

EXPEDIENTE No. 98-0096-IA

Sentencia No. 035-98. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las nueve horas del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Carlos Quesada Chaves, en su carácter de Gerente General de la empresa Desalmacenadota Tical del Oeste S.A., contra la resolución No. DCF-247-98 de fecha 23 de junio de 1998, emitida por el Director General de Aduanas.

RESULTANDO

- I. Que mediante oficio No. SA-336-97 de fecha 30 de abril de 1997, la Licda. Ingrid Ramón Sánchez, Jefe de Sección de Agentes Externos de la Aduana Central, informa a la División de Estadística, Registro y Divulgación de la Dirección General de Aduanas, la situación encontrada como resultado de las inspecciones realizadas durante el mes de abril a instalaciones de Agencias Aduanales, entre otras, de la Agencia Aduanal Desalmacenadota Tical del Oeste S.A., indicando que:
 - a) Ante la presunción de que dicha Agencia no tenía oficina abierta en la jurisdicción de esa aduana, se realizó una visita en el mes de agosto, en la dirección por ellos señalada, determinándose que aún cuando no se encontraba completamente establecida, cumplía con lo establecido por la legislación aduanera.
 - b) Que a efecto de realizar una nueva visita se les consultó telefónicamente su ubicación y ante varias respuestas evasivas, se realizó la visita, determinándose que en la dirección indicada no se ubica la oficina de la referida agencia. En consecuencia remite copia del acta de inspección, para lo que corresponda (ver folios 2-4)
- II. El oficio SA-336-97 de referencia, fue remitido por la División de Estadística, Registro y Divulgación a la División de Control y Fiscalización para que conforme con sus competencias, procediese a efectuar las acciones pertinentes (ver folio 1)
- III. Mediante resolución No. RES-DCF-247-97 de 20-8-97, la División de Control y Fiscalización, inicia procedimiento ordinario contra la agencia de aduanas Desalmacenadota Tical del Oeste S.A., a fin de investigar la presunta anomalía detectada y que básicamente consiste en que, efectuada una verificación, se determinó que la agencia no disponía de oficina dentro de la jurisdicción de la Aduana Central, siendo que opera ante dicha aduana, según

se demuestra en expediente, y que tales hechos contravienen la obligación contenida en el artículo 35 inciso c) de la Ley General de Aduanas (en adelante L.G.A), por lo que la citada agencia podría ser sancionada con una suspensión de un mes en el ejercicio de su actividad ante el servicio aduanero, conforme el artículo 239 inciso f) de la L.G.A. En consecuencia le otorgan un plazo de 15 días hábiles para que se refiera a los hechos y cargos que se le formulan y presente sus alegatos y pruebas que estime pertinentes. (ver folios 6-7)

IV. Con escrito No. 161-97 de fecha 5-9-97, el señor Luis Carlos Quesada Chaves en su condición de Gerente General y el señor Enrique Martínez Martínez, actuando como agente aduanero, se refieren a los cargos formulados, señalando en esencia que:

1. Que desde el inicio de operaciones, su representada mantuvo oficinas en Tibás, Barrio Jesús Jiménez, para efecto de recibir notificaciones; y que mientras se mantuvo abierta nunca se recibieron notificaciones o visitas de inspección por parte de la Aduana Central.
2. Que por tratarse de un barrio residencial, la municipalidad de Tibás no otorgó la patente o permiso respectivo, por lo que hubo que trasladar de lugar la oficina.
3. Con oficio No.082-97 de 14-5-97, le comunican a la Gerencia de la Aduana Central, el cambio de dirección, siempre en San José, Zapote, 75 este de la Iglesia Bíblica.
4. Que por las mismas razones tuvieron que buscar otra oficina ante la negativa de la Municipalidad de San José de otorgarles la patente y mediante oficio No. 148 de 18-8-97, comunican a la Aduana la ubicación de su oficina definitiva.
5. Agregan finalmente que comprenden que con la nueva normativa aduanera, como auxiliares de la función pública aduanera, deben adaptarse a los nuevos requerimientos, lo cual han logrado con su oficina de Cartago, esperando abrir una oficina en el centro de San José. Solicitan el archivo del expediente con el compromiso de que harán el esfuerzo posible para cumplir con todas las obligaciones (ver folios 8-9).

V. Mediante resolución No. RES-DCF-247-98 de 23-6-98, se dicta el acto final del procedimiento, rechazando los alegatos esgrimidos por el recurrente e imponiéndose a la Agencia Aduanal Desalmacenadora Tical del Oeste S.A., una suspensión de un mes del ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera. (ver folios 14-16)

VI. En fecha 14-7-98, el interesado interpone recurso de reconsideración y apelación en subsidio contra la RES-DCF-247-98, argumentando lo siguiente:

- a) **Invalidez de la prueba administrativa:** Cuestionan el acta de inspección 97-20, por cuanto en la misma se indica que no se encontró el lugar, lo cual deja dudas de si llegó o no a la oficina de la agencia, máxime que no existen testigos que ratifiquen el apersonamiento a la oficina. Agregan que el acta no contiene los requerimientos legales, para constituir prueba real de si se tenía o no oficina, puesto que no indica el lugar adonde se realiza, ni cualquier otra circunstancia relevante, como podría ser la hora en que se realizó la inspección y la participación de testigos. Que el hecho de que no se contara con patente municipal, no implica que tal oficina no existiera como concluye la Dirección de Aduanas, por el contrario si se solicitó el permiso es por que la oficina existía; y que tener o no patente no es una exigencia de la normativa aduanera, por lo tanto irrelevante a efecto de sostener la pretendida sanción.

Agrega que el acta levantada no responde a la diligencia a realizar, puesto que se usa para la inspección de instalaciones y no para corroborar si existe o no oficina, tanto que presupone la firma del representante legal lo cual no aparece en el acta, por lo que la falta de dicho requisito viola el artículo 270 de la Ley General de la Administración Pública, afectando su validez

- b) **Inaplicabilidad del tipo:** Que el tipo infraccional que pretende aplicar la Dirección General, a saber, el artículo 239 inciso f) de la LGA, no se configura en la especie, toda vez que lo que sanciona es a quién “no mantenga oficinas abiertas en la jurisdicción de las aduanas en que preste sus servicios...”, lo cual implica una conducta continuada que se dé en período relativamente extenso y en forma permanente, y que en la especie la Aduana se limitó a levantar un acta para constatar en un momento determinado si existía una oficina abierta, y no la posibilidad de que el hecho se mantenía en el tiempo. La norma no sanciona por un evento foráneo, sino por una situación que se mantiene día a día, lo que exige que la Administración compruebe este evento continuando con inspecciones periódicas. Solicitan en consecuencia la revocación del acto recurrido.
- c) **Prueba para mejor resolver:** Solicitan se inspeccione conforme la ley, sus oficinas ubicadas en XX. (ver folios 17-21)

VII. Con resolución No. RES-DCF-0326-98 de 5-8-98, la Dirección General de Aduanas, rechaza los argumentos del recurrente, deniega el recurso de revocatoria, y confirma la sanción impuesta y admite el recurso de apelación ante el Tribunal Aduanero Nacional, emplazando a la parte a que se apersona ante esta instancia, otorgándole un plazo de 10 días a tal efecto, según oficio No. DCF-02325-98 de 11-8-98 (ver folios 22-27)

VIII. En fecha 27-8-98 , el recurrente se apersonó ante este Tribunal, alegando nulidades en el procedimiento iniciado por la administración, además de argumentar sobre el fondo del asunto:

Nulidad del procedimiento:

Invalidez de la prueba administrativa:

Al respecto reitera lo alegado ante el A quo y agrega que el acta adolece de los siguientes defectos:

- 1- La Agencia se denomina registralmente "Desalmacenadota Tical del Oeste S.A." y no Tikal del Oeste S.A.
- 2- La cédula jurídica no es "3"
- 3- No tiene hora del supuesto apersonamiento
- 4- El inspector es un tramitador aduanero destacado en el Departamento de Agentes Externos, que no tiene competencia para tal acto, pues según el reglamento de la LGA, la realización de inspecciones corresponde a la División de Control y Fiscalización, y a los Departamentos Técnicos de las aduanas y siguiendo el Plan Nacional de Fiscalización que es el que da la competencia para las actuaciones.
- 5- No consigna la presencia de testigos (vecinos)
- 6- La redacción del acta hace dudar si el funcionario llegó o no al lugar exacto, lo cual no prueba el acta, por lo que dicho funcionario no tiene fe pública, si no que era necesaria la presencia de testigos.

Lo anterior hace nula el acta y conforme el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, establece las nulidades procesales por defectos sustanciales entendiéndose por tal "...la formalidad cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causase indefensión".

Rechazo de prueba:

El rechazo de las pruebas debe ser anterior a la resolución final siendo que incluso conforme con el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública, tal decisión puede ser recurrida, lo que evidentemente viola el debido proceso conforme con los pronunciamientos de la Sala Constitucional, por que se viola el derecho de recurrir.

Carga de la Prueba:

La resolución de la Dirección de Aduanas dice que el acta es prueba salvo que "el recurrente demuestre fehacientemente lo contrario", siendo ello una inversión de la prueba en contra del administrativo, lo cual prohíbe la Constitución Política según ha dicho la Sala Constitucional.

Aspectos de Fondo:

1. **Tipicidad:** Alega que por ser aplicables en materia sancionatoria a cargo de la Administración, los principios del derecho penal, para imponer un castigo, conforme la jurisprudencia de la Sala Constitucional, debe motivarse plenamente el ajuste de la conducta al tipo penal (tipicidad), so pena de

inaplicabilidad de la sanción y que en el caso concreto, la resolución de la Dirección firmada por un Sub-director sin nombramiento legal, confunde términos como “inexistencia” con “no mantener” oficina abierta, y cae en el error de afirmar que nunca ha existido oficina basado en una visita de un funcionario incompetente por razón de la materia y un acta ilegítima, y de seguido expone los argumentos dados sobre este aspecto, ante el A quo.

2. Sobre patente municipal: La falta de patente municipal no prueba ni concluye sobre la existencia o no de la oficina y que prueba de su existencia es más bien que se solicitó la patente y que fue denegada. Y que según el Código Municipal vigente anteriormente la patente es un impuesto, cuyo hecho generador se perfecciona por la actividad y no a partir del momento en que se concede la patente (art. 97), por lo que existe una falacia de la Dirección de Aduanas en el sentido de que sin patente no se puede abrir un negocio. Agrega que es la actividad lo que se grava con el impuesto de patente, aunque no se haya tenido licencia, que son cosas diferentes. La licencia está destinada para actividades lucrativas como la que su representada ejerce en su matriz ubicada en Alajuela. (ver folios 28-36).
3. Finalmente solicita audiencia oral y privada ante este Tribunal
- I. . Que en la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Licenciada Shirley Contreras Briceño; y

CONSIDERANDO

- I. Se avoca en primer término este Tribunal al estudio de las posibles nulidades aducidas por el recurrente, por estarse cuestionando en la especie, la validez del acto sancionatorio emitido por la Administración Activa, siendo tal análisis de previo y especial pronunciamiento, a tenor con lo dispuesto por el artículo 195 de la LGA.
- II. En ese sentido, llama la atención de este Tribunal lo alegado expresamente por el recurrente respecto a que la Administración, no le comunica con anterioridad a la emisión del acto que resuelve su pretensión de reconsideración, sobre el rechazo de la prueba ofrecida por ellos, a saber, la realización de una inspección de su oficina ubicada en Cartago 200 este del restaurante el Surco, Barrio El Molino (ver folio 21) y que con tal hecho

se infringe el debido proceso, toda vez que se viola su derecho a recurrir, conforme con el artículo 345 de la LGAP.

III. Al respecto es criterio de este Tribunal, que lleva razón el recurrente en sus manifestaciones, toda vez que del análisis de lo actuado por la Administración frente a lo preceptuado por la normativa, resulta lo siguiente:

a) Conforme con el artículo 204 de la LGA, el interesado que se considere agraviado por un acto emitido directamente por la Dirección de Aduanas, puede interponer recursos de reconsideración y apelación ante el Tribunal Aduanero, dentro del plazo de 5 días, que es precisamente lo que hizo el recurrente en el presente caso.

b) Para la substanciación del recurso de reconsideración la Dirección General de Aduanas, debe observar lo dispuesto por los artículos 201 y 202 de la LGA. Así conforme el artículo 201, de ser necesario para mejor resolver o a solicitud del recurrente o de parte interesada, se otorgará un plazo de 15 días para presentar prueba. Es decir, la norma otorga el derecho al recurrente de ofrecer prueba para una mejor resolución del asunto, derecho que en el caso concreto ejerció el recurrente al solicitar una nueva inspección de sus oficinas. Nótese que el practicarse tal diligencia, dentro de la posición que ha venido sosteniendo la parte recurrente durante el desarrollo del procedimiento, resulta fundamental, toda vez que el recurrente estima que no es una inspección ocasional en la que se determine que no tenían oficina abierta, lo que sanciona el artículo 239 inciso f) sino que debe demostrarse que se trata de una “conducta continuada que se mantenga por un período relativamente extenso”. Dentro de esa tesitura, resulta evidente que en criterio de la parte es importante la realización de la misma, porque de aceptar la Administración tal posición y determinarse con la nueva inspección, que sí tienen oficinas abiertas, podría eventualmente cambiarse la decisión de la Administración.

c) Así, conforme con el procedimiento establecido, debió la Administración, en caso de aceptar la prueba propuesta, ordenar su evacuación dentro del plazo de 15 días siguientes a la fecha de la finalización del período de presentación de pruebas, o bien, de previo a emitir el acto que resuelve el recurso respectivo, comunicarle a la parte recurrente el rechazo de la prueba propuesta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 530 del reglamento a la LGA que señala:

“El órgano instructor podría rechazar las pruebas ofrecidas por la parte cuando resulten impertinentes, no conduzcan a probar algún elemento trascendente del asunto que se conoce o sean hechos públicos y notorios”. Lo anterior a efecto, de que si el recurrente lo estima pertinente, pueda ejercer su derecho a recurrir según se desprende claramente de la relación de los artículos 192 de la LGA, 520

de su Reglamento, 342 y 345 de la Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP. Es decir, no basta que la Administración haya indicado en la resolución que decide el recurso de reconsideración (RES-DCF-0326-98) que denegaba la prueba solicitada por cuando una nueva inspección de la oficina en Cartago, era irrelevante para determinar la procedencia de la sanción, verificar si en la actualidad cumple o no con su obligación, toda vez que la falta que se le atribuye ocurrió en fecha anterior, sino que por ser **la comunicación del rechazo de la prueba propuesta una formalidad sustancial del procedimiento**, entendida como “formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causase indefensión” (art 223 LAGP), debió necesariamente cumplida por la administración, so pena de nulidad de lo actuado.

- d) Así, conforme el artículo 351 de la LGAP, si al conocerse de un recurso de apelación, se determinase la existencia de algún vicio de forma de los que originan nulidad, como en el presente caso, se ordenará que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fue cometido, salvo posibilidad de saneamiento o rectificación.

IV. En consecuencia y sin entrar a valorar este Tribunal sobre la procedencia a no de la prueba solicitada por el recurrente, lo cual compete a la Administración Activa, es criterio de este órgano de alzada que en la especie, la Dirección de Aduanas violó una formalidad sustancial del procedimiento, al no haber comunicado de previo a la emisión del acto resolutivo, el rechazo de la prueba propuesta, a fin de que la parte tomara las medidas que estimase procedentes, violando con ello su derecho de defensa, en concreto su derecho a recurrir, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, como lo aduce el recurrente y además el principio de legalidad, según se ha expuesto ampliamente. Por ello y conforme el artículo 352 de la LGAP citado, este Tribunal por vicio de forma, que origina nulidad, ordena que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fue cometido, que en el caso concreto, lo fue con el dictado de la resolución RES-DCF-0326-98 de 5-8-98, decretándose la nulidad absoluta de la citada resolución, **para que la Administración enderece el procedimiento administrativo y además incorpore al expediente, el original del acta N° 97-20 de 25-4-97, cuya fotocopia corre al folio 3.** En igual sentido a lo resuelto en el presente caso, véase la sentencia No.028-98 de 1-9-98 de este Tribunal. Por innecesario no se entran a conocer los demás argumentos del apelante toda vez que refieren al fondo del asunto, lo cual no entra a conocer en este momento este Tribunal, dado el vicio de forma señalado ni se concede la audiencia solicitada.

POR TANTO

Con fundamento en el artículo 91 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, artículos 203, 204 y 205 de la Ley General de Aduanas, este Tribunal resuelve declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por existir nulidad absoluta en el procedimiento y en consecuencia se anula lo actuado hasta la resolución RES-DCF-326-98 de 5-8-98 inclusive. Proceda la Administración a enderezar el procedimiento. Se devuelve el expediente administrativo a la oficina de origen para la correspondiente.

Notifique al interesado al fax 223-2276 por así solicitarlo y a la Dirección General de Aduanas, en sus oficinas centrales.

Shirley Contreras Briceño

Luis Gómez Sánchez

Alejandra Céspedes Zamora

Desiderio Soto Sequiera

Elizabeth Barrantes Coto

Dick Reyes Vargas

Loretta Rodríguez Muñoz
Presidenta