



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00046/2020

ROSALIA DE CASTRO,Nº 5 - PALACIO DE JUSTICIA

Teléfono: 986805137/36/38/39

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MP

Modelo: N85850

N.I.G.: 36039 41 2 2019 0000857

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000039 /2020

Delito: DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA AEAT

Procurador/a: D/Dª ,

Abogado/a: D/Dª , ABOGADO DEL ESTADO

Contra: SEINJIE ■■■■■, ZHANG ■■■■■ , BAISHUNXIANG SL

Procurador/a: D/Dª DIEGO RUA SOBRINO, DIEGO RUA SOBRINO , DIEGO RUA SOBRINO

Abogado/a: D/Dª DANIEL EDUARDO MARQUEZ LASSO, DANIEL EDUARDO MARQUEZ LASSO , DANIEL EDUARDO MARQUEZ LASSO

SENTENCIA N° 46/20

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

Dª NÉLIDA CID GUEDE

Magistradas:

Dª CRISTINA NAVARES VILLAR

Dª Mª JESÚS HERNÁNDEZ MARTÍN

En PONTEVEDRA, a diecisiete de diciembre de dos mil veinte.

VISTA en juicio oral y público , ante la sección 4ª de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número de **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 39/2020** procedente de las DILIGENCIAS PREVIAS PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 200/2019 del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 2 DE O PORRIÑO y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO por DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA contra **BAISHUNXIANG SL** con CIF B-■■■■■, ■■■■■ ■■■■■ con NIE ■■■■■, en situación de rebeldía Y **SEINJIE** ■■■■■ con NIE ■■■■■ nacido en ■■■■■ (China) el día 26/11/1989 hijo de ■■■■■ ■■■■■, siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL en la representación que le es propia y el Abogado del Estado en la representación y defensa que legalmente ostenta y en especial de la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, actuando como ponente la Magistrada **Dña. MARIA JESUS HERNANDEZ MARTIN**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Incoadas las Diligencias Previas N° 200/2019 de las que dimana el presente Procedimiento Abreviado, se decretó, tras las necesarias actuaciones, la apertura de Juicio Oral, siendo acordada la remisión de la causa a este Tribunal. Recibidas las actuaciones en este órgano judicial, mediante auto se admitieron las pruebas propuestas por las partes, señalándose por medio de diligencia de ordenación fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal se calificaron los hechos como constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305.1 y 2 a) del CP en relación con 305 bis 1c) del CP, en correspondencia con el pago de la cuota tributaria derivada de la declaración-liquidación del IVA correspondiente al ejercicio 2016, correspondiente a la entidad BAISHUNXIANG SL (artículos 78 y ss de la Ley 37/1992 del impuesto sobre el Valor Añadido). Son autores, BAISHUNXIANG SL (art. 31 bis del Código Penal), ██████████ ██████████ (art 31 del Código Penal), por su participación directa y material en los hechos, de conformidad con lo establecido en los arts 28 y 29 del CP.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer a:

BAISHUNXIANG SL la pena de 1.620.300,78 euros de multa, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 5 años (art. 310bis CP)

██████████ ██████████ la pena de 3 años de prisión y 1.620300,78 euros de multa, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, conforme al art.53 del Código Penal, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de 5 años. Más costas (art. 123 CP).

Los acusados indemnizarán solidariamente (art. 116 del CP) a la Agencia Tributaria por la cuantía correspondiente o "quantum" del perjuicio causado a la Hacienda Pública, en la



suma de 540.100,26 euros. Con aplicación en su caso de los recargos de intereses prevenidos legalmente y devengados desde la fecha en que debió ser efectuado el pago del tributo.



Por la acusación particular se calificaron los hechos como constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública, por elusión del pago del IVA correspondiente al ejercicio 2016, tipificado en el art.305.1 del Código Penal.

Del mencionado delito contra la Hacienda Pública son criminalmente responsables:

En concepto de autor, ex art. 28 CP en relación con el 31 del mismo cuerpo legal, ZHANG [REDACTED] administradora única de BAISHUNXIANG SL

En concepto de autor, ex art. 28 CP en relación con el artículo 31 del mismo texto legal, [REDACTED], administrador de hecho de BAISHUNXIANG SL

En concepto de autor, la sociedad BAISHUNXIANG SL, en este caso de conformidad con el artículo 31 bis del CP, pues el delito contra la Hacienda Pública es uno de los delitos para los cuales el Código Penal prevé la posible comisión por persona jurídica, ex artículo 310 bis.

Procede imponer a [REDACTED] por el delito imputado, la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa del triple de la cuantía defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años

Procede imponer a [REDACTED] la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como multa del triple de la cuota tributaria defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e igualmente pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años

Procede imponer a BAISHUNXIANG SL la pena de multa del doble de la cantidad defraudada, 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 durante cuatro años

Los acusados deberán indemnizar solidariamente a la Hacienda Pública estatal por las cuotas tributarias defraudadas en la cantidad de 584.10,26 euros, que se corresponde con la defraudación operada en el ingreso del IVA, cantidad que habrá de verse incrementada en los intereses aplicables conforme al

artículo 26 de la Ley 58/2003 General Tributaria, a liquidar en ejecución de sentencia.

Procede imponer a los acusados las costas del presente proceso, incluyendo las de esta acusación particular conforme al artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

TERCERO.- La defensa de SENJIE ■■ presentó escrito solicitando su libre absolución.

La defensa de ZHANG ■■■■ y de la mercantil BAISHUNXIANG SL presentó escrito solicitándola libre absolución de sus defendidos.

CUARTO.- Por Auto de fecha 18.11.2010 se declaró rebelde a ZHANG ■■■■, suspendiéndose el curso de la causa respecto de la misma y continuándose respecto a los demás.

QUINTO.- Practicada la prueba propuesta y admitida y dada la palabra a las partes, por el Ministerio Fiscal se modificaron sus conclusiones en los siguientes términos:

Conclusión primera: Se añade la frase "la mercantil BAISHUNXIANG resultó beneficiada por el incremento derivado del impago del tributo."

Se cuantifica la deuda tributaria en 713.941,90 euros.

Conclusión segunda: Los hechos son constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública previsto en el artículo 305 1 y 2 a) en relación con el artículo 305 bis 1 a por la cuantía.

Quinta; La responsabilidad civil se modifica y se fija en 713941,90 euros.

Por la acusación particular AET se modificaron sus conclusiones en los siguientes términos:

Conclusión segunda: En tanto que la cuota defraudada supera los 600000 euros, nos hallamos en el supuesto contemplado en el artículo 305 bis 1, a) del Código Penal

Conclusión quinta: Procede imponer a ■■ ■■■■ la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como multa del triple de la cuota tributaria defraudada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e igualmente pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante cuatro años

Procede imponer a BAISHUNXIANG SL la pena de multa del doble de la cantidad defraudada, 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 durante cuatro años

Responsabilidad civil: Los acusados deberán indemnizar solidariamente a la Hacienda Pública estatal por la cuota tributaria defraudada, que habrá de verse incrementada en los intereses aplicables conforme al artículo 26 de la Ley 58/2003, General Tributaria, a liquidar en ejecución de sentencia.

Procede imponer además a los acusados las costas del presente proceso, incluyendo las de esta acusación particular conforme al artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

La defensa elevó sus conclusiones a definitivas.

Tras los informes de las partes y concedida la última palabra a los acusados, quedaron los autos pendientes de resolución.

SEXTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- La entidad mercantil BAISHUNXIANG SL- NIF [REDACTED] con domicilio social en carretera de Estrada, Peinador Os Valos número 250 y cuyo objeto social se dirigía al comercio al por mayor de otros productos no comprendidos en los epígrafes (619.9 IAE) presentó autoliquidaciones por IVA correspondientes al ejercicio 2016 en las que, con la intención de defraudar a la Hacienda Pública, no fueron incluidas la totalidad de las ventas realizadas en dicho periodo, resultando una diferencia entre las bases imponibles declaradas y las reales de 3192923,81 euros , lo que supuso la consciente omisión de ingreso en el Tesoro Público de la suma de 713941,90 euros a la que ascendió la cuota defraudada en el ejercicio 2016 , cantidad en la que resultó beneficiada la entidad mercantil.

SENJIE [REDACTED] se convirtió en fecha 30.12.2016 en socio de la mercantil BAISHUNXIANG al adquirir el 70% del capital social, sin que conste acreditado que ejerciera de hecho funciones propias del administrador ni con anterioridad ni con posterioridad a dicha fecha.

Por Auto de fecha 1 de marzo de 2019, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra se declaró en concurso a la entidad BAISHUNXIANG SL acordando que la administración concursal estuviera integrada por GDP CONCURSAL SLP

Por Auto de fecha 7 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra se declaró finalizada la ase común del procedimiento concursal de la mercantil BAISHUNXIANG SL acordando abril la fase de liquidación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se consideran constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305.1 y 2 a) en relación con los artículos 305 bis 1.a) y 310 bis del Código Penal.

La acusada ZHANG [REDACTED] no compareció ni alegó justa causa pese a constar legalmente citada al acto del juicio el día 22 de octubre de 2020 lo que motivó la suspensión del plenario e intentada su citación para el día 19 de noviembre de 2020 no pudo ser hallada, lo que motivó que por Auto de fecha 18 de noviembre de 2020 fuera declarada rebelde suspendiéndose el curso de la causa hasta que sea hallada y continuando respecto de los demás acusados, esto es, la mercantil BAISHUNXIANG SL y SENJIE [REDACTED]

Por lo que respecta a la mercantil BAISHUNXIANG SL, fue declarada en concurso por Auto de fecha 1 de marzo de 2019, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra, que acordó que la administración concursal estuviera integrada por GDP CONCURSAL SLP. Al acto del juicio compareció por la mercantil la administradora concursal Doña [REDACTED] [REDACTED], socia de la sociedad GDP Concursal, Sociedad Limitada Profesional, nombrada administrador concursal en la referida resolución.

Respecto de la entidad mercantil, la Sala valorando en conciencia las pruebas practicadas concluye sin género de dudas en la comisión del delito previsto y penado en el por parte de aquella.

Las pruebas en las que se fundamenta el relato de hechos probados y en consecuencia, el pronunciamiento de condena son el expediente electrónico, los informes obrantes en las actuaciones y las declaraciones prestadas en el plenario por los Inspectores de Hacienda actuantes.

Los peritos expusieron como practicada la diligencia de entrada y registro en el domicilio de la empresa previa autorización del Juzgado de lo Contencioso Administrativo (declaración prestada por la testigo [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED])



██████████), a la que acudieron acompañados de un auditor informático, se procedió al examen de equipos informáticos, cogiendo principalmente el programa de facturación. En el expediente se especifica que entre las actuaciones inspectoras se lleva a cabo el acceso al contenido de un ordenador de sobremesa y un portátil respecto de los que se generan varios informes de gestión de la empresa, ficheros informáticos que se vuelcan a un disco duro de la inspección generándose la correspondiente huella digital que se notifica al obligado tributario. Continúan los peritos relatando como siendo el contenido de los ordenadores enorme se abrió otro fichero en su presencia a fin de que comprobaran que la huella era la misma, se extraen documentos de los ficheros de facturación y se crea ese fichero y otra huella que les fue también notificada. Igualmente hacen referencia a la existencia de un maletín abierto por el acusado y dentro había libretas que se escanearon y devolvieron porque parte de lo anotado a mano era el estado de pagos/ cobros de algunos clientes y lo necesitan.

Manifiestan que había ventas ocultas no declaradas al Fisco; y aluden al fichero tickets y al fichero facturas; y en el expediente se hace referencia a que entre los informes que antes se han mencionado se generó uno denominado "tickets" extraído del programa de facturación de la empresa y exportado a un fichero Excel, conformado por 13 columnas y 12535 filas o registros incluido el encabezamiento, concluyendo que el tickets fichero contiene ventas reales del ejercicio de la actividad económica de la empresa. Los peritos relatan que el número de tickets es correlativo, tiene coherencia y va por fechas, añadiendo que la referencia a factura no aparece siempre, de modo que si va con su número y se va al fichero facturas que coincide con los libros de IVA y Autoliquidaciones y que será la representación de la contabilidad A se ve que coincide: Está la factura y corresponde con el cliente pero no con la cantidad, la cantidad es mayor en el ticket que en la factura; de este modo concluyen, teniendo también información completa de los clientes, que existe una contabilidad A y una B, y que todas las ventas están reflejadas pero no todas las ventas tienen factura.

Además tuvieron en cuenta otros indicios, como el contenido de las libretas manuscritas, los movimientos bancarios y la cuenta de socios. Las libretas reflejan los pagos efectuados por los clientes, examinando también por días los importes de caja, siendo coincidentes con la suma diaria del fichero de tickets, no así con el archivo de facturas en tanto éste recoge la contabilidad oficial. Por lo que respecta a los movimientos bancarios comprobaron que coincidían con la

contabilidad A; en tanto que por lo que respecta a la cuenta de socios (Mayor contable de cuenta número 551 , cuenta corriente con socios y administradores), exponen los peritos que las cantidades que ingresan los socios normalmente debe ir acompañada de justificación en tanto que en este caso se acumulan hasta dos millones de euros (2.332.423,21 euros correspondientes al ejercicio 2016) sin acreditar justificación - que pidió Hacienda-; no se acredita el origen del dinero ni de acuerdo con la documentación que obra en Hacienda tampoco los socios tenían capacidad para hacer esas aportaciones y entienden los peritos que la explicación que les ofrecieron es la real , esto es , que esa cantidad eran ventas(importe de ventas no declaradas según se refleja en el expediente), razonando los peritos que ese modo de actuar mediante aportaciones en la cuenta de socios , es paradigmático en la sociedad porque si no crean un problema al socio como persona física.

Se concluye a la vista de la prueba practicada que efectivamente se produjo la defraudación de impuestos en particular de la cantidad correspondiente al ejercicio 2016 del abono del IVA quedando constatado que se produjeron ventas reales que no tienen su reflejo en las facturas y que suponen cantidades a mayores de las realmente objeto de abono del impuesto, teniendo el obligado tributario la condición de empresario a efectos del IVA siendo sujeto pasivo del delito (artículos 5 y 84 de la Ley 37/1998 del IVA).

Dispone el artículo 305,1 del Código Penal que El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos."

Por lo que respecta a la base imponible, se parte en el expediente tributario y así se expone por los peritos en el acto del juicio, de la obligación de repercutir respecto de



las operaciones de entrega de bienes sujetos y no exentos a sus clientes cuota de IVA del tipo general del 21% - que también se aplica en las operaciones declaradas) y en su condición de mayorista ,entregando bienes a empresarios minoristas , además de la cuota al tipo general, está obligado a repercutir a sus clientes un recargo de equivalencia del 5,2%. En las entregas de bienes no declaradas por los importes que constituyen la diferencia entre los importes de IVA y del recargo de equivalencia reflejados en el fichero tickets y los reflejados en las autoliquidaciones presentadas, para la determinación de la base imponible del IVA se ha distinguido los importes de los tickets cuyos clientes figuran identificados en el fichero tickets y los que no ; en este segundo caso en que no figuran identificados los clientes en los importes de facturación los mismos constituyen incrementos de las bases imponibles declaradas al 21%. Y por lo que respecta al primero de los casos es en este punto en el que se procedió tanto por el Ministerio Fiscal como por la Abogacía del Estado a la modificación de sus conclusiones provisionales, y ello de acuerdo con la STS de 30 de junio de 2020 que adopta una posición distinta a la adoptada en sentencias anteriores. Así de acuerdo con el criterio anterior, se calculaban los informes trimestrales imputables a cada cliente y se consideraba minorista solo al considerado como tal por el obligado tributario en su facturación declarada, información que se contrastaba con la contenida en base de datos corporativos referente al alta en el régimen especial de recargo de equivalencia de cada uno de ellos; y así respecto de los importes imputables a empresarios minoristas aritméticamente se excluye la cuota de IVA y recargo de equivalencia determinándose las bases imponibles a las que se ha de aplicar dichos tipos impositivos , y respecto de los imputables a los no minoristas se excluye la cuota del IVA al 21% determinando las bases imponibles que se han de adicionar a las declaradas solo al tipo general ; y sin embargo con el actual criterio, no se considera que el importe de las cuotas defraudadas se hallan incluidas en el importe de las ventas descubiertas; de ahí las diferencias que se observan entre las valoraciones obrantes en el expediente y las recogidas en las modificaciones definitivas en cuanto a la base imponible de cada uno de los cuatro trimestres del año 2016 en cuanto al tipo general y al recargo de equivalencia general, y su relación directa con las cantidades que se recogen como cuotas de IVA, y finalmente , en la cuota defraudada en el ejercicio 2016 , que ascendió a 713.941,90 euros. Se estima aplicable el criterio interesado por las acusaciones en aplicación , como se señala en la STS 357/2020, de STJUE 5.10.2016, 28.7.2016 o 7.3.2018 al considerar que en este caso no se trata de negocios de transmisión de propiedad

sin mención al impuesto , sino de operaciones fraudulentas llevadas a cabo en el modo ya expuesto incumpliendo , se insiste, de modo fraudulento la mercantil con sus obligaciones fiscales de forma que el derecho a deducir no puede ser invocado por quien participa en la defraudación ,poniendo en peligro el funcionamiento del sistema impositivo; conclusión que se ve reforzada por el hecho puesto de manifiesto en el plenario por los peritos de cómo clientes de la mercantil identificados por la inspección en el marco de ese mecanismo de defraudación , han procedido a su vez a regularizar su situación fiscal; en particular dieciséis de esos clientes firmaron conformidad reconociendo que había compras en B.

Dice la STS 872/2002 de 16.5.2002 que " La determinación de la cuota defraudada, como elemento objetivo del delito fiscal tipificado en el art. 305 del CP (antes art. 349 del CP de 1973), constituye, en principio, una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa, de carácter no devolutivo, que avoca para sí el órgano jurisdiccional penal y la resuelve atemperándose, en lo sustantivo, a las reglas del derecho administrativo-fiscal, (art 3 y 7 de la LECr y 10.1 de la LOPJ), pero con estricta sujeción en los aspectos fácticos o probatorios a los principios constitucionales del proceso penal (SSTS 274/96,de 20 de mayo y 2486/2001, de 21 de diciembre).Y , en este caso ,los datos contenidos en el expediente unidos a las rectificaciones contenidas en el escrito de conclusiones definitivas y a las declaraciones de los peritos , llevan a considerar cumplido el elemento objetivo exigido para la concurrencia del delito por el que se formula acusación.

Por lo que respecta al elemento subjetivo, la STS 801/2008 de fecha 26.11.2008 señala que" La doctrina de esta Sala ha reiterado el criterio antes apuntado, en el sentido de que el mero hecho del impago no satisface las exigencias del tipo, señalando la necesidad de algo más en la conducta del autor que permita valorar su acción u omisión como defraudatoria en cuanto consiste en una conducta de ocultación del hecho imponible ejecutada con la finalidad de eludir el pago del impuesto o de pagar menos de lo realmente debido (véase, entre otras, STS de 28 de noviembre de 2003)En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de octubre de 2003, en la que después de decir que "debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado", recuerda que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque,



siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.



En ambos casos, cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. A tenor de todo ello, resulta más que evidente la actuación dolosa de los acusados al desfigurar intencionadamente la realidad sobre la que se conforman las bases impositivas del impuesto para pagar mucho menos de lo debido.”

Descendiendo a este caso, la entidad es conocedora de su obligación tributaria en cuanto presenta las autoliquidaciones y cuenta con facturas coincidentes con los libros del IVA , sin embargo se produce una minoración de las cantidades que provienen de ventas reales y que también deberían ser objeto del impuesto a través del sistema de los tickets en los que como antes se ha expuesto , se recogen ventas reales cuyos importes no coinciden con las facturas creándose una contabilidad B que es la que escapa a las liquidaciones presentadas y da lugar a las cuotas defraudadas que superan los 120000 euros, entendiendo que dichas cantidades han revertido en beneficio de la propia empresa al ver aumentados los ingresos, y por otra parte, puso de manifiesto María de la Merced en su declaración en calidad de testigo que no se le pidió , como asesora ,que hiciera un plan de prevención de delitos.

Por tanto, concurren los requisitos legalmente exigidos para la aplicación del tipo penal expuesto y para la consideración de la entidad mercantil como sujeto activo del delito de acuerdo con la previsión legal contenida en el artículo 31 bis en relación con el artículo 310 bis del Código Penal.

SEGUNDO.- Por la Abogacía de Estado en la representación que ostenta se dirige la acusación contra SENJIE ■ sobre la premisa de que contando la sociedad con una administradora única - ahora en situación de rebeldía procesal- que ostentaba el 30% del capital social, aquel actuaba conjuntamente con ella como administrador de hecho, convirtiéndose en socio mayoritario al adquirir en fecha 30.12.2016 el 70% del capital social.

De acuerdo con los términos del informe de la Agencia Tributaria se constituye la sociedad BAISHUNGXIANG SL se

constituyó el 4.2.2015 siendo su capital social de 50000 euros representado por participaciones sociales de un valor nominal de un euro cada una. Suscribe ██████████ ██████████ 15000 participaciones que suponen el 30% del capital social en tanto XIAOJUN ██████ suscribe 35000 participaciones, lo que supone el 70% del capital social siendo conforme a la certificación del registro mercantil administradora única la primera de las mencionadas, cargo vigente a fecha 12-6-2018. En fecha 30-12-2016 XIAOUJUN ██████ transmite sus participaciones sociales a SEINJHE ██████ por la suma de 35000 euros.

Y se considera por la acusación que la adquisición por parte del acusado del 70% de la sociedad por la suma de 35000 euros cuando el valor de la sociedad alcanzaba los dos millones de euros lleva a entender que el comprador, el acusado era administrador de hecho, habiendo presunción legal de que el precio es otro. Junto a este dato, se alega para fundamentar la calidad de administrador de hecho de SENJIE ██████ que el mismo contestó a las preguntas que le formularon sobre márgenes y contabilidad de forma autónoma, que el mismo reconoció participar en la gestión empresarial a partir de diciembre de 2016 y que se presentan (30.1.2017) ya siendo socio gestor, tanto la autoliquidación IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2016 como la declaración modelo 390 resumen anual de operaciones del ejercicio 2016 que no reflejan la totalidad de ventas realizadas siendo así que ya la cuota defraudada correspondiente a ese cuarto trimestre es por si sola superior a 120000 euros.

Dice la STS 560/2020 de fecha 29 de octubre de 2020 que "Siendo así, el art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2-7, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley) se dispone que, a los efectos de la responsabilidad "tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeña sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad". La jurisprudencia de esta Sala (STS 94/2018, de 23.2) ha entendido de forma sustancialmente coincidente con lo que posteriormente se recogió en el citado precepto, que es administrador de hecho el que, sin título suficiente, desempeña, sin embargo, las funciones propias del administrador en la materia que resulte fácticamente de su competencia, adoptando decisiones que son respetadas y ejecutadas por los demás como si procediesen de un administrador nombrado con todas las formalidades previstas en la ley. En este mismo sentido se decía que "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 las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra (STS 816/2006, de 26-7). La condición del sujeto activo debe, por ello, vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, la condición del sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico. La STS 59/2007, de 26-1, considera administrador de hecho" a 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 la STS 816/2006, de 26-6, nos dice que "... se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales"...

Partiendo por tanto de la referida condición, debemos recordar la doctrina de esta Sala en orden a la aplicación del art. 31 CP -que en el enunciado del motivo se considera infringido- contenida en SSTs 607/2010, de 30-6; 598/2012, de 5-7; 714/2014, de 12-11, que precisa 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 inmanentes 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. Las soluciones doctrinales que pretenden dar cobertura por medio de las categorías esenciales del delito de los hechos cometidos a través de empresas o personas públicas han sido varias: tesis de la coautoría, tesis de la inducción o instigación y tesis de la autoría mediata en base al dominio de la organización, postura ésta última en la que podrán incluirse las consideraciones anteriores sobre la denominada autoría social-funcional, esto es, en la medida en que se trata de sucesos en el ámbito de una empresa, será autor quien realmente domina la organización empresarial. Esto es, autor no sería tan solo la persona que actúa, sino que la responsabilidad como autor estaría basado en criterios social-funcionales; por ello, las actividades y formas de actuar de la empresa se consideran comportamientos penalmente relevantes y éstas se imputan penalmente, en primer lugar, a los directivos de la empresa como acciones propias, siguiendo el orden interno de atribución de responsabilidad, y , en segundo lugar, o en segunda línea la imputación a los subordinados en atención a las propias circunstancias del caso concreto." ; y ..." conforme al mismo, la Sala II del Tribunal Supremo (TS) entiende que será administrador de hecho quien sin título suficiente, "de hecho", físicamente, desempeñe las funciones de administrador, adoptando decisiones propias de tal administrador tanto hacia el interior de la sociedad como hacia el exterior, que son tenidas por emanadas de un administrador de derecho (TS Sala II S n° 86/2017 de 16 de febrero). Por tanto tal administrador de hecho podrá ser sujeto activo del delito si tiene "... disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, la condición de sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico..." (SAP Granada 203/2020 de 29.6.2020)

Pues bien, desde la perspectiva de la jurisprudencia expuesta y atendiendo a la valoración de la prueba practicada conforme a lo dispuesto en el artículo 741 LECRIM, la Sala no alcanza con la debida certeza el pronunciamiento condenatorio que se interesa respecto de SENJIE █████

El acusado sostuvo que él era sobrino de XIAOJUN █████, que él tenía un bazar que gestionaba hasta 2016, entrando en 2017 en



el almacén como encargado, como un trabajador para ayudar. El motivo de su entrada en el almacén fue, señala, la muerte del marido de su tía pagando él lo que tenía que eran 35000 euros por quedarse con la parte del capital social de su tía que necesitaba el dinero porque tenía cuatro hijos. Insiste el acusado a lo largo de su declaración en la diferencia entre la llevanza de un bazar y un almacén, en la confianza que tenía en la otra socia y en ceñir su trabajo a organizar a los trabajadores y de las compras, negando ocuparse de lo relativo a ventas y a las anotaciones correspondientes a éstas ni en el ordenador no en libretas; añadiendo que ni estaban a su nombre las cuentas de la empresa ni estaba autorizado ni hacía ingresos, limitándose en su relación con la encargada de la gestoría como traductor sin ser él quien le proporcionaba datos ni le decía lo que había que hacer directamente sino como en su labor de traductor.

La administradora concursal hace referencia a la forma caótica y muy manual del método de trabajo de la empresa y señala al acusado como aquel a quien utilizan para contactar con la empresa porque la otra socia no habla español desconociendo quien toma las decisiones. Narra cómo cuando fueron a la empresa a tomar posesión estaba también el acusado porque la otra socia no sabía español, como encargado sabiendo donde estaban las cosas - inventario, material- y de organización, diciéndoles que respecto a los aspectos contables se dirigieran a la gestoría. Y la testigo María de la Merced González Salido, perteneciente a la asesoría laboral, fiscal y contable, relató cómo creía que la empresa abrió en 2014 y la asesoró hasta el 2018, presentando la asesoría las declaraciones tributarias de la empresa con la documentación que les daba. Y conforme a lo declarado por la testigo no era el acusado quien le entregaba la documentación una vez a la semana o cada quince días cuando ella iba a la empresa, estando presente él solo como traductor, ni tampoco era quien le daba las órdenes para firma de contratos ni le firmaba los contratos desconociendo quien manejaba los programas informáticos de la empresa.

Por su parte, los peritos [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] Lupion, Inspectores de la Hacienda Tributaria, aluden a la entrada en el domicilio de la empresa y a la presencia del acusado cuando llegaron al lugar, llamando a quien constaba como administradora a quien comunican todo, contestando también el acusado de forma autónomo sobre márgenes y contabilidad, también el propio Letrado contestó a preguntas, manifestando que ningún documento ni libreta ni nada estaba escrito por SEINJHE Y [REDACTED]

Atendiendo al resultado de la prueba practicada, no puede alcanzarse la conclusión de que el acusado haya ejercido de hecho como administrador de la empresa ni antes ni con posterioridad a la adquisición de parte del capital social ya el 31 de diciembre de 2016. La presunción tributaria establecida partiendo de que el precio de adquisición de la parte del capital social dado el valor de la empresa ha de ser superior a aquel que efectivamente abonó el acusado (acreditada su realidad por la transferencia realizada) y que respondía al valor inicial de cada participación; no puede servir para fundamentar prueba plena de la calidad de administrador de hecho del acusado. La STS 284/2019 de fecha 30 de mayo de 2019 dice que "Las acusaciones han de acreditar los hechos que imputan, a través de prueba directa o de prueba indiciaria. Pero no son admisibles presunciones en contra del acusado que le obliguen a demostrar su inocencia. En la STS n° 789/2012, de 11 de octubre, luego de recordar que la prueba de los delitos contra la Hacienda Pública no se sustrae a las reglas generales, se decía lo siguiente: "Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad acerca de la acreditación probatoria de los incrementos de patrimonio. En la STS 872/2020, de 16 de mayo, decíamos que "... para que la Hacienda Pública pueda cumplir la importantísima función constitucional de que todos contribuyan a los gastos públicos, según su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo (art, 31.1 CE), el legislador crea técnicas eficaces frente a los defraudadores y entre ellas está la figura de los incrementos no justificados de patrimonio. [...] Un sistema de presunciones legales para determinar un concepto tributario de naturaleza sancionadora puede ser constitucionalmente inobjetable siempre que no sean "iuris et de iure" y permitan la prueba en contrario, pues el art. 24.2 de la CE rechaza rotundamente la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba. (en este sentido STC 76/1990, de 26 de abril sobre la constitucionalidad de la Ley de 26 de abril de 1985, de modificación parcial de la Ley General Tributaria)". Y aún cuando se refiera específicamente a la prueba de la existencia de rentas o rendimientos que se han ocultado a la Hacienda Pública a efectos de tributación en un determinado ejercicio fiscal; sí pone de manifiesto cómo no se modifican las normas de la carga de la prueba en sede de derecho penal. De este modo, la presunción puede operar como un indicio pero el mismo en este caso concreto no se ve apoyado por otros indicios que lo corroboren.

De las pruebas practicadas no cabe derivar sino que el acusado realizaba labores de organización del trabajo del almacén y se dedicaba a las compras , ejerciendo en relación con terceros- sea con la asesora , sea con la administradora concursal o con



los Inspectores de Hacienda , una labor esencialmente de traducción; lo que se ve corroborado por el hecho de que no hay nota ni libreta ni documento (dentro de un sistema prácticamente manual de trabajo) escrito por el mismo , que ni está autorizado en las cuentas de la empresa ni consta que efectuara ingreso alguno ni es quien da órdenes o firma los contratos como declara la testigo antes referida. En cuanto a la presencia del acusado en la entrada y registro o a su relación con la administración concursal por ordenador no permite considerar que se deba a su calidad de administrador de hecho sino , se insiste , a su labor de traductor ; siendo así que la contestación de forma autónoma a preguntas sobre organización inventarios o material tampoco apoyan tal calificación ni las preguntas que pudiera contestar de forma autónoma a los inspectores cuando también contestan otras personas presentes como se desprende del interrogatorio. Se valora igualmente la versión que de la compra de las participaciones y en particular del precio abonado ofrece el acusado, entendiéndose que supone una hipótesis alternativa que no es totalmente descartable visto el resultado del resto de la prueba y su relación de parentesco con quien fue socia de la empresa.

Por último la presentación a fecha 30.1.2017 tanto de la autoliquidación IVA correspondiente al cuarto trimestre de 2016 como la declaración modelo 390 resumen anual de operaciones del ejercicio 2016 que no reflejan la totalidad de ventas realizadas en su calidad de socio, al margen del periodo o ejercicio al que corresponden dichos documentos en los que aún no se había producido la adquisición de las participaciones, no le convierte en administrador de hecho en los términos exigidos por la jurisprudencia, puesto que no consta acreditado que adoptara hacia el interior y hacia el exterior de la sociedad funciones propias de un administrador de derecho.

En suma, estimando que no se ha practicado prueba de cargo que acredite sin género de duda que el acusado actuara como administrador de hecho no cabe su consideración como sujeto activo del delito por el que se le acusa y procede su libre absolución.

TERCERO.- De los hechos declarados probados responden en concepto de autora de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28,29 ,31 bis y 310 del Código Penal, la mercantil Baishunxiang SL sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO.- En materia de penalidad, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 310 bis b) en relación con el artículo 305 bis 1 a), se impone la pena de multa de 1427883,80 euros (doble de la cuota defraudada en concepto de IVA en el ejercicio de 2016) así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres años.

QUINTO.- En sede de responsabilidad civil, la entidad mercantil deberá indemnizar a la Hacienda Pública estatal en la suma de 713.941,90 euros (cuota tributaria defraudada correspondiente al ejercicio 2016) con el interés previsto en el artículo 26 de la Ley 58/2003 General Tributaria.

ULTIMO.- En materia de costas procesales y encontrándose una de las acusadas en situación de rebeldía procesal, se imponen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal , 239 y 240 de la LECRIM, 1/3 de las costas procesales causadas a la entidad considerada penalmente responsable incluidas las de la acusación particular(AET), declarando de oficio 1/3 de las causadas.

FALLO

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la entidad mercantil **BAISHUNXIANG SL** como autora de un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 305 1 y 2 a) en relación con el artículo 305 bis 1 a, y 310 bis del código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 1427883,80 euros y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres años, debiendo indemnizar a la Hacienda Pública estatal en la suma de 713.941,90 euros, con el interés previsto en el artículo 26 de la Ley 58/2003 General Tributaria, así como al abono de 1/3 de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación ejercida por la Abogacía del Estado.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a **SENJIE ■■■** del delito contra la Hacienda Pública previsto en el artículo 305,1 del Código Penal por el que compareció como acusado, declarando de oficio 1/3 de las costas procesales causadas.



Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACION** ante esta Audiencia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los arts.790,791 y 792 de la LECR.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.