

## **EXPEDIENTE No. 98-0089-IT**

**Sentencia No 037-98. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las diez horas del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.**

**Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el señor Gerardo Rojas Calderón en su carácter de presidente de la empresa Servicios Aeroportuarios S.A., contra la resolución RES-AL-084-98 de fecha 7-4-98, dictada por el señor Gerardo Bolaños Alvarado, en su condición de Director General de Aduanas.**

### **RESULTANDO**

- I. Que ante reclamo presentado por el Ministerio de Salud, por un supuesto faltante de mercancías reportado por el aforador en la declaración aduanera No. 457601, por un monto de \$2.689.20, la Licda. Margarita Cordonero Salazar entonces Jefe del Depto. de Control de Agentes Externos de la Aduana Santamaría informa a la Gerencia de esa Aduana mediante oficio No. CAE #139-95 de fecha 2-10-95 lo siguiente:
  - “1- El día 23-1-95 el tramitador O. U chequeó en el manifiesto #966 una caja de madera con 97 kilos. Esta mercadería la tomó E.S.A. bajo su custodia.
  - 2- El 20-04-95 la mercancía en cuestión fue aforada, determinando el T.O.A. un faltante en peso de 16 Kilos y 324 unidades de frascos de amalgama dental.
  - 3- Según el manifiesto la carga entró en buen estado, dado que el T.A. no hizo ninguna observación que dijera lo contrario, situación que fue ratificada en la póliza por el T.O.A.
  - 4- Es importante destacar que en el momento del aforo el T.O.A. verificó el peso y unidades, determinando un faltante de 81 Kilos que corresponde 324 frascos.
  - 5- Se evidencia que la mercancía fue saqueada durante el período de custodia.
  - 6- Se recomienda traslado de cargo por cobro de impuestos a E.S.A.
  - 7- Se observa que E.S.A. “NO” es diligente en la custodia de mercancías de alto riesgo ya que la guardó en área fuera de bodega #05” (ver folio 1)
- II. Que en virtud del contenido del oficio CAE #139-95 citado y ante las gestiones realizadas por el Ministerio de Salud para que la empresa ESSA, les cancelara el valor correspondiente a los 324 frascos de aleación de plata (amalgama) supuestamente sustraída durante el período de custodia que correspondía a ESSA, el señor José Gerardo Rojas Claderón, presidente de la citada

empresa, en fecha 3-12-96 solicita informe sobre los hechos ocurridos al Lic. Carlos Avendaño, Jefe de Operaciones de la empresa, quién mediante nota de fecha 18-12-96, le informa que:

“1- Que la mercancía ingresó el 21-01-95 a las bodegas de la Aduana Santamaría, según manifiesto de carga No. 132-30477252, vuelo 0966 de Mexicana de Aviación. O sea, que el próximo 21-01-97 cumpliría 2 años de haber ingresado a las Bodegas.

2- En la póliza de desalmacenaje No. 457601 se evidencia la siguiente anotación “faltaron 324 unidades. Las cajas se ubicaron en buen estado peso 81 kilos. Valor unitario \$8.30, total \$2,689.30 con la posible firma del aforador ubicada en la parte superior del documento.

3- El asunto fue elevado a la Licda Enilda Ramírez Gonzalez Gerente de la Aduana Santamaría en el oficio No. CAE No. 139-95 del dpto. de Agentes Externos, que se explica por sí mismo. ...

4- Es en este informe (oficio CAE No.139-95) que los señores del M.S. fundamentan el reclamo; puntualizado en su oficio DPG-1447-96 de 27-11-96. **Por lo que encontramos difícil refutar el reclamo planteado: considerando que la investigación la efectuó directamente la Aduana Santamaría,** (ver folios 3-7)(el resaltado es nuestro)

III. En virtud de los hechos expuestos y lo ordenado por la Dirección General de Aduanas, mediante resolución RES-AL-385-97 de 22-5-97, la Aduana Santamaría con resolución No. RES-AS-DT-393-97 de 12-6-97, inicia procedimiento ordinario tendiente a efectuar el cobro de tributos dejados de percibir por el fisco, por el extravío de mercancías ingresadas en las bodegas de ESSA, según guía aérea de Mexicana de Aviación No. 132-30477252 de 21-1-95, que amparaba el ingreso de un bulto con 1608 frascos de amalgama dental Talloy, importados por el Ministerio de Salud conforme con la orden de compra de la Proveeduría Nacional No. 02731 de 27-7-94. Mercancía que fue trasladada a bodega No. 5 de ESSA, donde en fecha 23-1-95 fue revisada por el tramitador Olar Ugalde, quién comprobó que tenía un peso de 97 kilos y al ser aforada el 20-4-95, se determinó un faltante de 16 kilos en el bulto y 324 frascos de amalgama y el monto pagado por el Ministerio de Salud por esos 324 frascos fue de \$2,689.20. Que efectuada la liquidación correspondiente se determinó que los impuestos dejados de percibir por la mercancía sustraída asciende al monto de ¢136,142.10. En consecuencia se otorga a la empresa ESSA un plazo de 15 días para que se refiera a los cargos que se le formulan (ver folios 8-9 y 32 a 41).

IV. Con escrito de fecha 11-8-97 y presentado ante la Aduana Santamaría el 12-9-97, el interesado se opone a la pretensión de la Administración (ver folios 10-11).

- V. Mediante resolución No. AS-DT-393-A-97 de 14-8-97, la Aduana Santamaría, rechaza los argumentos del recurrente por haber sido presentado fuera del plazo concedido, declara ciertos los hechos investigados y le concede a la empresa recurrente un plazo de 3 días para que cancele el monto adeudado (ver folio 12-13)
- VI. Mediante escrito de fecha 25-8-97, el recurrente interpone recursos reconsideración y revisión jerárquica contra la RES-AS-DT-393-A-97 citada, reiterando los argumentos presentados en su oportunidad (ver folio 14)
- VII. Con resolución No. AS-DT-393-B-97 de 2-9-97 la Aduana Santamaría declara sin lugar la reconsideración y se remite la revisión jerárquica ante la Dirección General de Aduanas (ver folio 15-16)
- VIII. Con escrito de fecha 17-9-97 el recurrente se apersona ante la Dirección de Aduanas a reiterar los argumentos esgrimidos en su momento ante el A quo (ver folio 53)
- IX. Mediante resolución No. RES-AL-084-98 de 7-4-98, la Dirección General de Aduanas declara sin lugar el recurso de revisión jerárquica, manteniendo lo actuado por la Aduana Santamaría (ver folio 58-63)
- X. Con escrito presentado el 17-4-98, la empresa recurrente presenta recurso de apelación a la citada resolución RES-AL-084-98 (ver folio 65)
- XI. Mediante resolución RES-AL-265-98 de 16-7-98, la Dirección General de Aduanas admite el recurso de apelación y emplaza al recurrente para que se apersona ante el Tribunal Aduanero Nacional (folio 68-69).
- XII. En fecha 5-8-98, la empresa recurrente se apersona ante este Tribunal a reiterar y ampliar los argumentos esgrimidos que en esencia son:
- a) Que la gestión cobratoria la fundamenta la Administración en un informe suscrito por una funcionaria del mismo órgano y sobre el cual se encuentran apreciaciones subjetivas que hacen la prueba ilegal y consecuentemente sin ningún valor probatorio.
  - b) No se corrobora por medio de un proceso investigativo los hechos aducidos, abarcando todas las cuestiones relativas a la probanza del extravío o pérdida y en qué lugar o momento, todo en detrimento del principio de la verdad real.

- c) No se citó bajo los apercibimientos del art.300 de la LGAP, al aforador para que bajo juramento declarará si la caja que contenía la mercancía se encontraba en buen estado y si mostraba o no signos de saqueo o violencia. Así mismo si en el momento de la apertura de la caja si esta se encontraba en el nivel aceptable de frascos que comúnmente puede embalsarse o si era evidente el faltante. Ello por cuanto el aforador consignó en la declaración aduanera “faltaron 324 unidades las cajas se ubicaron en buen estado...” y ello es importante porque el funcionario encargado de la recepción de la mercancía a su ingreso no realizó ninguna observación sobre el estado de la caja ni se indica su peso.
- d) Que el informe de la funcionaria no puede tenerse como prueba porque contiene una serie de manifestaciones subjetivas, como sobre la negligencia de ESSA, que le restan carácter probatorio conforme con las reglas de la sana crítica.
- e) No se ha probado que la empresa ESSA no haya sido diligente en las mercancías de alto riesgo y con base en que se determinó “el alto riesgo”.
- f) Que el depositario es responsable siempre que se determine, que la pérdida se da bajo la custodia de la empresa y se demuestre el elemento intencional, es decir, dolo, la culpa o la negligencia, lo cual no se demuestra en el presente caso.
- g) Alegan la excepción de prescripción con base en el artículo 207 de la LGAP, toda vez que el Estado tardó dos años para plantear la acción y que no consta oposición al momento de la entrega de la mercancía, solicitando se revoque lo actuado por existir nulidad de los elementos del acto administrativo, además con base en las demás argumentos legales esbozados. (ver folios 70-72)

XIII. Que mediante providencia No.37 de 10-8-98, este Tribunal previno al recurrente la personería que lo acreditara como presidente de XX, la cual fue cumplida el 18-8-98 fuera del plazo de 3 días otorgado por el Tribunal.

XIV. Que en la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

**Redacta la Licenciada Shirley Contreras Briceño; y ,**

### **CONSIDERANDO**

- I. El presente asunto se contrae a determinar si la empresa ESSA, es responsable por el faltante de mercancías detectado al momento del despacho

aduanero de las mercancías amparadas en la declaración aduanera N°457601 de fecha 18-4-95 de la Aduana Santamaría y en consecuencia responsable de cancelar al Fisco, el monto de impuestos dejados de percibir, que asciende a la suma de 136.142.00 colones, más los intereses de ley.

- II. No obstante, de previo es pertinente indicar, que si bien consta en expediente que la empresa recurrente no presentó dentro del plazo de 3 días otorgado por este Tribunal, con la presentación de la personería jurídica, lo que en principio, podría generar que se declare inadmisibile el recurso, a tenor de lo dispuesto por el artículo 133 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios en relación con el artículo 264 párrafo II y artículo 351 de la LGAP, sin embargo, debe advertirse que en la citada providencia N°37 de este Tribunal, erróneamente se concedió un plazo de 3 días cuando legalmente era procedente otorgar un plazo de 10 días hábiles, conforme con el párrafo I del citado artículo 264 de la LGAP, por lo que habiéndose presentado la referida personería jurídica dentro de dicho plazo de 10 días, este Tribunal la tiene por bien presentada y subsana de esta forma el error cometido.
- III. Sobre el fondo del asunto, es pertinente establecer en primer término, que la eventual responsabilidad por la custodia de las mercancías por parte de la empresa recurrente, como bien lo señala la Administración, deviene del permiso, con carácter precario, que se le concedió a ESSA, mediante resolución RES-DL-847-89 de 22-11-89, convalidada y aclarada con resolución RES-DL-611-90 de 1-6-90, ambas de la Dirección General de Aduanas. Dispone en lo que interesa la RES-DL-847-89:

**"CONSIDERANDO**

- I- *Mediante oficio sin número los señores Silvio Segnini Meckbel y Alvaro Siles Alpizar, en su condición de representantes legales de la Empresa Servicios Aeroportuarios S.A., cédula jurídica # 3-101-098128-14, solicitan la anuencia de esta Dirección para operar el manejo físico de mercancías de exportación e importación que utilicen la terminal y bodega de aduana en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Propiamente a lo que se faculta a la empresa para la carga de exportación es la recepción y descarga de mercadería, verificación de carga, encolillado y acomodamiento en canastas; movilización, custodia y estiba transitoria de canastas; pesaje y apoyo a la revisión aduanal y sanitaria; movilización; custodia y entrega de la carga a la aerolínea. Para la carga de importación: recibir de la aerolínea la carga, verificación de la carga, acomodamiento en canastas y custodia; pesaje y apoyo a la revisión aduanal, estiba*

transitoria, movilización y carga de camiones. Asimismo queda facultada para reparar los andenes y portones, mejora del sistema de alumbrado y sectorización por áreas, alumbrado de emergencia, moviliario de apoyo a las revisiones aduanales y sanitarias, servicios sanitarios y pilas. Se compromete la empresa a instalar romanas (electrónicas y con entrega de stiker de peso), montacargas, canastas, tarimas, uniformes y equipo de seguridad al personal...

**POR TANTO**

"I-Esta Dirección General de Aduanas...acuerdan declarar con lugar la gestión incoada por la Empresa Servicios Aeroportuarios S.A., cédula jurídica 3-101-098128-14 para que lleve a cabo el manejo físico de mercancías de exportación e importación que utilicen la terminal y bodega de la Aduana en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría ( en la áreas de perecederos, maquila y despacho rápido). Labor que conlleva la recepción, traslado, verificación, estiba, pesaje, acomodamiento en canastas, etc, de la mercancía en las bodegas de la Aduana. II-Como garantía deberá suscribir un "bono de garantía" ante el Instituto Nacional de Seguros a favor del Ministerio de Hacienda-Dirección General de Aduanas, para responder ante el Fisco por los derechos, impuestos y demás gravámenes y posibles pérdidas de mercadería en que incurra la empresa o cualquiera de sus trabajadores, monto que deberá ser por la suma de tres millones de colones..." El Subrayado es nuestro)

- IV. Resulta de lo anterior que la Administración bajo la figura del permiso, le otorga a la empresa recurrente la prestación de los servicios públicos supra señalados, que entre otros implica, **responsabilidad en la recepción, traslado, verificación y pesaje de las mercancías recibidas en la bodega de la Aduana Santamaría**, quedando por principio, obligado el prestatario del servicio a observar en la guarda y conservación de las mercancías, el cuidado y diligencia que se acostumbra tener en la custodia de sus propias cosas, y responder, en este caso ante el Fisco, por los daños, pérdidas o cualquier otra circunstancia que afecte las mercancías y los intereses fiscales, tal y como se desprende de las resoluciones mencionadas.
- V. Partiendo de lo expuesto, debe concluirse que independientemente de las actuaciones de los funcionarios aduaneros, era responsabilidad de la empresa recurrente, en el momento de la recepción de las mercancías para su custodia, verificar lo que estaba recibiendo y pesar las mercancías, a fin de cerciorarse

sobre el estado de las mismas y dejar constancia del resultado, indicando la existencia de daños en los bultos o irregularidades respecto de las mercancías o sus embalajes, comunicando lo pertinente a la autoridad aduanera, a fin de salvar su responsabilidad.

En el caso concreto, la mercancía se traslada bajo la custodia de ESSA, quien la recibe sin que conste en expediente que hubiese efectuado alguna observación al respecto. Por su parte, el funcionario que chequeó el respectivo manifiesto de carga, tampoco hace ninguna observación en ese sentido. En consecuencia en criterio de este Tribunal, no es atendible lo manifestado por la recurrente, en el sentido de que la Administración no se ha esforzado por corroborar la verdad real de los hechos en el presente asunto y que lo consignado en el informe de la funcionaria de la Administración corresponde a consideraciones de carácter subjetivo, toda vez que no puede la recurrente pretender atribuirle responsabilidad a la Administración por su propia falta de diligencia al momento de la recepción de las mercancías. En efecto, al concederle la Administración la prestación de los servicios públicos señalados, la recurrente quedó obligada a actuar en forma eficiente y eficaz, con la debida diligencia que acostumbra emplear en la custodia de sus propias cosas, lo cual no ocurre en el presente caso donde la citada empresa se limitó únicamente a recibir las mercancías, sin hacer ninguna salvedad respecto de lo que recibía, por lo que en principio, y según la información que consta en expediente, se debe considerar que la mercancía la recibió en perfecto estado y completa de acuerdo a lo manifestado, configurándose en la especie el elemento subjetivo necesario para poder atribuirle responsabilidad a la recurrente, por su falta de diligencia, sin que conste en expediente ningún elemento de juicio que la exima de responsabilidad. Incluso nótese que ante las explicaciones solicitadas por el representante de la recurrida al Jefe de Operaciones de la misma empresa, luego de efectuado el estudio dicho empleado concluye en el punto 5 de su nota, que encuentra difícil refutar el reclamo planteado por el Ministerio de Salud para que les paguen el valor de la mercancía faltante (ver folios 5-7).

- VI. Que en el momento del aforo, el funcionario encargado consigna en la declaración original, según lo corroboró este Tribunal en el original respectivo remitido por la Dirección General de Aduanas, lo siguiente: **“faltaron 324 uds las cajas se recibieron en buen estado..”** ( el resaltado es nuestro) y no como aduce el recurrente que indicó “faltaron 324 uds las cajas se ubicaron en buen estado...”. Dicha anotación confirma lo indicado en el informe N°C.A.E. 139-95 de 2-10-95, en el sentido de que la carga entró en buen estado, puesto que no se hizo por parte del funcionario ninguna observación en contrario. Igualmente el aforador indica que las cajas se recibieron en buen estado, lo cual queda demostrado en autos, sin que la recurrente haya podido desvirtuar con la debida prueba, tal situación.

VII. Por otra parte, es totalmente improcedente lo indicado por la recurrente en el sentido de que debió llamarse a declarar bajo fé de juramento al aforador, toda vez que conforme con el artículo 140 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, "Pueden invocarse todos los medios de prueba admitidos en Derecho Civil, **con excepción de la confesión de funcionarios y empleados públicos**". (el resaltado es nuestro). Ello además de lo dispuesto por el artículo 301 de la Ley General de la Administración Pública.. Además de lo anterior, en criterio de este Tribunal, no sólo no es legalmente procedente la confesión del aforador, sino que además no es necesaria, toda vez que existe en expediente, las pruebas documentales suficientes y necesarias que demuestran los hechos a que se refiere el presente asunto. En efecto, las mercancías de referencia ingresan a las bodegas de ESSA, según guía aérea de Mexicana de Aviación N°132-30477252 de 21-1-95, que amparaba el ingreso de un bulto con 1608 frascos de amalgama dental Talloy del Ministerio de Salud. Dicha mercancía es trasladada a la bodega N°5 de ESSA, donde fue revisada por el tramitador Olar Ugalde, sin que se reportara ni por parte del funcionario ni tampoco de los empleados de ESSA, ninguna situación anómala respecto de las mercancías que estaba recibiendo o de su embalaje. Posteriormente al momento del aforo, el funcionario encargado determina un faltante de 16 kilos y 324 frascos de amalgama, consignando tal situación en la declaración aduanera respectiva que para todo efecto legal lo consignado en el misma tiene la fuerza legal del documento público.

VIII. Por otra parte debe indicarse, que si bien es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que el informe de referencia califica de "alto riesgo" las mercancías objeto del presente asunto, sin que se demuestre el porqué de ese calificativo, lo cierto es que ello es irrelevante para la resolución del presente asunto, puesto que independientemente de que se trate de mercancías de alto riesgo o no, lo cierto es que existió un faltante al momento del despacho, sin que la recurrente haya podido desvirtuar los elementos de prueba y argumentos de derecho en que se basa la Administración para responsabilizarla por dicho faltante, ni demostrado que no recibió la totalidad de las mercancías.

Agrega el recurrente que la afirmación contenida en el informe citado respecto a que "se evidencia que la mercancía fue saqueada durante el período de custodia", no tiene base en ninguna prueba y es una conclusión tomada con base en dos elementos: lo que dice el documento de ingreso y la declaración aduanera, máxime que el estudio se hace más de 5 meses después de acaecidos los hechos. Al respecto debe reiterarse que los documentos en que se basa la Administración, constituyen precisamente los documentos idóneos a tales efectos, pues es en el documento de ingreso donde deben hacerse constar tanto por parte de la Administración como de quien recibe las mercancías para su custodia, el resultado de la recepción de las mismas y es luego en la declaración aduanera, donde se refleja en definitiva, con carácter



de plena prueba, el estado, cantidad y demás características de las mercancías que se despachan a consumo.

- IX. Respecto a la excepción de prescripción alegada, no lleva razón el recurrente, toda vez que el artículo 207 de la LGAP, regula el plazo de prescripción que tiene el Estado para hacer reclamaciones a sus funcionarios por daños y perjuicios, siendo totalmente improcedente su aplicación al presente asunto, toda vez que se trata de una especie fáctica totalmente diferente, donde el Estado establece responsabilidad patrimonial de un permisionario por incumplimiento de las obligaciones contraídas en la prestación del servicio público.

Se desprende sin lugar a dudas, del dictamen afirmativo de mayoría de 13-3-96, emitido con ocasión de la reforma a varios artículos de la LGAP, entre ellos el 207, que el plazo de prescripción establecido en dicho artículo (que antes era de un año y actualmente de 4, lo cual es irrelevante para el presente asunto), se refiere exclusivamente a reclamaciones a funcionarios del Estado. Señala el citado dictamen:

*"Los suscritos diputados, miembros de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, rendimos Dictamen Informativo de Mayoría sobre el proyecto "Modificación del artículo 207 de la Ley General de la Administración Pública", Expediente N°12200...Conscientes de que la justicia administrativa es poco dinámica y efectiva, acogimos con beneplácito la reforma propuesta, que pretende aumentar el plazo, de uno a cuatro años, **para reclamar la responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños y perjuicios que ocasionen al Estado o a particulares**. Es importante resaltar que inicialmente el proyecto proponía modificar únicamente el artículo 207 de la Ley General de la Administración Pública y que como consecuencia del debate y las consultas efectuadas en torno a este tema, consideramos conveniente incluir la reforma a los artículos 198 y 208 de dicha normativa, básicamente con el interés de lograr congruencia en esas disposiciones. En ese sentido atendimos los comentarios emanados tanto de la Procuraduría General de la República, como de la Corte Suprema de Justicia quienes, de conformidad con la consulta realizada, expusieron sus puntos de vista a esta Comisión en relación con la reforma en comentario. Es así como, a fin de establecer un plazo igual de prescripción para reclamar a los servidores públicos su responsabilidad personal, tanto por el Estado como por los administrados, se modifican conjuntamente los artículos 198 y 207". ( Roberto Quirós Coronado, Ley*

*General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional, San José, Editorial ASELEX S.A., p 306.).El resaltado es nuestro*

- X. En consecuencia, conforme con lo expuesto, en criterio de este Tribunal, la Empresa Servicios Aeroportuarios S.A., es responsable ante el fisco por los tributos dejados de percibir, que ascienden al monto de 136.142.10 colones, más los intereses de ley que deben ser calculados por la Administración.

#### **POR TANTO**

Con fundamento en los artículos 91 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, 203, 204 y 205 de la Ley General de Aduanas y artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, este Tribunal declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto. Se da por agotada la vía administrativa. Devuélvanse los antecedentes a la oficina de origen.

**Notifíquese: Al recurrente al fax 223-2276 por así solicitarlo y a la Dirección General de Aduanas, en sus oficinas centrales**

Shirley Contreras Briceño

Dick Reyes Vargas

Alejandra Céspedes Zamora

Luis Gómez Sánchez

Elizabeth Barrantes Coto

Desiderio Soto Sequeira

Loretta Rodríguez Muñoz  
Presidenta