. Así se vislumbra en la nueva orientación del Derecho penal alemán y existen iguales referencias en el Derecho Penal del medio ambiente belga, donde se recoge el "concepto social de autor" según el cual el dominio del hecho se sustituye por la responsabilidad social".

En el supuesto que nos ocupa no puede negarse en el acusado la condición de verdadero administrador de la sociedad, pese a que en las escrituras públicas que constan en autos, se constate el nombramiento formal de otra persona en calidad de administrador único (Luis Angel como consta al folio 683). No era único.

La amplitud de los poderes otorgados en favor del acusado desde la constitución de la sociedad (en la que ostenta el 98% del capital) aparece recogida en el propio recurso. Le facultan para una completa gestión de la empresa. Pero además es que se materializó esa capacidad global de gestión en la dinámica concreta examinada. Fue él quien solicitó ante la Administración Aduanera el registro de Incopro International como empresa dedicada a la fabricación del producto insecticida. Era él quien en España contactaba con los proveedores. Quien estaba al frente de la empresa, quien recibía las entregas de alcohol, y, sobre todo, quien era consciente, plenamente consciente porque las presenciaba, de la dinámica empleada: el simple vertido en camiones cisterna de un alcohol que en su día afirmó que su empresa adquiriría para fabricar un producto determinado, con arreglo a una memoria (folio 28) que decía que la empresa haría en sus instalaciones la mezcla final previo trasiego en depósitos propios, y que el producto lo envasarían y distribuirían. Fue el propio acusado quien traicionó este modo de proceder, y quien ocultó a la Hacienda Pública que las condiciones propuestas en esa memoria de producción -gracias a la cual obtuvo la exención fiscal- se modificaron por razones económicas, con la intención de obtener un beneficio mayor dado que los productos químicos que tenían que emplearse en el proceso productivo eran caros en España.

Fue mucho más que un obediente mandatario. Tuvo el dominio del hecho. Y por ello, su calidad mercantil -sin negar que tal vez fuese acorde con el administrador formalmente designado- llega mucho más lejos de lo que el recurso, en un ejercicio de intención exculpativa, pretende atribuirle, sin que pueda prosperar que todas las decisiones relevantes en el conjunto de los hechos enjuiciados (que no se han documentado jamás) procediesen exclusivamente de otras personas. Choca con el sentido común el intento de despojarle de una responsabilidad directa en la dinámica de los hechos.

El motivo, en consecuencia, tampoco encuentra acogida en esta alzada.

SEXTO

Sobre todas estas premisas, estimamos que las razones del recurso no pueden prosperar. Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado, procediéndose asimismo a la declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , ante la falta de concurrencia de circunstancias especiales para su imposición.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

*Que, **DESESTIMANDO** el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Marta López Barreda contra la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Penal Núm. 5 de los de Madrid en el Juicio Oral 192/2013, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, declarando asimismo de oficio las costas producidas en la presente alzada.*

Notifíquese a las partes y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 792.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) para su debida ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe interposición de recurso, y de la que se unirá Certificación al Rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la misma Ilma. Sra. Magistrada-Ponente, estando celebrando audiencia pública el día _____, asistida de mi la Secretaria. Doy fe.