

Audiencia Provincial

AP de Ourense (Sección 2ª) Sentencia num. 105/2015 de 26 marzo

ARP\2015\336

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA: ELUSION DE PAGO DE TRIBUTOS EN CUANTIA QUE EXCEDA DE 120.000 EUROS: INEXISTENCIA: falta de motivación: impuesto especial de alcohol y derivados: relato fáctico que no especifica la maniobra por la que se condena: empresa de licores sometida a régimen suspensivo según el cual no se devenga el impuesto mientras los productos permanezcan en la empresa: falta de prueba del devengo al no probarse la salida de la mercancía: insuficiencia de fotocopias de facturas de venta aunque la salida esté recogida en los libros: falta de prueba de las operaciones que han permitido lucrarse con los adelantos impositivos de los compradores y de existencias de alcohol de los que se pueda deducir que la cuota defraudada alcance el límite legal. **FALSEDADES:** DE DOCUMENTO MERCANTIL: simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: inexistencia: facturas falsas para documentar venta de alcohol que son meras fotocopias no autenticadas: falsedad en documento privado sobre la que no se ha formulado acusación ni se ha acreditado el perjuicio de tercero.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación 988/2014

Ponente: Illma. Sra. Ana María del Carmen Blanco Arce

La Audiencia declara haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por los acusados, absolviéndolos de los delitos contra la Hacienda Pública y del continuado de falsedad documental.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

OURENSE

SENTENCIA: 00105/2015

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1

Teléfono: 988687072/988687068

213100

N.I.G.: 32054 43 2 2007 1012530

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000988 /2014

Delito/falta: DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Recurrente: Fidel , Landelino

Procurador/a: D/Dª BLANCA PEDRERA FIDALGO, SILVIA ALVAREZ RÍO

Abogado/a: D/Dª JOSE ANTONIO SOMOZA BLANCO, MANUEL RODRIGUEZ GONZALEZ

Recurridos: MINISTERIO FISCAL, AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª ABOGADO DEL ESTADO

Juzgado procedencia: XDO. DO PENAL N.1 de OURENSE

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000191 /2013

SENTENCIA Nº 105/15

=====

ILMOS/AS. SRES./SRAS.:

Presidente/a:

D./DÑA. ANA MARÍA DEL CARMEN BLANCO ARCE.

Magistrados/as.:

D./DÑA. MANUEL CID MANZANO.

Dª. AMPARO LOMO DEL OLMO.

=====

En OURENSE, a veintiséis de Marzo de dos mil quince.

VISTO, por esta Sección 002 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, ROLLO APELACIÓN PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 988/2014 dimanante de los recursos de apelación interpuestos por los/as Procuradores/as Dª BLANCA PEDRERA FIDALGO y Dª. SILVIA ALVAREZ RÍO, en representación respectivamente de **Fidel** asistido del Letrado D. JOSÉ ANTONIO SOMOZA BLANCO y **Landelino** asistido del Letrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, contra la Sentencia dictada en el procedimiento **PA: 0000191/2013** sobre **DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA** del **JDO. DE LO PENAL Nº: 001** ; habiendo sido partes en él, como apelantes los mencionados, acusados, y como apelados el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia y **AGENCIA ESTATAL DE LA**

ADMINISTRACION TRIBUTARIA asistida del Letrado del Estado actuando como **Ponente** el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. **D^a. ANA MARÍA DEL CARMEN BLANCO ARCE** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha dieciséis de Julio de dos mil catorce , cuya **Parte Dispositiva** es del tenor literal siguiente: "Fallo Que debo condenar y condeno a Fidel , como autor de un delito contra la hacienda pública, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 1 años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa del doble de lo defraudado, así como la pérdida del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, incentivos o beneficios fiscales por tiempo de tres años. En cuanto a la multa, se establece prudencialmente una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses de privación de libertad en caso de impago. Con imposición de las mitad de las costas.

Que debo condenar y condeno a Fidel , como autor de un delito de falsedad documental continuado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, la pena de 6 meses de multa a razón de 6 euros día, sujeto a responsabilidad subsidiaria en caso de impago y la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Landelino , como autor de un delito contra la hacienda pública, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 1 años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa del doble de lo defraudado, así como la pérdida del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, incentivos o beneficios fiscales por tiempo de tres años. En cuanto a la multa, se establece prudencialmente una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses de privación de libertad en caso de impago. Con imposición de las mitad de las costas.

Que debo condenar y condeno a Landelino , como autor de un delito de falsedad documental continuado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión, la pena de 6 meses de multa a razón de 6 euros día, sujeto a responsabilidad subsidiaria en caso de impago y la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil condeno a Fidel y Landelino de forma conjunta y solidaria, a abonar a la hacienda pública la cantidad de 149909,04 euros. " .

Y como **hechos probados** expresamente se recogen los de la sentencia apelada: " Se declaran

probados los siguientes hechos:

PRIMERO.-Ha quedado probado y así se declara que Alaricana de Licores S.L fue constituida con una sociedad unipersonal por Fidel , administrador único de la sociedad que comenzó sus operaciones en la fecha de 10 de mayo de 2004. El objeto social de la empresa era la fabricación, elaboración y venta de toda clase de productos alimenticios y bebidas de toda clase, incluidas las bebidas alcohólicas.

En fecha de 23 de septiembre de 2005 se inscribe en el Registro Mercantil de Ourense el cambio de identidad de socio único, pasando a ser su titular Landelino . A los casi tres meses, esto es en fecha de 2 de diciembre de 2005, se inscribe como administrador único de la empresa Alaricana de Licores Benjamín , que causa baja por fallecimiento 9 días después, ha de destacarse en relación con Benjamín que había salido de prisión en el mes de agosto de 2005, como consecuencia de una enfermedad incurable que padecía.

Ha quedado probado que los acusados Fidel , mayor de edad y sin antecedentes penales, y Landelino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, de mutuo acuerdo, realizaron un entramado destinado a que figurara como administrador de la empresa Benjamín , que padecía una enfermedad incurable y a los pocos días de inscribirse como administrador único de la empresa falleció. La finalidad de los acusados era ocultarse e evitar ser perseguidos como autores de una defraudación tributaria, dadas las irregularidades que habían realizado en relación con el impuesto especial sobre el alcohol y bebida derivada.

SEGUNDO.-Alaricana de Licores S.L en su empresa se dedicaba como negocio a la venta de bebidas alcohólicas, en régimen suspensivo, que consiste el empresario obtiene de sus proveedores bebidas alcohólicas, que a su vez vende a sus clientes sin tener que abonar los impuestos que gravan el alcohol en cada transmisión mientras no se reciba del cliente el importe de la mercancía servida, importe en el que se incluían ya los impuestos que abonaba el cliente y que la empresa intermediaria debía a su vez revertir a la Hacienda Pública. Sin embargo los acusados recibían las bebidas alcohólicas, en régimen suspensivo sin abonar el impuesto especial que las grava, estas bebidas a su vez la vendían a terceras personas, por lo que los acusados de forma ilícita se lucraron con el importe de los impuestos especiales obtenidos por la venta de bebidas alcohólicas que no liquidaron ante la Hacienda Pública.

TERCERO.-La agencia tributaria comenzó sus averiguaciones sobre la situación de la empresa, en fecha de 19 de diciembre de 2005, se comprobó que el obligado tributario en el libro de productos elaboradas, existen salidas de productos fuera del régimen suspensivo. Asimismo la empresa no presentó la declaración de operaciones correspondientes al cuarto trimestre de 2005, ni presentó la declaración liquidación del cuarto trimestre de 2005. La empresa puso todo tipo de impedimentos para que los funcionarios de Hacienda realizaran su trabajo, obstaculizando la entrada en la empresa, la no entrega de documentos. Así ente un periodo computado entre 10 de octubre de 2005 y 12 de diciembre

de 2005 se emitieron 9 facturas que documentaban aparentemente la salida de la sociedad de 75.948 litros de alcohol, 17.815,14 litros absoluto, no conocemos al destino, sin presentar la declaración de operaciones en relación con el impuesto especial que grava de alcohol, por lo que dejaron de ingresar en la Hacienda Pública 149.909,04 euros. " .

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por las representaciones procesales de los hoy recurrentes, se interpusieron recursos de apelación que formalizaron exponiendo las alegaciones que constan en sus respectivos escritos, los cuales se hallan unidos a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado de los escritos de formalización de los recursos a las partes, se presentaron escritos de impugnación por el MINISTERIO FISCAL y la defensa de la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, sin la celebración de vista, se pasaron las actuaciones a la ltma. Magistrada Ponente para resolver.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada que se sustituyen por los siguientes:

I.- Ha quedado probado y así se declara que Alaricana de Licores S.L fue constituida con una sociedad unipersonal por Fidel , administrador único de la sociedad que comenzó sus operaciones en la fecha de 10 de mayo de 2004. El objeto social de la empresa era la fabricación, elaboración y venta de toda clase de productos alimenticios y bebidas de toda clase, incluidas las bebidas alcohólicas.

II.- En fecha de 23 de septiembre de 2005 se inscribe en el Registro Mercantil de Ourense el cambio de identidad de socio único, pasando a ser su titular Landelino . A los casi tres meses, esto es en fecha de 2 de diciembre de 2005, se inscribe como administrador único de la empresa Alaricana de Licores Benjamín , que causa baja por fallecimiento 9 días después, ha de destacarse en relación con Benjamín que había salido de prisión en el mes de agosto de 2005, como consecuencia de una enfermedad incurable que padecía.

III.- Los acusados Fidel , mayor de edad y sin antecedentes penales, y Landelino , ambos mayores de

edad y sin antecedentes penales ejercían de hecho la administración de la empresa en el último trimestre del año 2005, pese a la formal titularidad de Benjamín , concertándose ambos para presentar a la agencia tributaria que inició la investigación en la empresa que gestionaban el 19 de Diciembre del 2005, 6 fotocopias de facturas expedidas por la citada mercantil, concretamente la 1001, 1002, 1003, 1004, 1005 y 1006/2005, documentando aparentemente la venta y salida de alcohol que no consta acreditado llegara a producirse, y que por ello no respondían a la realidad. La cuota defraudada a la Agencia tributaria en tanto se hacía constar el cobro del impuesto especial de alcohol de los adquirentes, que no llegó a ser objeto de liquidación ascendía a la suma de 66.234,024 Euros.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

Frente a la sentencia por la que se condena a los acusados como autores de un delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y de un delito continuado de falsedad documental del artículo 392 en relación con el artículo 390.1 nº 2 del CP , se alzan en apelación sus representaciones pretendiendo un pronunciamiento absolutorio en base a diferentes motivos y subsidiariamente la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas con la consiguiente rebaja penológica.

SEGUNDO

Llama la atención tal y como denuncian los recurrentes, la falta de motivación de la sentencia apelada que dificulta en gran medida la resolución del presente recurso, en cuanto que en relación a la incardinación del comportamiento declarado probado en los tipos objeto de condena nada se razona, hasta el punto de que se alude a un impuesto IVA que nada tiene que ver con las presentes actuaciones y se omite todo pronunciamiento en relación al impuesto especial de alcohol y productos derivados, si bien no se declara la nulidad de la misma al no ser objeto de específica petición de conformidad a lo establecido en el artículo 240 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) .

TERCERO

Ello establecido y tratando de abordar los aspectos comunes de ambos recursos, baste decir en materia de autoría, que la misma está acreditada en relación a ambos recurrentes al deducirse de la prueba testifical y documental, que ambos a lo largo del año 2005 actuaron como administradores de

hecho de la empresa Alaricana de licores S.L., bastando a tales efectos reproducir la motivación de la Juzgadora en cuanto, si trata tal aspecto ampliamente.

CUARTO

Abordando el delito contra la Hacienda Pública previsto en el artículo 305 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en su modalidad de elusión del pago de impuestos, es lo cierto que el relato fáctico no concreta ni específica, la maniobra defraudatoria por la que se condena, y ello es motivo suficiente para concluir en un pronunciamiento absolutorio que ya se anticipa.

La Juzgadora parte de que la empresa investigada estaba fiscalmente sometida al régimen suspensivo, lo que significa que el impuesto no se devengaría mientras los productos no se pongan a consumo, es decir mientras permanezcan en las fábricas en que se han obtenido o en unos lugares autorizados para almacenar productos en régimen suspensivo, denominados depósitos fiscales, tal y como aquí acontece, hecho este no cuestionado en modo alguno, lo que obedece a la evitación de costes financieros por el desfase temporal entre la realización del hecho imponible y el momento en que se produce la puesta a consumo.

Establece el artículo 7 de la Ley 38/1992 de 28 de Diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) lo siguiente: I Impuesto se devengará: 1. En los supuestos de fabricación, en el momento de la salida de los productos objeto de los impuestos especiales de fabricación de la fábrica o depósito fiscal o en el momento de su autoconsumo. No obstante, se efectuará en régimen suspensivo la salida de los citados productos de fábrica o depósito fiscal cuando se destinen: a) directamente a otras fábricas, depósitos fiscales, a una entrega directa, a un destinatario registrado o a la exportación.

De modo tal que con arreglo al citado artículo el impuesto especial se devengara en el momento de salida del citado depósito fiscal, esto es de la empresa Alaricana de licores S.L., y para acreditar tal salida de alcohol, la única documentación que se aporta por la agencia tributaria, y que como tal se recoge en la sentencia apelada, es un conjunto de facturas no originales sino fotocopias que la sentencia afirma ser falsas en cuanto, simulan una venta que en realidad no se ha producido o al menos los compradores así lo afirman, ya que los representantes de dichas mercantiles mantienen que las mismas no obedecen a la realidad, que tales relaciones no existían; concretamente la sentencia apelada alude a las mismas con la expresión de "aparente salida".

Siendo ello así y careciendo de respaldo probatorio dicha salida, por más que esté recogida en el libro de compras y ventas (folio 161) o en el libro de existencias (folio 51), en tanto con referencia contable a unas facturas mendaces, habrá de concluirse que el citado devengo no se ha producido, o al menos no

se ha probado como producido en base a coherencia argumental con la alteración de realidad que es objeto de punición separada.

Prueba de ello es que la Juzgadora alude genéricamente a una modalidad defraudatoria consistente en lucrarse con los adelantos impositivos que recibía de los adquirentes fuera del régimen suspensivo ya, pero no menciona ni una sola de tales operaciones que pongan de manifiesto tal maquinación.

Y todo ello sin olvidar que a lo largo de las actuaciones ni siquiera se acredita que la empresa Alaricana tuviera en existencias o hubiera comprado tal cantidad de alcohol, que permitiera una importante salida en justa correspondencia, como la que se estima acreditada para alcanzar la conclusión que la cuota defraudada supera la cifra límite de 120.000 Euros, es más si se considerase tan solo las facturas realmente existentes en las actuaciones, 6 tan solo de las 9 que se imputan y dando por bueno que acreditaran la salida de alcohol, la cuota defraudada alcanzaría la suma de algo más de 66.000 Euros.

QUINTO

Y a igual solución y pronunciamiento absolutorio, ha de llegarse en relación al delito continuado de falsedad documental, que la Sala entiende incluido ante la falta de especificación de la Juzgadora en el nº 2 del artículo 390 en relación con el artículo 392 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que si menciona, esto es, la simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Y ello obedece a que realmente lo que parece deducirse de la sentencia apelada, porque nada se especifica, es que la venta de alcohol que documentan las facturas falsas, no ha tenido lugar y no solo se alteró el destinatario, ya que en tal supuesto nos encontraríamos con una mera falsedad ideológica atípica.

Pues bien partiendo de la incardinación de la conducta en el nº 2 del artículo 390 del CP y de que estamos en presencia de meras fotocopias no autenticadas, ha de precisarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido mantenido criterios dispares cuando se ha enfrentado a la cuestión del valor de las fotocopias de los documentos, si bien la más reciente viene entendiendo que, aunque las fotocopias constituyan documentos que pueden ser objeto de delito de falsedad, la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo supuestos de autenticación, por lo que las alteraciones que se realicen en fotocopias no autenticadas constituyen, en principio, falsedades en documento privado y no en documento oficial de (SSTS 674/2000 de 14 de abril (RJ 2000, 2550) , 193/2001 de 14 de febrero (RJ 2001, 281) y 1745/2002 de 24 de octubre (RJ 2002, 10231)); y esta construcción también podría aplicarse a las fotocopias de documentos mercantiles.

En base a ello cabe concluir que la creación de una fotocopia de un documento no autenticado, en este caso de facturas no autenticadas, constituye una falsedad en documento privado, punible con arreglo al artículo 395 sobre el que no se ha formulado acusación y en todo caso ni se acredita el ánimo de perjuicio a tercero, que sería necesario para concluir en un pronunciamiento condenatorio.

SEXTO

En consecuencia procede la estimación del presente recurso declarando de oficio las costas de ambas instancias.

VISTOS los artículos de pertinente y general aplicación.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

que **ESTIMAMOS** los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Fidel y Landelino , contra la Sentencia dictada con fecha dieciséis de Julio de dos mil catorce en el Procedimiento PA: 0000191/2013 del JDO. DE LO PENAL N°: 001 de la referencia, y en consecuencia debemos **REVOCAR** dicha sentencia y absolver del delito contra la hacienda pública y del delito continuado de falsedad documental a Fidel y Landelino declarando de oficio las costas de ambas instancias y alzando las medidas cautelares personales o reales que en relación con la causa se hayan adoptado.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella **NO CABE INTERPONER RECURSO ALGUNO**.

Expídanse sendos testimonios de esta resolución para su unión al rollo de Sala de su razón y a los autos originales que se remitirá con los mismos al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución; y, verificado, archívese el rollo de apelación dejando nota.

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