

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ084690

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 16 de diciembre de 2021

Sala 2.^a

R.G. 6975/2021

SUMARIO:

Procedimiento sancionador. Clases de infracciones. Infracciones de contrabando. *Cierre de un establecimiento en que se desarrollan dos actividades diferenciadas, la de café bar y la de venta de tabaco a través de máquina expendedora.* Alega el interesado que la sanción no pecuniaria no debería consistir en el cierre de todo el establecimiento sino en el precintado de la máquina expendedora de tabaco puesto que este es el lugar destinado al comercio del objeto del contrabando. Las cajetillas se descubren en un almacén que forma parte de establecimiento abierto al público.

El art. 12 de la Ley Orgánica 12/1995 (Represión del Contrabando) distingue dos casos, cuando el objeto del contrabando son labores del tabaco y el resto de supuestos. De esta forma, cuando se trate de labores del tabaco impone directamente el cierre del establecimiento del que sea titular el sujeto infractor y solo en el caso de que el contrabando tenga por objeto otros géneros permite que el cierre se limite a la parte del local donde se llevan a cabo actividades relacionadas con el contrabando. En el presente supuesto, el objeto del contrabando son labores del tabaco por lo que se debe proceder al cierre del establecimiento.

Además, en este caso no existe una separación entre los espacios en los que se lleva a cabo la venta y almacenamiento del objeto de contrabando y el resto del local, y no consta en el expediente documento ni se ha aportado prueba alguna que acredite que en el bar se llevan a cabo actividades diferenciadas.
(Criterio 1 de 1)

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 12/1995 (Represión del Contrabando), arts. 2, 11 y 12.

RD 1649/1998 (Desarrolla infracciones administrativas de contrabando), art. 2.

Ley 38/1992 (Ley II.EE), art. 15.

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

Se ha visto la presente reclamación contra la resolución dictada, en fecha 21 de septiembre de 2018, por el Delegado Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada en fecha 21 de junio de 2018 por el Delegado Especial de la Delegación Especial de Murcia por delegación de la Directora del Departamento de Aduanas e II.EE., por el que se declara al reclamante responsable de la comisión de una infracción administrativa de contrabando de grado muy grave.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En fecha 8 de septiembre de 2017, en el marco de una inspección realizada en el establecimiento "XZ", sito en DIRECCIÓN 2, en el municipio de LOCALIDAD 2, del que es titular el reclamante, D. Axy, se descubren e intervienen por los funcionarios de Vigilancia Aduanera de la Dependencia Regional de Aduanas e II.EE. de Murcia, diversos géneros estancados. En concreto, se produjo la aprehensión de 1.332 cajetillas de tabaco de la marca WINSTON y 194 cajetillas de marca MARLBORO carentes todas ellas de las correspondientes marcas fiscales sin que el interesado justificase la legal adquisición o importación de las mismas.

Segundo.

Levantada el acta correspondiente, e intervenida la mercancía, el 19 de enero de 2018 se dictó, por parte de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de Murcia, acuerdo de inicio de expediente por infracción administrativa de contrabando número ... valorándose la mercancía en un total de 7.020,9 euros, según lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Tras un primer intento de notificación el 26 de enero de 2018 con resultado ausente, dicho acuerdo de inicio es notificado el 29 de enero de 2018.

Tercero.

En fecha 21 de junio de 2018 se dictó acuerdo de resolución declarando al reclamante responsable de la comisión de una infracción administrativa de contrabando en grado muy grave e imponiéndole una sanción consistente en multa pecuniaria de ... euros, comiso del género aprehendido y cierre del establecimiento por un periodo de 366 días.

Tras un primer intento de notificación el 4 de julio de 2018 con resultado ausente, la notificación de dicha resolución tuvo lugar el 5 de julio de 2018.

Cuarto.

Disconforme con lo anterior, el actor presenta, en fecha 2 de agosto de 2018, recurso de reposición.

En fecha 21 de septiembre de 2018 se dicta resolución por la que se desestima el recurso interpuesto. Resolución que es notificada el 8 de octubre de 2018.

Quinto.

Finalmente, en fecha 7 de noviembre de 2018, interpone reclamación económico administrativa que es remitida al Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia, siendo registrada con número 30/05699/2018. En la misma, en síntesis, alega:

* Intervención del tabaco en un almacén cerrado con llave. El acceso al mismo se realizó por los funcionarios de Vigilancia Aduanera sin el consentimiento del titular y sin orden judicial.

* Como en el establecimiento se desarrollan dos actividades diferenciadas, la de café bar y la de venta de tabaco a través de máquina expendedora, la sanción no debería de ser el cierre de todo el local sino el precintado de la máquina expendedora de tabaco.

Mediante resolución de fecha 30 de junio de 2021 el Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia declina competencia para conocer de esa reclamación por corresponder la misma al Tribunal Económico Administrativo Central.

En fecha 24 de septiembre de 2021 dicha reclamación tiene entrada en el Tribunal Económico Administrativo Central y es registrada con R.G.: 00/06975/2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

La adecuación a Derecho de la resolución del recurso de reposición de fecha 21 de septiembre de 2018, citada en el encabezamiento

Tercero.

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando:

"1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que lleven a cabo las

acciones u omisiones tipificadas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la presente Ley, cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 150.000 o 50.000 euros, respectivamente, o a 15.000 euros si se trata de labores de tabaco, y no concurren las circunstancias previstas en los apartados 3 y 4 de dicho artículo.

En el supuesto previsto en el artículo 2.1.c) de esta Ley, se presumirá que las mercancías en tránsito se han destinado al consumo cuando no se presenten las mercancías intactas en la oficina de aduanas de destino o no se hayan respetado las medidas de identificación y control tomadas por las autoridades aduaneras, salvo prueba en contrario.

2. Las infracciones administrativas de contrabando previstas en el apartado anterior de este artículo se clasifican en leves, graves y muy graves, según el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas, conforme a las cuantías siguientes:

a) Leves: inferior a 37.500 euros; o, si se trata de supuestos previstos en el artículo 2.2 de la presente Ley, inferior a 6.000 euros, salvo cuando se trate de labores de tabaco que será inferior a 1.000 euros.

b) Graves: entre los importes, ambos incluidos, de 37.500 euros a 112.500 euros; o, si se trata de supuestos previstos en el artículo 2.2 de la presente Ley, de 6.000 euros a 18.000 euros, salvo cuando se trate de labores de tabaco que será de 1.000 euros a 6.000 euros

c) Muy graves: superior a 112.500 euros; o, si se trata de supuestos previstos en el artículo 2.2 de la presente Ley, superior a 18.000 euros, salvo que se trate de labores de tabaco que será superior a 6.000 euros.

(...)"

Por su parte, el artículo 2.2.b) de esta Ley al que se remite el anterior precepto señala:

"Artículo 2. *Tipificación del delito.*

(...)

2. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

(...)

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:

Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.

(...)."

Asimismo, el Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el título II de la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando, en lo relativo a las infracciones administrativas de contrabando, recoge en el apartado 1 de su artículo 2 la tipificación de estas infracciones, estableciendo la letra d) lo siguiente:

"Artículo 2. *Tipificación de las infracciones.*

1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas, o tratándose de labores del tabaco sea inferior a 1.000.000 de pesetas y no concorra alguna de las circunstancias previstas en los apartados 2 y 3.a) del artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, los que:

(...)

d) Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

(...)."

Incurrirán por tanto, en infracción administrativa de contrabando quienes realicen operaciones de tenencia preordenada a la venta sin cumplir los requisitos previstos en las leyes aplicables.

En relación con esta cuestión se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 38/1992, de Impuestos Especiales, que en sus apartados 7, 8 y 9 establece lo siguiente:

"7. La circulación y tenencia de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, con fines comerciales, deberá estar amparada por los documentos establecidos reglamentariamente que acrediten haberse satisfecho el impuesto en España o encontrarse en régimen suspensivo, al amparo de una exención o de un sistema

de circulación intracomunitaria o interna con impuesto devengado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 44.

8. Con objeto de determinar que los productos a que se refiere el apartado 7 de este artículo y el apartado 1 del artículo 16 están destinados a fines comerciales, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) Estatuto comercial y motivos del tenedor de los productos.
- b) Lugar en que se encuentren dichos productos o, en su caso, modo de transporte utilizado.
- c) Cualquier documento relativo a dichos productos.
- d) Naturaleza de los productos.
- e) Cantidad de los productos.

9. Para la aplicación de la letra e) del apartado anterior, se considerará que los productos se tienen con fines comerciales, salvo prueba en contrario, cuando las cantidades excedan de las siguientes:

a) Labores de tabaco:

- 1º. Cigarrillos, 800 unidades.
 - 2º. Cigarritos, 400 unidades.
 - 3º. Cigarros, 200 unidades.
 - 4º. Las restantes labores del tabaco, 1 kilogramo.
- (...)"

En el presente supuesto, del acta de aprehensión se desprende que los agentes de la Policía Local de LOCALIDAD 3, en el marco de una inspección en el establecimiento del interesado, procedieron a la incautación de 1.526 cajetillas de tabaco de dos marcas sin las precintas correspondientes.

Cuarto.

Alega, en primer lugar, que la mercancía se encontraba en un almacén cerrado con llave al que accedieron los agentes sin su autorización y sin orden judicial.

De acuerdo con el Acta de aprehensión firmada por el reclamante, el almacén se encontraba en el interior del Bar. En este punto cabe citar la doctrina de este Tribunal Económico Administrativo Central contenida en su resolución con R.G.: 00/05316/2020 de 22 de noviembre de 2021 (el subrayado es de este Tribunal):

"(...)

CUARTO.- Sentado lo anterior procede el análisis de la cuestión de fondo que, como se ha señalado consiste en determinar si a las actuaciones realizadas por las autoridades, fuerzas y funcionarios que tienen encomendada la persecución del contrabando les resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria y si en consecuencia deben portar autorización administrativa para el acceso a los locales de los administrados cuando no medie el consentimiento de los mismos.

Manifiesta la Directora del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT que la resolución del Tribunal Regional es errónea al calificar la personación de la Guardia Civil con intención de acceder a un quiosco en el ámbito de sus funciones de persecución del contrabando, como una actuación de inspección tributaria.

Señala el artículo 142.2 de la Ley General Tributaria, bajo el epígrafe "facultades de la inspección de los tributos", lo siguiente:

"Cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos.

Para el acceso a los lugares mencionados en el párrafo anterior de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará de un acuerdo de entrada de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine, salvo que el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraren otorguen su consentimiento para ello.

Cuando para el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta Ley. La solicitud de autorización judicial requerirá incorporar el acuerdo de entrada a que se refiere el mencionado artículo, suscrito por la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine."

Por su parte, el artículo 141 de la citada norma, bajo el título "la inspección tributaria", señala lo que sigue:

"La inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a:

- a) La investigación de los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias para el descubrimiento de los que sean ignorados por la Administración.
- b) La comprobación de la veracidad y exactitud de las declaraciones presentadas por los obligados tributarios.
- c) La realización de actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 94 de esta ley.
- d) La comprobación del valor de derechos, rentas, productos, bienes, patrimonios, empresas y demás elementos, cuando sea necesaria para la determinación de las obligaciones tributarias, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 134 y 135 de esta ley.
- e) La comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales.
- f) La información a los obligados tributarios con motivo de las actuaciones inspectoras sobre sus derechos y obligaciones tributarias y la forma en que deben cumplir estas últimas.
- g) La práctica de las liquidaciones tributarias resultantes de sus actuaciones de comprobación e investigación.
- h) La realización de actuaciones de comprobación limitada, conforme a lo establecido en los artículos 136 a 140 de esta ley.
 - i) El asesoramiento e informe a órganos de la Administración pública.
 - j) La realización de las intervenciones tributarias de carácter permanente o no permanente, que se regirán por lo dispuesto en su normativa específica y, en defecto de regulación expresa, por las normas de este capítulo con exclusión del artículo 149.
 - k) Las demás que se establezcan en otras disposiciones o se le encomienden por las autoridades competentes."

Por su parte el artículo 172 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, bajo el epígrafe "entrada y reconocimiento de fincas" establece lo que sigue:

"1. Los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que desarrollen actuaciones inspectoras tienen la facultad de entrada y reconocimiento de los lugares a que se refiere el artículo 142.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando aquellas así lo requieran.

2. En el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraran los mencionados lugares se opusiera a la entrada de los funcionarios de inspección, se precisará autorización escrita del delegado o del director de departamento del que dependa el órgano actuante, sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares que procedan."

De los preceptos reproducidos anteriormente se deriva, tal y como señala la Directora recurrente, que el artículo 142 de la Ley General Tributaria contempla las facultades de que gozan los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración Tributaria para el desarrollo de las actuaciones inspectoras que le han sido encomendadas.

Resulta, por tanto, de aplicación a quienes desarrollen actuaciones de inspección tributaria y pretendan, en el ejercicio de las mismas, acceder a los locales de negocio o fincas de titularidad de los obligados tributarios.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía en la resolución que ahora se impugna, dicho precepto es asimismo aplicable en relación con las actuaciones de descubrimiento y prevención del contrabando llevadas a cabo por la Guardia Civil, en la medida en que cuando realizan aquellas están desarrollando actuaciones de inspección tributaria.

Frente a ello, la Directora del Departamento de Aduanas sostiene que la Guardia Civil en el ejercicio de sus facultades de represión del contrabando actúa con sometimiento a lo dispuesto en sus propias normas de funcionamiento por lo que no quedan sujetas en dicho ámbito a lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

Se centra el debate, por tanto, en determinar si los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y demás autoridades que tengan encomendada funciones de represión del contrabando, cuando actúan en el ejercicio de las mismas están desarrollando actuaciones de inspección tributaria y quedan sometidas por tanto a las disposiciones de la Ley General Tributaria.

Para el análisis de esta cuestión se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 183.3 de la Ley General Tributaria que señala lo siguiente:

"Las infracciones y sanciones en materia de contrabando se registrarán por su normativa específica."

Dicha normativa está constituida por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, así como por el Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando.

Asimismo se ha de citar lo indicado en la Disposición final primera de la citada Ley Orgánica, que en relación con la normativa aplicable supletoriamente, dispone:

"1. En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal.

2. En lo no previsto en el Título II de la presente Ley se aplicarán supletoriamente las disposiciones reguladoras del régimen tributario general y, en concreto, la Ley General Tributaria, así como subsidiariamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

De lo expuesto se deriva que las infracciones administrativas de contrabando se rigen por su normativa específica completándose cuando sea necesario con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

Esta especificidad de la normativa reguladora de las infracciones administrativas de contrabando responde a las características propias de los productos y mercancías que pueden ser objeto de contrabando (labores del tabaco, especímenes de la flora y fauna, productos de doble uso, entre otros) y a los mecanismos empleados por los infractores en la comisión de las mismas. Dichas notas características determinan asimismo que las actuaciones de represión del contrabando estén encomendadas tanto a los órganos de la administración aduanera como a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en tanto éstas cuentan con los mecanismos necesarios para el eficaz combate y persecución de las mismas.

Sentado lo anterior procede analizar las funciones que la normativa de contrabando les atribuye a los funcionarios, autoridades y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y descubrimiento del contrabando.

Señala a estos efectos el Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando, en su artículo 22, lo siguiente:

"1. Como actuaciones previas a la iniciación del procedimiento sancionador por infracciones de contrabando, los órganos competentes para su iniciación, otros órganos de la Administración aduanera y las demás personas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar, con carácter preliminar, los hechos que pudieran constituir infracción de contrabando, la identificación de los presuntos responsables y las circunstancias que concurren en unos y otros."

Asimismo, el artículo 20 de la citada norma señala en relación con el inicio del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrabando lo siguiente:

"1. El procedimiento se iniciará de oficio, mediante acuerdo del titular de la unidad administrativa que instruya el expediente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

2. En particular, el acuerdo del órgano competente para la iniciación del procedimiento podrá basarse en la actuación de:

- a) Los órganos de la administración aduanera.
- b) Las fuerzas de la Guardia Civil, que cumplan funciones propias del resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando, y otras autoridades y fuerzas cuya normativa específica les otorgue competencias para el descubrimiento y persecución del contrabando.
- c) Las demás fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- d) Las autoridades militares, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 22."

Por su parte la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando señala lo siguiente:

"1. Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación."

En el caso particular de la Guardia Civil, órgano actuante en las actuaciones objeto de la reclamación del TEAR, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece en su artículo doce, lo que sigue:

"1. Además de las funciones comunes establecidas en el artículo anterior, se establece la siguiente distribución material de competencias:

(...;)

B) Serán ejercidas por la Guardia Civil:

a) Las derivadas de la legislación vigente sobre armas y explosivos.

b) El resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando.

(...;)."

En definitiva, cuando los órganos de la administración aduanera, las fuerzas de la Guardia Civil y demás Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado o las autoridades militares, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 22 de la LOC, ejerzan sus funciones en materia de represión del contrabando estarán actuando en el ámbito de sus propias competencias de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable y dentro del marco dispuesto por la Ley Orgánica de Represión del Contrabando y su normativa de desarrollo.

Siendo esto así no puede afirmarse, en contra de lo señalado por el Tribunal Regional que cuando los citados órganos ejercen sus funciones de persecución del contrabando estén desarrollando actividades de inspección en el sentido contemplado en el artículo 142 de la Ley General Tributaria.

Se ha de tener en cuenta que mientras los artículos 141 y 142 de la Ley General Tributaria se refieren al desarrollo de actividades tendentes al descubrimiento de hechos imposables o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias, las actuaciones desarrolladas en el ámbito de la Ley de Contrabando tienen un objeto distinto, estando dirigidas a la prevención y persecución de conductas constitutivas de delito o de infracción administrativa en esta materia, por lo que las funciones desarrolladas por quienes tienen encomendadas las mismas son muy diferentes de las que ostenta la inspección de los tributos en su actividad de averiguación de hechos con transcendencia tributaria.

Finalmente es de señalar que en ningún caso los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las autoridades militares o los órganos de la administración aduanera, cuando ejercen actuaciones a la lucha contra el contrabando, tienen la condición de órganos integrantes de la inspección de los tributos, ni pueden realizar las actuaciones inspectoras a las que se refiere la Ley General Tributaria.

En definitiva y de acuerdo con lo expresado cabe concluir que no resulta de aplicación en el ámbito de las actuaciones de represión del contrabando lo dispuesto en el artículo 142.2 de la Ley General Tributaria.

Dicha afirmación conlleva una consecuencia clara y es que cuando las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando pretendan realizar actuaciones de descubrimiento de posibles infracciones administrativas de contrabando que consistan en la entrada y registro de establecimientos que no tengan la condición de domicilio constitucionalmente protegido no deberán portar la autorización administrativa a la que se refiere el precitado artículo.

Quinto.

Sentado lo anterior procede analizar si la negativa por parte de los presuntos infractores a la realización de actuaciones dirigidas al descubrimiento de conductas sancionables en materia de contrabando por quienes tienen encomendadas aquellas es subsumible en el tipo contemplado en el artículo 11.4.d) de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando.

Señala el citado precepto lo siguiente:

"Tendrán la consideración de infracción administrativa de contrabando la resistencia, negativa u obstrucción prevista en el artículo 12bis.1.b) cuando no se apliquen como criterio de graduación de la sanción de contrabando. A estos efectos, constituye resistencia, obstrucción, excusa o negativa las siguientes conductas de la persona investigada, del presunto infractor o de la persona sancionada:

(...;)

d) Negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en fincas o locales a las autoridades, funcionarios o fuerzas o el reconocimiento de medios de transporte, locales, máquinas, instalaciones y explotaciones relacionados con la investigación del contrabando, la tramitación del expediente o la ejecución de la sanción de cierre de establecimiento o suspensión del ejercicio de la actividad."

En el caso que nos ocupa, tal y como se ha hecho constar en los antecedentes de hecho, el interesado se opuso a la entrada de las fuerzas actuantes al interior del quiosco por lo que los agentes emitieron diligencia en la que hicieron constar dicha circunstancia y la remitieron a la Aduana de Algeciras.

A la vista de los citados hechos, la Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de Algeciras dictó resolución sancionadora por considerar que la conducta del interesado, negando el acceso al quiosco a los agentes de la Guardia Civil, era constitutiva de la infracción administrativa de contrabando tipificada en el artículo 11.4.d) de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando, anteriormente reproducido.

La cuestión a analizar será determinar si esta negativa a la entrada y registro en el quiosco de titularidad del interesado tiene cobertura en alguna norma y es por tanto, legítima, o, si por el contrario la misma es indebida y en consecuencia, sancionable.

Para el análisis de la citada cuestión se ha de partir de la circunstancia de que aquellos que tienen encomendada por ley la realización de actividades de entrada y registro en el marco del descubrimiento o averiguación de posibles delitos e infracciones de contrabando, deberán adecuar su actuación en todo momento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, respetando en particular la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente protegido, derecho al que se refiere el artículo 18 de la Constitución Española.

Esto implica que cuando sea necesario acceder, en el ejercicio de las mismas, a lugares que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido de las personas físicas, se haya de recabar con carácter previo el consentimiento de los interesados o portar, en caso de no obtenerlo, autorización judicial habilitante.

En dichos casos, la negativa de los interesados a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y demás autoridades competentes, será legítima y no conllevará reproche sancionador alguno.

Lo mismo ocurrirá con el acceso a los lugares que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas.

Señala el citado Tribunal en su sentencia 69/1999 de 26 de abril, que el concepto de domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas no se identifica necesariamente con el domicilio social ni con el fiscal, y sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

La entrada en estos espacios requerirá igualmente el consentimiento de su titular o bien la existencia de una autorización judicial, pudiendo los interesados negarse legítimamente en defecto de aquella.

No obstante lo anterior se ha de tener en cuenta que de acuerdo con lo señalado por el Tribunal de garantías en su sentencia 228/1997, de 16 de diciembre: "no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación tal y como ocurre con almacenes, fábricas, oficinas o locales comerciales tengan un destino o resulten incompatibles con la idea de privacidad."

Finalmente, cuando nos encontremos ante locales abiertos al público, como bares o quioscos, la realización de las actuaciones de entrada y registro no precisarán de autorización alguna puesto que no se trata de lugares protegidos en los que exista manifestación alguna de privacidad.

Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de septiembre de 1993, rec.cas.2728/1992, en la que señala al respecto lo que sigue:

"Resulta pues, evidente que un establecimiento de venta al público de utensilios para la pesca, no es "domicilio", ya que no se desarrolla en él ni la vida privada, ni la familiar de sus titulares, por lo que la "entrada y registro" sin mandamiento judicial, no implica infracción del derecho a la "intimidad", derecho en fin que se trata de proteger, como fundamental, en el artículo 18.2, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad (Cfr. SS. de 31 de Octubre de 1.988 y 28 de Abril de 1.993).

Rechazada así, la cuestión que, en el plano constitucional, plantea el motivo, al fijar la atención y analizar las supuestas irregularidades cometidas y la falta de garantías observadas, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la diligencia de "entrada y registro" referida, la misma suerte desestimatoria ha de obtener la denuncia, ya que, como certera y agudamente, apunta el Ministerio Fiscal en fase instructora, al tratarse de un local comercial el lugar donde tuvo efecto la diligencia citada, como local abierto al público, no se precisa autorización judicial para la práctica de la "entrada y registro" indicada, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 546 de la propia Ley adjetiva. Tesis que ratifica la doctrina de esta Sala dictada respecto a los bares, cafeterías, "pub" u otros lugares de

esparcimiento abiertos al público (SS., entre otras de 27 de Diciembre de 1.989, 11 de Junio de 1.991 y 19 de Junio y 5 y 24 de Octubre de 1.992) y a los vehículos de motor (SS. de 31 de Octubre de 1.988 y 28 de Abril y 19 de Julio de 1.993) y en ambos casos porque no constituyen "domicilio", como con los "locales comerciales" abiertos al público acaece."

Criterio este reiterado en sentencia de 14 de abril de 1994 dictada en el recurso de casación 3089/1993, en la que en relación con dichos establecimientos señala lo siguiente:

"Contra lo que dice en su Sentencia aquella Sala, este Tribunal no viene declarando que los locales abiertos al público, como pueden ser los de esparcimiento o comerciales (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.) están tutelados por la inviolabilidad que a los domicilios otorga el art.18.2 CE sino todo lo contrario, los considera excluidos de tal tutela (SS 10 mayo, 5 junio, 9 y 19 julio, 16 septiembre, 22 octubre y 9 diciembre 1993, por citar sólo algunas de las más recientes) en cuanto, de un lado, el art. 547.2º y 3º LECr., así lo regula y, de otro, se trata de locales por naturaleza abiertos al acceso de cualquiera y en cuyo acceso libre por las gentes se basa el destino, lucro y utilidad de los mismos ("abiertos al público"), por lo que no se pueden incorporar a ellos las rigurosas limitaciones que el Ordenamiento Jurídico establece para los lugares donde se vive y se ejercita la intimidad personal que el art. 18 tutela, teniendo sólo estos últimos, en consecuencia, la especial protección constitucional y penal que deriva de su inviolabilidad. Cierto que algunos locales de negocios o despachos profesionales, en los que la actividad del titular se desarrolla sin admitir libremente el acceso a terceros, pueden formar parte de su ámbito de privacidad e intimidad, extendiéndose a ellos el concepto de domicilio (Así, S 11 octubre 1993). Pero no cabe confundir, como ha hecho la Sala de instancia, el ámbito negocial privado con aquel que se abre al público para obtener un lucro de los asistentes al mismo. Por lo que el acceso policial al local de autos fue lícito y el registro en él practicado fue válido y con los efectos de toda diligencia policial que se realiza en base de investigación pre-procesal o atestado (arts. 297, pfs. 1º y 2º y art. 717 LECr. y doctrina de las SS 8 julio y 27 noviembre 1993)."

Más reciente en el tiempo resulta la sentencia de 18 de noviembre de 2005, dictada en el recurso de casación 1619/2004, en la que el citado Tribunal reitera lo ya señalado anteriormente, indicando lo que sigue:

"La sentencia rechaza el resultado de la diligencia policial argumentando que fue practicado sin mandamiento judicial y sin consentimiento expreso de los titulares, que hubieran sido necesarios, uno u otro, para legitimar la práctica de la diligencia y el resultado de la misma, y en este sentido señala que el registro no afectó al domicilio, sino al bar que poseen los acusados, el cual, en principio, no tiene la consideración de domicilio. Ahora bien, lo que ocurre -añade- es que aun siendo ello cierto, no lo es menos, que es criterio jurisprudencial consolidado, -tanto en la jurisprudencia ordinaria como en la constitucional-, el que entiende que los establecimientos abiertos al público poseen zonas o dependencias de uso privado, a las que no se puede acceder y mucho menos registrar, salvo en la forma y supuestos legalmente establecidos. En las presentes actuaciones -concluye- tanto la droga como el dinero hallados, lo fueron en zonas que a esos efectos se han de considerar privadas ya que se encontraron debajo y detrás de la barra del bar, dentro de la caja registradora y en el interior de una caja de cognac.

Este razonamiento es contestado por la acusación pública alegando que los concretos lugares donde se encontraba y se incautó la droga no tienen la consideración de domicilio ni las características de privacidad propias de tal concepto.

El motivo debe ser estimado.

Este Tribunal Supremo ha consolidado un criterio, reiteradamente declarado, según el cual, el art. 18.2 C.E. (EDL 1978/3879) consagra el artículo 18.2 de la Constitución (EDL 1978/3879) consagra el derecho fundamental a "la inviolabilidad del domicilio", prohibiendo la entrada en el mismo (salvo caso de "flagrante delito"), sin consentimiento de su titular o resolución judicial y el Tribunal Constitucional al referirse a dicho derecho, ha indicado que la protección constitucional del domicilio lo es de carácter instrumental y que defiende "los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona", con la imbricación que así existe entre dicha norma que, como se ha dicho, prohíbe la entrada y registro en un domicilio, y la que conlleva la defensa y garantía del ámbito de "privacidad" e "intimidad" en el número 1º de referido artículo 18 de la Carta Magna (EDL 1978/3879) (Cfr. S. del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero), lo que implica las garantías procesales establecidas para la práctica de las diligencias de "entrada" y "registro" en un "domicilio."

Consecuencia de dicha doctrina y en una interpretación ajustada al espíritu de nuestra Constitución, la Sala entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar" (Cfr. SS., entre otras, de 14 de enero, 3 de julio y 5 y 24 de octubre de 1992, 14 de noviembre de 1993 y 18 de febrero, 23 de mayo y 15 de octubre de 1994), o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable

o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc., comprendidas las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva (Cfr. SS. de 26 de junio y 17 de septiembre de 1993 y las precedentemente citadas de 18 de febrero, 23 de mayo y 15 de octubre de 1994).

Por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc. (Cfr. SS. de 11 de junio de 1991, 19 de junio y 5 de octubre de 1992, la antes citada de 17 de septiembre de 1993 y la de 21 de febrero de 1994), sencillamente porque no lo son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la "intimidad" como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad (SS., entre otras, de 31 de octubre de y 28 de abril de 1993).

En esta línea, debe señalarse que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE).

Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad.

De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la S.TC. 22/84 (F^o J^o 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente -continúa la S.TC.-, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello -concluye--, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

Esta conexión entre el ámbito donde se desarrolla la privacidad o intimidad de la persona y el domicilio, ha llevado a esta Sala a ampliar este último concepto, pues como espacio de intimidad constitucionalmente protegido, el art. 87.2 L.O.P.J. demuestra que el marco de intimidad que corresponde al derecho fundamental es más amplio que el de habitación o morada, puesto que dicho precepto reconoce la existencia de "domicilios" y de otros "edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular", es decir, que no constituyen morada en sentido estricto. Es claro, por lo tanto, que el establecimiento de un ámbito de intimidad constitucionalmente protegible no está vinculado a la habitación en sí misma, sino al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente, no necesita estar identificado con la morada habitual.

Basta, pues, con esta adscripción al ámbito propio de la privacidad o intimidad para que el inmueble que reúna estas características precise para su acceso al mismo de la resolución judicial habilitante o, en su caso, del consentimiento del titular o la percepción sensorial de una situación de flagrancia.

En virtud de esta concepción amplia, se ha estimado como domicilio a efectos de su protección constitucional cualquier lugar, sea cual fuere su condición y características, que constituya morada, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulottes, habitaciones de establecimientos hoteleros, etc.

Espacios éstos donde se protege el derecho a la inviolabilidad domiciliaria como espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

Numerosísimas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ratifican, completan y especifican la naturaleza del domicilio particular, como espacio físico amparado por el artículo 18.2 de la Constitución, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el "yo anímico" del individuo o individuo, en múltiples direcciones. De acuerdo con el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Roma de 1950, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, las personas o la familia, incluso en concepto de residencia temporal, desde la "roulot", la tienda de campaña o la chabola, hasta el mayor de los palacios.

Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la Autoridad.

CUARTO.- Consecuencia de este criterio jurisprudencial ha sido la exclusión de ese ámbito constitucionalmente protegido, de los bares, cafeterías y similares, incluidas las dependencias que sirvan de almacén, las habitaciones reservadas de un club de libre acceso al público, las cocinas de estos establecimientos públicos y también los aseos privados de los mismos (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 3 de mayo de 1994, 10 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 16 de enero de 2002).

En el caso presente, la droga intervenida se encontraba debajo y detrás de la barra de un bar que se encontraba abierto al público y en el mismo habitáculo o dependencia destinado al mismo, y aunque la parte de detrás de la barra no sea una zona a la que suela acceder el público, no puede en modo alguno ser calificada como lugar donde se ejerza la privacidad o la intimidad a que hemos hecho referencia como elemento condicionante de la protección constitucional del domicilio, sino, en todo caso, como una zona reservada a los empleados y trabajadores del local para el ejercicio de sus tareas laborales y, por tanto, sin posibilidad alguna de equiparación con el ámbito domiciliario.

Por todo ello, estimado el motivo, habrá de casarse la sentencia impugnada, devolviendo las actuaciones al Tribunal de procedencia para que valore el resultado de la diligencia policial de registro como prueba, junto con el resto del material probatorio practicado en el plenario."

Deja claro el alto Tribunal que cuando se trata de acceder a lugares abiertos al público que no gozan de protección constitucional no es necesario contar con autorización judicial.

En consecuencia y de acuerdo con lo señalado, cuando se realicen actividades de entrada y registro en establecimientos abiertos al público no será necesario portar mandamiento judicial habilitante, no pudiendo negarse los interesados a las mismas en el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido.

La aplicación del citado criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa determina que las fuerzas, funcionarios y autoridades encargados de la represión del contrabando podrán realizar actuaciones de entrada y registro en locales abiertos al público que no gocen de protección constitucional sin necesidad de portar autorización judicial al efecto, no pudiendo en consecuencia negarse los administrados de forma legítima a la realización de las mismas."

Por tanto, en la medida en que los agentes de Vigilancia Aduanera realizaron sus actuaciones de entrada y registro en un establecimiento abierto al público que no tiene la condición de domicilio constitucionalmente protegido no era necesario que portaran una autorización ni judicial ni administrativa y tampoco era necesario el consentimiento del titular del establecimiento.

Así pues, debe desestimarse la presente alegación.

Quinto.

Finalmente, alega el interesado que la sanción no pecuniaria no debería consistir en el cierre de todo el establecimiento sino en el precintado de la máquina expendedora de tabaco puesto que este es el lugar destinado al comercio del objeto del contrabando.

Primeramente indicar que en la diligencia de aprehensión el propio interesado manifiesta lo siguiente:

"Que vendía dichas cajetillas de cigarrillos en dicho bar de su propiedad".

Las cajetillas se descubren en un almacén que forma parte de establecimiento abierto al público.

El artículo 12 de la Ley Orgánica al regular la sanción de cierre señala que (el subrayado es de este Tribunal):

"b) Con el cierre del establecimiento o la suspensión del ejercicio de la actividad.

Cuando se trate de labores de tabaco se impondrá la sanción de cierre de los establecimientos de los que los infractores sean titulares. El cierre podrá ser temporal o, cuando se trate de infracciones muy graves y exista reiteración, definitivo. A estos efectos se considerará que existe reiteración cuando en el plazo de los cinco años anteriores a la comisión de una infracción calificada como muy grave, el sujeto infractor hubiese sido condenado por delito de contrabando o sancionado por infracción administrativa muy grave en materia de contrabando en, al menos, dos ocasiones, en virtud de sentencias o resoluciones administrativas firmes.

Cuando no se trate de labores de tabaco, la sanción podrá consistir en el cierre temporal del establecimiento o, si la actividades objeto del contrabando son las de importación o exportación, en la suspensión temporal del ejercicio de la actividad con los géneros objeto de contrabando. El cierre, en su caso, afectará al establecimiento en el que se desarrolla la actividad de almacenamiento, comercialización o fabricación de los géneros objeto de contrabando. Cuando exista separación entre lugares destinados al almacenamiento, la venta o fabricación de los bienes objeto de contrabando y los que corresponden al resto de bienes, el cierre se limitará a los espacios afectados."

Se observa como el precepto distingue dos casos, cuando el objeto del contrabando son labores del tabaco y el resto de supuestos. De esta forma, cuando se trate de labores del tabaco impone directamente el cierre del establecimiento del que sea titular el sujeto infractor y solo en el caso de que el contrabando tenga por objeto otros géneros permite que el cierre se limite a la parte del local donde se llevan a cabo actividades relacionadas con el contrabando.

En el presente supuesto, el objeto del contrabando son labores del tabaco por lo que se debe proceder al cierre del XZ.

A mayor abundamiento, señalar que en este caso no existe una separación entre los espacios en los que se lleva a cabo la venta y almacenamiento del objeto de contrabando y el resto del local. No consta en el expediente documento ni se ha aportado prueba alguna que acredite que en el bar se llevan a cabo actividades diferenciadas.

En base a ello, procede la desestimación de esta alegación.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

DESESTIMAR la presente reclamación, confirmando el acto impugnado.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.