

Criterio 1 de 1 de la resolución: **00/01326/2018/00/00**

Calificación: **No vinculante**

Unidad resolutoria: **TEAC**

Fecha de la resolución: **21/10/2020**

Asunto:

Contrabando. Tabaco. Sujeto infractor no es el titular del establecimiento.

Criterio:

El Real Decreto 1649/1998, por el que se desarrolla el título II de la Ley 12/1995, de represión del contrabando, en materia de infracciones administrativas, señala que la administración "podrá" considerar como titular de la actividad a quien figure en un registro público. Es decir, no es una obligación sino una potestad que se concede a la Administración."

La persona que se encuentra ejerciendo la actividad económica en el establecimiento donde se desarrollaron las actuaciones constitutivas de la infracción y donde se procedió a la aprehensión del género estancado, es responsable de la comisión de la infracción.

Salvo prueba en contrario, en su descargo, de que no era el titular de la actividad, el recurrente venía desarrollando la actividad y de facto tiene la consideración de titular de dicha actividad.

Criterio aún no reiterado que no constituye doctrina vinculante a los efectos del artículo 239 LGT

Referencias normativas:

Ley Org 12/1995 Represión del Contrabando

1
10
11
12
2
3

Ley 38/1992 Impuestos Especiales IIEE

15.7
15.8
15.9

Conceptos:

Contrabando
Infracciones y sanciones
Sanciones de contrabando
Tabaco
Tenencia para fines comerciales

Texto de la resolución:

Tribunal Económico-Administrativo Central

SALA SEGUNDA

FECHA: 21 de octubre de 2020

PROCEDIMIENTO: 00-01326-2018

CONCEPTO: RESTO IIEE (HIDROCARBUROS, TABACO Y ELECTRICIDAD)

NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL

RECLAMANTE: **Axy** - NIF ...

REPRESENTANTE: ...

DOMICILIO: ... - España

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 desestimación del recurso de reposición dictada en fecha 17 de septiembre de 2017 por el Delegado Especial de Andalucía de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13/03/2018 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en 25/10/2017 contra la resolución anteriormente indicada.

SEGUNDO.- En fecha 2 de febrero de 2017 y según consta en el expediente, en el establecimiento situado en la Callenº ..., en el que se encontraba el reclamante, D. **Axy**, se descubrieron por la Policía Nacional diversos géneros estancados, informando de ello en la Dependencia de Vigilancia Aduanera de Córdoba, procediéndose a su aprehensión. En concreto, se produjo la aprehensión de 214 cajetillas de tabaco, carentes todas ellas de las correspondientes marcas fiscales sin que el interesado justificase la legal adquisición o importación de las mismas. En el acta de intervención de efectos suscrita por la Policía Nacional, figura el reclamante como propietario del establecimiento y en el apartado "alegaciones del reseñado" se recoge "Que tiene una familia que mantener y que no tiene otro recurso". El reclamante se negó a firmar por lo que la misma figura suscrita por dos testigos.

TERCERO.- Levantadas las actas correspondientes, e intervenida la mercancía, se inició por la Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de ..., expediente número ...9 por infracción administrativa de contrabando valorándose la mercancía en un total de 944,7 euros, según lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

CUARTO.- En fecha 7 de agosto de 2.017, se dictó acuerdo de resolución declarando al reclamante responsable de la comisión una infracción administrativa de contrabando en grado leve e imponiéndole una sanción consistente en multa pecuniaria de 2.000 euros, comiso del género aprehendido y cierre del establecimiento por un período total de 7 días.

QUINTO.- Contra la resolución anterior el interesado interpuso en fecha 7 de septiembre de 2017 recurso de reposición, que fue desestimado por el Delegado Especial de la AEAT en fecha 14 de septiembre de 2017.

SEXTO.- Disconforme con la resolución anterior el reclamante interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, declarándose éste incompetente y ordenando su remisión al Tribunal Económico Administrativo Central, en fecha 20 de febrero de 2018 .

SÉPTIMO.- En fecha 13 de marzo de 2018 , tiene entrada en este Tribunal la presente reclamación. En el escrito de interposición realiza el reclamante sus alegaciones, señalando lo siguiente:

El reclamante no lleva a cabo la actividad ni se encarga de su gestión y no es titular del establecimiento en el que se produjo la aprehensión de las labores de tabaco por lo que no puede ser considerado sujeto infractor.
El género aprehendido estaba destinado al consumo propio, no teniendo en ningún caso fines comerciales.
Incorrecta valoración de la mercancía.

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:
determinar si la resolución citada en el encabezamiento, se encuentra ajustada a Derecho.

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.

(...)"

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

"2. Cometén 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, sobre 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:

"1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 (18.030,36 euros) de pesetas, o tratándose de labores del tabaco sea inferior a 1.000.000 (6.010,12 euros) de pesetas y no concurre 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".

A la sanción de cierre de establecimiento se refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, señalando lo siguiente:

"2. Los responsables de las infracciones administrativas de contrabando relativas a los bienes incluidos en el artículo 2.2 de esta Ley serán sancionados del siguiente modo:

(...)

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."

De lo anterior se deriva que la conducta tipificada es la tenencia de géneros estancados con finalidad comercial sin cumplir los requisitos previstos al efecto en la normativa aplicable.

CUARTO.- Señala el reclamante que no puede ser considerado como sujeto infractor puesto que no es titular del establecimiento en el que se produjo la aprehensión de las labores del tabaco.

En el presente supuesto la Administración ha considerado que la conducta punible ha sido desarrollada por el reclamante en calidad de titular de la actividad en la que se encontraron las labores del tabaco carentes de marcas fiscales. Señalando en la resolución del recurso de reposición lo siguiente:

"Segundo. El inculpado se encontraba realizando la actividad, encargándose de la gestión del establecimiento. En el acta incoada por la Policía no manifiesta nada respecto a la titularidad del quiosco. Por otra parte, ni en alegaciones ni en el presente recurso identifica al titular. De existir un titular distinto del establecimiento, es evidente que el interesado podría identificarlo sin ningún género de dudas puesto que se encuentra en el establecimiento realizando la actividad. Por tanto, del hecho de que en el acta no identificara al titular y que tampoco lo haya hecho en el trámite de alegaciones y en el propio recurso, son indicios de que es el interesado el que lleva a cabo la actividad del establecimiento. A este respecto, hay que señalar que el Real Decreto 1649/1998, por el que se desarrolla el Título II de la LO 12/1995, de represión del contrabando, en materia de infracciones administrativas, señala que la Administración "podrá" considerar como titular de la actividad a quien figure en un registro público. Es decir, no es una obligación sino una potestad que se concede a la Administración."

Debemos considerar en primer lugar, que la Administración puede utilizar cualquier medio admisible en derecho para considerar que se está ejerciendo una actividad económica y, en particular los regulados en el artículo 12 del Real Decreto 243/1995 de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas y se regula, disponiendo que el ejercicio de las actividades gravadas por el impuesto se probará por cualquier medio admisible en derecho y, en particular, por:

1. Cualquier declaración tributaria formulada por el interesado o sus representantes legales.

2. Reconocimiento por el interesado o sus representantes legales en diligencia, en acta de inspección o en cualquier otro expediente tributario.

3. Datos obtenidos de los libros o registros de contabilidad llevados por toda clase de organismos o empresas, debidamente certificados por los encargados de los mismos o por la propia Administración.

4. Anuncios, circulares, muestras, rótulos o cualquier otro procedimiento publicitario que ponga de manifiesto el ejercicio de una actividad económica.

5. Datos facilitados por toda clase de autoridades por iniciativa propia o a requerimiento de la Administración tributaria competente y, en especial, los aportados por los Ayuntamientos.

6. Datos facilitados por las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, Colegios y Asociaciones Profesionales y demás instituciones oficialmente reconocidas, por iniciativa propia o a requerimiento de la Administración tributaria competente.

En el expediente consta, en concreto en la diligencia extendida por la Policía Nacional el día 2 de febrero de 2017, que el recurrente se encontraba en el establecimiento en el que se procede a la aprehensión del género estancado, ejerciendo la actividad económica e identificándose, él mismo, ante los agentes, como propietario.

Dichos extremos quedan acreditados, por tanto, al constar en diligencia y en virtud de la consideración de documento público que a éstas se les reconoce, así, en el artículo 23 del Real Decreto 1649/1998, 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, establece que :

"1. Las actuaciones de las autoridades y fuerzas citadas en el apartado 2 del artículo 20 se formalizarán mediante diligencia en la que se harán constar cuantos hechos o circunstancias con relevancia para el procedimiento sancionador que pudiera derivarse se produzcan, así como las manifestaciones de la persona o personas presuntamente responsables.

2. Las citadas diligencias podrán ser de aprehensión o de descubrimiento. Serán de aprehensión cuando, en el momento de formalizarse, tenga lugar la aprehensión de los bienes, efectos o instrumentos. Serán de descubrimiento cuando no tenga lugar la aprehensión de los bienes, efectos e instrumentos.

3. Las diligencias podrán extenderse sin sujeción a un modelo preestablecido y deberán contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El lugar, día, hora y circunstancias en que se efectuó el descubrimiento y, en su caso, aprehensión de bienes, efectos e instrumentos, haciendo relación de los hechos ocurridos.

b) Los nombres, apellidos, razón social, documento de identificación y número de identificación fiscal, si constan, domicilio y demás circunstancias personales de quienes presumiblemente hayan participado en los hechos constitutivos de la infracción.

c) Los datos, indicios o sospechas fundadas de quienes pudieran ser los sujetos infractores, si es que no fueron hallados en el momento de la aprehensión o descubrimiento.

d) La descripción de los bienes, efectos e instrumentos aprehendidos, con especificación, en su caso, del número de bultos, clase, marcas, contenido y peso, número de matrícula y cualquier otro que permita que éstos queden plenamente identificados; si no fueran aprehendidos, las cantidades que hayan sido objeto de la operación fraudulenta, con el mayor detalle posible, indicando los documentos, testimonios o cualesquiera otras pruebas de las que se deduzcan la cantidad, características, calidad u otros datos que permitan conocer su naturaleza y valor.

e) La descripción de los contenedores, vehículos, embarcaciones, aeronaves, maquinaria, aparatos u otros medios en que se contuvieran, transportaran, alijaran o circularan los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando.

f) La mención de otros elementos, acciones o circunstancias que puedan tener trascendencia para la graduación de las posibles sanciones.

g) Los nombres o números de identificación de los aprehensores o descubridores, con expresión del cuerpo u organismo al que pertenezcan.

h) El precepto o preceptos que se consideren infringidos.

i) El órgano al que se remite la diligencia.

j) Las manifestaciones, en su caso, de los presuntos responsables.

k) El domicilio a efectos de las notificaciones.

4. Las diligencias serán suscritas por los aprehensores o descubridores y por los presuntos sujetos infractores, y en defecto de éstos o si no saben o no quieren firmar, por dos testigos, si los hubiese, haciendo constar esta circunstancia.

5. Las diligencias se extenderán por triplicado:

a) El ejemplar original se remitirá a la Administración de Aduanas e Impuestos Especiales, la Intervención de Territorio Franco, o la Sección de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que deba iniciar el procedimiento sancionador.

b) Una copia se entregará al presunto infractor.

c) Otra copia quedará en poder de la persona o personas que hayan suscrito las diligencias.

6. Las diligencias formalizadas observando los requisitos señalados en el apartado 3 de este artículo tendrán el carácter de documento público y valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios interesados."

Recoge por tanto el artículo 23, anteriormente reproducido, los elementos que han de reunir las diligencias de intervención para que estas tengan validez probatoria señalando el apartado 6 del mismo que si las mismas se han formalizado observando los requisitos recogidos en el apartado 3, tendrán la consideración de documento público.

Respecto del valor probatorio de las diligencias extendidas en un procedimiento administrativo sancionador, éste es reconocido por nuestra jurisprudencia, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso, de 1 de diciembre de 2016, recurso 591/2016:

"CUARTO.- En aplicación de la normativa y doctrina expuestas, este Tribunal viene atribuyendo eficacia probatoria en el procedimiento administrativo sancionador al contenido de los escritos de denuncia, al igual que a las actas de infracción e informes ampliatorios de las mismas, siempre que se trate de datos objetivos reflejados en ellas que hayan sido real y directamente apreciados por los funcionarios intervinientes y no conocidos por referencia, ni producto de su enjuiciamiento o deducción, por entender que tales medios probatorios se hallan revestidos de las necesarias notas de imparcialidad y dotados de mayor fuerza de convicción que cualquier otro elemento de prueba, aun cuando no en todos los casos constituyan prueba plena, conforme ha quedado anteriormente constatado.

No puede desconocerse el valor que cabe atribuir a la denuncia de los agentes de la Guardia Civil, realizada prestando servicios propios de la especialidad del Seprona, como medio idóneo para acreditar la infracción pues los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de agentes de la autoridad y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados, conforme a lo prevenido en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992 (ahora artículo 77.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a los informes y actas de los agentes de la autoridad y dependientes administrativos un principio de veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad apreciada directamente por los agentes, todo ello salvo prueba en contrario; y en este sentido la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 14 de septiembre de 1990 (861/1979), al razonar sobre la adopción de tal criterio afirma, que cuando la denuncia es formulada por un agente de la autoridad especialmente encargado del servicio, la presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, incluso a sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse tanto en vía administrativa como contencioso administrativa, ya que constituye garantía de una acción administrativa eficaz". Es cierto, tal como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril , que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas, comportando aquélla que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sentenciador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio. Pero, como ha tenido ocasión de señalar esta misma Sala en Sentencia de 12 de marzo de 1996 , los documentos en los que el funcionario actuante investido de autoridad refiere los hechos por él constatados y sus circunstancias superan la condición de mera denuncia para ser considerados como prueba, es decir, con valor probatorio, y con la consecuencia del desplazamiento del onus probandi al presunto infractor.

(...)"

Respecto a la ratificación del contenido de la diligencia también se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su resolución de 12/12/2018 (REC.: 00/06102/2016/00/0) en los siguientes términos:

"Dado que en las diligencias de aprehensión y en la documentación que obra en el expediente se dispone de los elementos y pruebas necesarias para fundamentar los acuerdos de resolución impugnados no resulta pertinente la práctica de pruebas adicionales (puesto que en el acta ya constan las manifestaciones de los Agentes de la Guardia Civil, Policía local y Vigilancia Aduanera, respectivamente, así como del presunto infractor), ni ningún informe de ratificación por parte de los mismos Agentes que firmaron la diligencia de aprehensión puesto que ésta tiene carácter de documento público y goza de presunción "iuris tantum", por lo que se presume cierta no habiendo aportado el recurrente pruebas en contrario"

De la jurisprudencia, doctrina y preceptos citados se concluye que las diligencias extendidas por la autoridad competente, tienen carácter de documento público y hacen prueba de los hechos que se contengan en las mismas, esto sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus derechos puedan aportar los interesados.

Por tanto, el contenido de dicho documento público, puede ser desvirtuado por prueba en contra del recurrente como establece la ley, siempre y cuando, concurren en ella los requisitos exigidos y precisados por nuestra jurisprudencia, entre otras en las siguientes sentencias:

La Sentencia del Tribunal Supremo número 643/2019, Sala de lo Penal, de 26 de febrero de 2019, recurso 2788/2017:

QUINTO.- Algo parecido cabe decir del motivo quinto -infracción de ley del art. 849.2º LECrim-. Se invocan además de una variada y profusa pluralidad de documentos, pruebas testificales apartándose así del genuino sentido de esta causal de casación. De manera poco estructurada se van señalando deslavazadamente diversos puntos, muchos de ellos muy secundarios; algunos más jurídicos que fácticos; y ninguno de verdadera relevancia. Al hilo de ellos se recogen algunas discrepancias en la valoración probatoria (sobre aspectos más bien accesorios o menores); y otras de contenido jurídico. No se añade nada trascendente que enriquezca los argumentos de anteriores motivos y se desnaturaliza el formato de un motivo como el diseñado en el art. 849.2º LEC que requiere una estricta disciplina: (i) un documento literosuficiente -esto es, que haga prueba incontestable por sí mismo que demuestre inequívocamente algo que no ha sido considerado por el Tribunal o desmienta rotundamente alguna afirmación de éste; (ii) que la consiguiente mutación del hecho probado incida de forma directa en la valoración jurídica; y, (iii) que no concurren pruebas contradictorias.

No se ajusta a ese esquema ninguna de las múltiples y variopintas observaciones que se encadenan en este largo motivo.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 619/2016, Sala de lo Penal, de 12 de julio de 2016, recurso 1805/2015:

QUINTO.- Desde esta consideración es desde la que el Ministerio Público formula su denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia.

(...)

Como resumía nuestra reciente sentencia 484/2015, de 7 de septiembre , " El hito inicial en nuestro ordenamiento hay que situarlo en la STC 167/2002, de 18 de septiembre . Se ha reiterado luego en m de un centenar de pronunciamientos del TC (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , 80/2013 o 120/2013) y la STS 370/2014, de 9 de mayo .

Tal doctrina, bien asentada en la actualidad, hunde sus raíces en una mas lejana en el tiempo emanada del TEDH. La STEDH Ekbatani contra Suecia es un primer punto de referencia (26 de mayo de 1988 (TEDH 1988, 10)). Luego vendrían otras tres que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (TEDH 1991, 44) (casos Helmer, Jan-Ake Anderson y Fejde respectivamente contra Suecia). La doctrina ha sido refrendada en múltiples pronunciamientos mas próximos en el tiempo: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (TEDH 2000, 68) (casos Cooke contra Austria y Stefanelli contra San Marino); 27 de junio de 2000 (TEDH 2000, 145) (caso Constantinescu contra Rumania) y 25 de julio de 2000 (TEDH 2000, 404) (caso Tierce y otros contra San Marino) , y con matices y variaciones y modulaciones, muchas posteriores.

El respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, integrantes los tres del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836)), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que proclama ex novo la culpabilidad en un debate público en el que se respeta la posibilidad de contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio

(...)

Decíamos en nuestra STS 1005/2006, de 11 de octubre , " En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito, pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación ".

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 1056/2017 de 31 de marzo de 2017, recurso 1857/2016:

"(...)

QUINTO .- En esencia lo que se cuestiona es la suficiencia de la prueba en primera instancia y del razonamiento que lleva a la condena. Debemos tener en cuenta que la suficiencia incriminatoria que proporciona la prueba de indicios puede alcanzarse siempre que los indicios que suministre sean plurales, estén acreditados por prueba directa, que se presenten como periféricos al dato fáctico a probar, que sean interrelacionables y que la ilación del hecho base al hecho consecuencia se presente lógica y razonable, desde las reglas de la experiencia humana, en un grado de suficiente conclusividad que convierta a las otras hipótesis de producción en meras posibilidades carentes de condiciones de realidad (vid. SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993, 206/1994 24/1997, 137/2002, 135/2003).

(...)

La prueba de cargo de la participación del acusado en los hechos enjuiciados, no ha sido desvirtuada por la defensa. Así la documental obrante en autos acredita la constitución de la mercantil EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L., por Feliciano , en fecha

12.03.2010, con domicilio social en la vivienda particular del acusado, con un objeto social que comprendía entre otros, la importación y exportación. Su condición de administrador único. La importación del contenedor MSKU 9366547 que transportaba el tabaco de contrabando por EUROPEA DE ALTERNATIVAS S.L.; la autorización de despacho y representación para realizar las operaciones aduaneras ante la Administración, a favor del Transitario EURO ASIA ADUANAS S.L. aparece suscrita por Feliciano y como apuntó la Abogacía del Estado competía a la defensa acreditar que dicha firma no había sido plasmada por el acusado y nada hizo. Frente a la prueba de cargo articulada por la acusación, el Sr. Feliciano se limitó a negar los hechos y no practicó prueba alguna en su descargo.

Así, dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28-01-1991, Pte: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández- Cid, que, "si bien como es obvio y se ha dicho reiteradamente la presunción de inocencia produce el efecto de desplazar la carga de la prueba de la culpabilidad hacia la parte acusadora, no menos cierto resulta que acreditado un comportamiento antijurídico corresponda a la parte que trata de justificar su inexistencia la correspondiente al hecho impositivo introducido en el proceso como justificante de aquél".

Como señala la STS de 23 de abril de 2013 , "La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Es cierto que una cosa es el hecho negativo y otra distinta el impositivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación, que la introducción de un hecho, que aún acreditados aquellos impide los efectos punitivos, pues esto debe probado quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados los hechos y la participación del acusado, que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquel cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminan la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la culpabilidad por los hechos típicos que se probasen por él cometidos".

Por tanto, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, recae sobre el acusado la carga de probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia (en este sentido STS de 5 de diciembre de 2005).

Conforme a lo expuesto procede concluir dictando sentencia condenando a Feliciano como cooperador necesario del delito de contrabando enjuiciado pues, como apuntó el Ministerio Fiscal, cooperó con actos sin cuya aportación el resultado no se habría producido, como es la constitución de la persona jurídica para llevar a cabo la importación."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria número 61/2018, de 12 de febrero de 2018, recurso 691/2017 :

"SEGUNDO.- (...)

En apoyo de lo dicho hasta aquí, cabe traer a colación la STS 706/2012, de 24 de septiembre , e de cuyo fundamento segundo se extrae lo que sigue: "...el Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. Asimismo ha precisado que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum , sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos. El debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, de 10 de abril , 95/1995, de 19 de junio , 225/1997, de 15 de diciembre , 4/2002, de 14 de enero , F.J. 3 ; 228/2002, de 9 de diciembre , F.J. 5 ; 35/2004, de 8 de marzo, F.J. 2 ; y 120/2005, de 10 de mayo , F.J. 5). Principio acusatorio y derecho a la defensa están estrechamente entrelazados.

(...)

TERCERO.- (...)

Por otro lado, debe recordarse que es pacífica la Jurisprudencia en el sentido de que, cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la instancia, en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez en cuya presencia se practicaron, siendo este juzgador y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de las pruebas y de valorar correctamente su resultado. Por ello, para que el Tribunal de la segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos:

-inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.

-Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.

-O cuando haya sido desvirtuado por probanzas practicadas en segunda instancia.

Sentado lo anterior, no se debe perder de vista que la Jueza a quo apoya su sentencia condenatoria en la prueba de cargo de practicada, resaltando por su importancia el testimonio emitido por el funcionario de vigilancia aduanera, así como el dado por el director financiero de la entidad mercantil a la que los acusados hacían las compras de tabaco, sin olvidar la documental que se detalla en la resolución de instancia que se recurre.

Es claro, por tanto que ambos acusados, de común acuerdo, hicieron, a través de la sociedad de la que uno de ellos administrador único, compra de tabaco, sin hacerse cargo del IGIG ni del impuesto que grava según la legislación canaria las labores del tabaco. Ello lo hacían como proveedores de buque sin haber obtenido la correspondiente licencia de la autoridad portuaria y además simulando facturaciones con una empresa neozelandesa que dejó de estar activa en el año 2006.

(...)

Finalmente, trata sin éxito de desmerecer el contenido de la testifical del funcionario de vigilancia aduanera y del director financiero de la empresa Dos Santos SAU. Así pues, y siguiendo lo marcado en STS 732/2006 de 3 de Julio "...no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el Tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la

inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto de las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración a su presencia....se mantiene en parámetros objetivamente aceptables....", no cabe más que considerar que la prueba en la que se sustenta el pronunciamiento en primera instancia es suficiente como prueba de cargo y que además ha sido valorada correctamente, sin que conste error en su apreciación, ni que ésta se ha hecho de manera incoherente o ilógica, quedando en definitiva con ella desvirtuada la vicesra de la que esta revestida la presunción iuris tantum de inocencia, significando que la prueba de descargo al respecto es mínima y carente de relevancia. Los acusados se limitan a negar los hechos y a lo más a destacar como máximo responsable del modo de proceder resaltado al acusado que falleció antes del juicio.

(...)."

A lo largo de las actuaciones desarrolladas por la Administración, el recurrente no aporta datos de verdadera relevancia. No facilita "documento literosuficiente" que demuestre inequívocamente que algo no se ha considerado por la Administración o que desmienta lo afirmado por ésta. En el expediente se ha dejado constancia en diligencia, extendida con estricta observación de los requisitos legales exigidos, de los siguientes extremos; que el recurrente se encontraba ejerciendo la actividad económica en el establecimiento donde se desarrollaron las actuaciones y donde se procedió a la aprehensión del género estancado, así como, que se le ha dado la posibilidad de contradicción no pudiendo admitirse "la expresión desnuda y simple de la duda", pues se ha limitado a negar los hechos, sin practicar prueba de descargo alguna.

Acreditado por la Administración un comportamiento antijurídico, corresponde al recurrente, justificar su inexistencia, pues se traslada la carga de la prueba a éste, quien pretende eliminar ese comportamiento antijurídico. Siendo insuficiente invocarlos, debiendo acreditar probatoriamente en su descargo, que no era el titular de la actividad, indicando quién lo es en ese caso, o en su caso, su condición de empleado, aportando contrato de trabajo y cualquier otro documento justificativo. Por todo ello, y atendiendo a los hechos constatados en el expediente, el recurrente venía desarrollando la actividad y de facto tiene la consideración de titular de dicha actividad, por lo que se desestiman las alegaciones formuladas al respecto.

CUARTO.- Alega así mismo el recurrente que el tabaco aprehendido estaba destinado al consumo propio y que en ningún caso tenía finalidad comercial.

De conformidad con los artículos 2.2 d) y 11 de la Ley Orgánica 12/1995 y el artículo 2 del Real Decreto 1649/1998 reproducidos anteriormente, incurrirán en infracción administrativa de contrabando quienes realicen operaciones de tenencia de géneros estancados o prohibidos sin cumplir los requisitos previstos en las leyes aplicables. En el presente supuesto el interesado poseía un total de 214 cajetillas de tabaco carentes de marcas fiscales sin que haya acreditado su legal adquisición razón por la cual se ha de considerar que la conducta del mismo es constitutiva de infracción administrativa de contrabando.

Es relevante destacar la jurisprudencia existente en esta materia. Así, en particular la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2011 (recurso contencioso administrativo número 709/2010) establece lo siguiente:

"Los hechos relevantes son los que siguen: El 20 de enero de 2010, miembros de la Guardia Civil de la Patrulla Fiscal Territorial de Noia, extendieron acta de aprehensión de tabaco en el establecimiento denominado kiosco de Rosalía, calle Rosalía de Castro 22, Ribeira La Coruña, donde se encontraron 27 cajetillas de tabaco de la marca Chesterfield, sin las marcas fiscales ni justificación legal de su adquisición.

La cantidad de tabaco aprehendida induce racionalmente a afirmar que la misma se encontraba en el lugar destinada al comercio. Pues bien, el número de cigarros y el lugar donde se encontraron, induce racionalmente a pensar que su destino era la venta. Por otra parte, como señala la Administración, la tenencia es igualmente infracción administrativa.

En cuanto a la culpabilidad, no se acredita que se hubiese desplegado la diligencia necesaria ni adoptado las medidas para evitar la venta ilegal de labores de tabaco en el establecimiento. Efectivamente, la recurrente como titular del establecimiento viene obligada a desplegar la diligencia necesaria para evitar la realización en el mismo de conductas ilegales y ésta diligencia no ha sido probada. No puede eximirse la actora de responsabilidad afirmando que el local se llevaba de facto por otra persona, porque siendo, como era, la titular del mismo no queda exenta de las responsabilidades legales respecto de las actividades realizadas en el establecimiento por el sólo hecho de que encomiende su gestión a un tercero, aún cuando tuviese intención de transmitir la titularidad del mismo. Concorre, por ello, el elemento de culpabilidad.

No se aprecia indefensión pues la actora ha podido utilizar todos los elementos jurídicos de defensa en todas las instancias administrativas y ahora en la judicial.

Se califica la falta administrativa como leve y se impone la sanción mínima, 601,01 euros de multa y cierre del kiosco 29 días, con lo que se cumple el principio de proporcionalidad".

Adicionalmente y por lo que respecta a la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad en la conducta del reclamante, es relevante destacar el criterio mantenido por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en numerosas sentencias conforme al cual el citado elemento radica en la esfera interna del sujeto, pero debe deducirse de las circunstancias concurrentes, debiendo entenderse que existe, por tanto, cuando no se ha acreditado que se hubiese desplegado la diligencia necesaria ni adoptado las medidas para evitar la venta ilegal de labores de tabaco en el establecimiento. Cabe destacar lo dispuesto en las siguientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras:

- Sentencia de 10 de noviembre de 2004 (recurso 353/2003):

"SEXTO.- Por tanto, en la medida en que el elemento de la culpabilidad radica en la esfera interna del sujeto, ésta debe deducirse de las circunstancias concurrentes y ciertamente la tenencia de labores de tabaco en cantidad de 96 Y 113 cajetillas -número del que racionalmente debe deducirse su destino de venta a terceros-, así como el hecho de que se encuentra en un establecimiento destinado a la venta de diferentes productos, entre ellos el tabaco, nos conduce a entender acreditada la comisión de una infracción de contrabando comprendida en el artículo 11.1 en relación con el artículo 2.1.d) de la Ley 12/98."

- Sentencia de 4 de julio de 2005 (recurso 713/2002):

"CUARTO. Pues bien, alegada falta de culpabilidad de la recurrente, hemos de señalar, que es titular del Kiosco donde se incautaron las cajetillas de tabaco y que el mismo era atendido por su hija al tiempo de la aprehensión. La recurrente es responsable de la infracción al menos a título de culpa, pues, siendo la titular del negocio y atendido por un familiar muy cercano, era su obligación adoptar las medidas necesarias para que en el mismo no se encontrasen mercancías cuya tenencia sin los preceptivos sellos fiscales es constitutiva de infracción administrativa. No se alega ninguna circunstancia concreta de la que deducir que la sancionada no tenía posibilidad de conocer o impedir los hechos constitutivos de infracción administrativa, siendo ésta su obligación como titular del negocio.

No se trata de vulneración de la presunción de inocencia ni de invertir la carga de la prueba, sino de exigir el comportamiento legalmente debido a quien es titular de un negocio respecto de los bienes que se encuentren en el mismo.

Por otra parte la diligencia de aprehensión recoge todos los hechos necesarios con intervención de la persona que se encontraba atendiendo el negocio en el momento de su extensión. No observa por ello ninguna irregularidad que pudiera constituir indefensión."

- Sentencia de 24 de mayo de 2013 (recurso 459/2011):

"En cuanto a la culpabilidad, no se acredita que se hubiese desplegado la diligencia necesaria ni adoptado las medidas para evitar la venta ilegal de labores de tabaco en el establecimiento. Concorre, por ello, el elemento de culpabilidad."

- Sentencia de 23 de julio de 2015 (recurso 110/2014):

"Es precisamente la tenencia de la mercancía aprehendida, en el propio establecimiento de la demandante y sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes, a falta de las correspondientes precintas fiscales, lo que denota la concurrencia de culpabilidad en la conducta de aquella, al revelar cuya conducta, al menos, la falta de la diligencia exigible a la misma, en cuanto titular del establecimiento, más allá de la conducta desplegada por la persona que tenía empleada en el mismo, cuyas consecuencias fueron delimitadas en la resolución que se adjunta con la demanda; conducta que al referirse a la lesión de un bien jurídico distinto al lesionado con la actuación de la demandante, y al corresponder, en definitiva, a un hecho de cargo distinto del que dio lugar a la sanción impuesta a la demandante, excluye que pueda tomarse como base para aplicar el principio ne bis in idem, a favor de esta."

Habiéndose acreditado como es debido los elementos fácticos desencadenantes de la infracción administrativa que se sanciona, lo que comprende, entre otros extremos, la inobservancia en la diligencia necesaria que cabe exigir al ordenado empresario en orden al cuidado del género que comercializa, y debidamente documentado todo ello, este Tribunal no puede sino considerar justificado convenientemente el tanto de culpa necesario para la imposición de la sanción de la que se conoce, como así viene a señalar igualmente la Audiencia Nacional en las sentencias antes referidas.

En definitiva, se considera probada la comisión de una infracción administrativa de contrabando puesto que el interesado poseía género estancado carente de las precintas reglamentarias. Hay que recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la LO 12/1995, la comisión de la infracción administrativa de contrabando se producirá, entre otros supuestos, por la mera tenencia de géneros estancados o prohibidos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

Por todo ello, este Tribunal, desestima las alegaciones de la recurrente al respecto.

QUINTO.- Alega finalmente el recurrente la incorrecta valoración del género aprehendido.

Por lo que se refiere a la valoración del tabaco aprehendido, la valoración de la mercancía, tal y como consta en el expediente, se ha efectuado de conformidad con el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de represión del contrabando:

"La fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

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

(...)"

La valoración de las labores de tabaco, géneros estancados, se realiza, por tanto, en función de los precios fijados por el Comisionado para el Mercado de Tabacos según Resolución de su Presidencia publicada en el Boletín Oficial del Estado, por la que se fijan los precios de venta al público de las labores de tabaco en Expendedurías de Tabaco y Timbre de la Península e Islas Baleares, en la fecha de comisión de la infracción administrativa de contrabando y de acuerdo con lo previsto en el artículo anteriormente indicado.

Dicho procedimiento de valoración, de fecha 20 de febrero de 2017, ha sido el seguido en el expediente, por lo que este Tribunal, desestima las alegaciones de la reclamante al efecto.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo acuerda DESESTIMAR la presente reclamación, confirmando el acto impugnado.