SENTENCIA 2006-011. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las catorce horas con cuatro minutos del día veintisiete de enero de dos mil seis.

Conoce este Tribunal sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor xxx en su condición de representante legal de la sociedad xxx S.A., contra la resolución RES-AL-PA-209-2005 del 02 de mayo del 2005 de la Dirección General de Aduanas.

RESULTANDO

1. Que con resolución número RES-AL-PA-209-2005 del 02 de mayo del 2005 la Dirección General de Aduanas tiene a la sociedad xxxx., como responsable de no mantener las mercancías en los lugares habilitados o autorizados, toda vez que de acuerdo con el acta de inspección DCF-DEN-072-01 efectuada en las instalaciones de xxx S.A., se determinó que se encontraban sin desalmacenar licores, los cuales por falta de espacio se ubicaron en otras bodegas del Depositario Aduanero junto con mercancías ya desalmacenadas, asimismo de comprobó que el Almacén General de Depósito ubicado en la Bodega N° 3 no contaba con ninguna malla que delimitara el área interior de la misma. Por tal hecho, en ese mismo acto, le impone una pena de suspensión en el ejercicio de su actividad aduanera de cinco días hábiles que cuentan a partir de la firmeza de la resolución, al estimar que se incumplen las disposiciones de procedimiento y control, por lo que con fundamento en el artículo 238 inciso c) de la Ley General de Aduanas (LGA), se le impone esa sanción. (Ver folios 92 a 104).

2. Contra la resolución de cita, el señor xxx representante de la sociedad xxx S.A., interpuso en tiempo recurso de reconsideración y apelación para ante este Tribunal. (Ver folios 105 a 112)

3. Que mediante resolución RES-AL-PA-408-2005 del 01 de junio de 2005 la Dirección General de Aduanas, resuelve rechazar el recurso de reconsideración y mantener lo resuelto; tramitar en alzada la apelación y emplazar al recurrente para ante esta instancia. (Ver folios 116 a 123).

4. Con escrito de fecha de recibido 23 de julio de 2005, el recurrente se apersona ante esta Sede a presentar argumentos de su defensa, en esencia señala:

   - Que la situación determinada con la inspección de funcionarios aduaneros a las Instalaciones de su representada no es una situación de carácter regular, toda vez que la mercancía si bien fue hallada supuestamente en un espacio donde no debía de estarlo, el carácter era temporal ya que se estaba procediendo a la recolocación o re-acomodamiento de lotes de mercancías ya liquidadas ante el Servicio Nacional de Aduanas.
   - Que si bien es cierto la mercadería estaba temporalmente ubicada a menos de 20 metros de donde debía estarlo, la misma se encontraba debidamente sellada e individualizada y colocada o montada sobre palets aislados.
   - Que en esta oportunidad se encontraban ante un inminente estado de fuerza mayor toda vez que el reacomodo de la mercadería era impostergable e inevitable, situación que se le pide a ese Tribunal Aduanero Nacional tomar en cuenta de acuerdo a lo establecido en el artículo 231 de la Ley General de Aduanas.
   - Que el movimiento y reacomodo de mercadería es una práctica generalizada y de uso común.
   - Que los hechos sucedieron hace 4 años, quedando su representada en desventaja, toda vez que muchos de los testigos que para la defensa se ofrecieron, no se pudieron localizar para llevar a declarar, ya que no tienen ligamen o vínculo con su representada.

- Que su representada ha cumplido en todo momento con los requisitos que enumera el artículo número 47 de la Ley General de Aduanas, inciso A) y que al día de hoy y desde hace ya casi 4 años de lo sucedido, se ha puesto a derecho.
- En consecuencia, solicita revocar en acto final en Proceso de Procedimiento Ordinario incoado en contra de xxx S.A. por parte de la Dirección General de Aduanas. (Ver folios 125 a 135)

5. Mediante votos N° 365-2005 del 12-7-2005 y N° 518-2005 de 04-10-2005, este Tribunal acoge las inhibitorias presentadas por los miembros propietarios Contreras Briceño y Gómez Sánchez, teniéndolos por separados del conocimiento del presente asunto. En consecuencia, se integra el Colegio con los señores José Ramón Arce Bustos y María Elena Soto Ramírez, en calidad de suplentes, nombrados mediante Acuerdos N° 006-H-2006 y 007-H-2006 ambos del 09 de enero de 2006. (Ver folios 149, 161 a 166, 176 a 182, 189 a 191)

6. Que en las presentes diligencias se han respetado las formalidades legales en la tramitación del recurso de apelación.

Redacta la Licenciada Céspedes Zamora; y,

CONSIDERANDO:

1. **OBJETO DE LA LITIS:** El presente asunto se circunscribe a un procedimiento sancionatorio iniciado por la Dirección General de Aduanas contra la sociedad Almacén xxx S.A., al tenerla como responsable de no mantener las mercancías en los lugares habilitados o autorizados, toda vez que de acuerdo con el acta de inspección DCF-DEN-072-01 efectuada en la instalaciones de xxx S.A. se

determinó que licores que se encontraban sin desalmacenar se ubicaron en otras bodegas del Depositario Aduanero junto con las mercancías ya desalmacenadas, asimismo de comprobó que el Almacén General de Depósito ubicado en la Bodega N° 3 no contaba con ninguna malla que delimitara el área interior de la misma. En consecuencia, se le impone una pena de suspensión en el ejercicio de su actividad aduanera de cinco días hábiles que cuentan a partir de la firmeza de la resolución, al estimar que se incumplen las disposiciones de procedimiento y control por lo que con fundamento en el artículo 238 inciso c) de la Ley General de Aduanas (LGA), se le impone esa sanción.

2. **ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.** Previo a cualquier otra consideración, se avoca este Órgano al estudio de la admisibilidad del presente recurso se apelación conforme la nueva normativa aduanera, que rige a partir del 5 de marzo de 2004. En tal sentido dispone la LGA que contra la resolución dictada por la Dirección General de Aduanas, cabe recurso de apelación para ante este Tribunal, el cual debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del acto impugnado, condicionando la admisibilidad a dos requisitos procesales, sea en cuanto al tiempo que dispone el interesado para interponerlo, y además el relativo a la capacidad procesal de las partes que intervienen en expediente. Así las cosas, siendo en el caso la resolución RES-AL-PA-209-2005 el acto que se impugna, el cual fue notificado al interesado el día 9 de mayo de 2005 y el recurso de apelación fue interpuesto el 12 de mayo de 2005 según corre a folios 103 a 105 del expediente administrativo, dentro de los tres días que establece la ley, cumpliéndose el requisito de temporalidad. En cuanto a la capacidad procesal del recurrente, se encuentra debidamente acreditado el señor xxx, según constancia visible a folio 135, por lo cual se admite el recurso de apelación para su resolución.

3. **SOBRE EL FONDO.** En esencia la Administración Aduanera sanciona a la recurrente por los hechos consistentes en no mantener las mercancías en los lugares habilitados o autorizados, toda vez que de acuerdo con el Acta de Inspección DCF-DEN-072-01 efectuada en las instalaciones de la sociedad xxxx S.A. (visible a folios 3 a 6), se determinó que se encontraban sin desalmacenar licores, los cuales por falta de espacio se ubicaron en otras bodegas del Depositario Aduanero junto con mercancías ya desalmacenadas, asimismo de comprobó que el Almacén General de Depósito ubicado en la Bodega N° 3 no contaba con ninguna malla que delimitara el área interior de la misma. Por tales hechos, se le impone una sanción de suspensión en el ejercicio de su actividad aduanera de cinco días hábiles, que cuentan a partir de la firmeza de la resolución recurrida, razón por la cual se avoca este Tribunal al análisis de dicha la sanción.

Régimen sancionatorio previsto: Corresponde ahora el análisis propiamente de la sanción impuesta. En tal sentido debemos estudiar el tipo infraccional aplicado por la Aduana, a saber el artículo 238 inciso a) de la Ley General de Aduanas (LGA) con base en los principios que ampliamente ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia constitucional en materia sancionatoria, siendo previamente necesario examinar las normas que establecen las obligaciones que dan como resultado la sanción prevista en el citado artículo.

En primer término, es preciso señalar que de conformidad con el Artículo 46 de la LGA, los depositarios aduaneros -como lo es la sociedad APL Logistics Improsa S.A.- son considerados auxiliares de la función pública aduanera que autorizados por la Dirección General de Aduanas, custodian y conservan temporalmente, con suspensión del pago tributos, mercancías objeto de comercio exterior, bajo la supervisión y el control de la autoridad aduanera. Es así, que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30 de ese mismo cuerpo normativo, dichos auxiliares de la función pública deben cumplir con las

obligaciones que fijen la ley y su reglamento, así como las disposiciones que establezca la autoridad aduanera, entre ellos los requisitos establecidos en el Artículo 47 de la LGA, que para lo que interesa dispone:

"Artículo 47.- Requisitos. Además de los requisitos establecidos en el artículo 29 de esta ley, para operar como depositario aduanero se exigirán los siguientes:

a) Contar con instalaciones adecuadas para realizar operaciones de recepción, depósito, inspección y despacho de mercancías, con un área mínima de diez mil metros cuadrados, destinada a la actividad de depósito aduanero de mercancías, que incluya una sección mínima de construcción de mil metros cuadrados. Cuando se cumpla con las medidas de control y condiciones que establezca el reglamento de esta ley, la Dirección General de Aduanas podrá autorizar la prestación, en esas instalaciones, de servicios complementarios al despacho y depósito de mercancías, siempre que el prestador cuente con las autorizaciones o concesiones necesarias. En los mismos términos, los depositarios aduaneros que, a su vez, posean la concesión de almacén fiscal general de depósito, podrán prestar ambos servicios, con la condición de mantener bodegas separadas para cada actividad, según el régimen bajo el cual se encuentren almacenadas las mercancías". (El resaltado no es del original)

De conformidad con la normativa aduanera citada, es claro que el depositario aduanero que a la vez posea la concesión de Almacén General de Depósito -condición que ostenta la sociedad recurrente- debe cumplir con las obligaciones y responsabilidades establecidas para el auxiliar de la función pública aduanera y con el régimen jurídico que la LGA impone, en tal sentido, dispone la normativa que no está permitido ubicar mercancías sin nacionalizar con mercancías ya desalmacenadas (como los licores que fueron inspeccionados en la empresa recurrente), asimismo, las instalaciones del

depositario aduanero se deben encontrar debidamente delimitadas del área de Almacén General de Depósito, irregularidad que también fue detectada con la inspección realizada por los funcionarios aduaneros.

Por lo que el incumplir con estas disposiciones tiene como consecuencia la posible imposición de una sanción prevista en el artículo 238 inciso c), previsto por el legislador para esos casos. Por lo que debemos proceder a analizar el tipo o norma sancionadora a efecto de determinar su aplicación o no al caso.

El citado artículo señala:

" ARTICULO 238.- Suspensión de cinco días

Será suspendido por cinco días hábiles del ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera, el auxiliar de la función pública aduanera que:

a) (…)
b) (…)
c) Incumpla la obligación de mantener mercancías únicamente en lugares habilitados o autorizados, si se trata de empresas, obligadas a ello.
d) (…)
e) (…) "

Recordemos que para el análisis del tipo se deben aplicar con algunos matices los principios propios del derecho penal, lo que ha sido reconocido por la doctrina desde ya hace mucho tiempo. Cabe reiterar que la materia sancionatoria a nivel administrativo, sea con la imposición de multas y otro tipo de penas, debe regirse por los principios que informa el derecho penal. Ello por cuanto sostiene la doctrina que ***"el ordenamiento penal y ordenamiento administrativo no son más que manifestaciones del orden punitivo del Estado", siendo aplicables en consecuencia los principios garantizadores procedentes del derecho penal*** (Zorzona Pérez Juan, "El

Sistema de Infracciones y Sanciones Tributarias"). No obstante con la aplicación de ciertos matices, por no tratarse exactamente de materia penal.

En ese sentido los tipos que imponen sanciones administrativas deben analizarse bajo el principio de tipicidad o reserva legal. Por ello, es importante, hacer referencia a lo que la Sala Constitucional ha indicado reiteradamente en sus votos

"V.- También reiteradamente esta Sala ha dicho que existe un derecho general a la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad. En el campo del proceso penal, las exigencias del principio de legalidad se extreman y se manifiesta, entre otros:

"a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio "nullum crimen, nulla poena sine previa lege", recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también, obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo" (sentencia número 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos el primero de julio de mil novecientos noventa y dos sentencia citada en voto 2003-02566 de las quince horas con diez minutos del veinticinco de marzo del dos mil tres*).*

En el caso de la normativa sancionatoria aduanera, tiende a tutelar el orden y el control sobre la cosa pública. Así, vemos como tratándose de auxiliares de

la función pública aduanera existe un régimen preferente reconocido por la propia Sala Constitucional al estimar en el Voto 843-2002 que *" El artículo 29 de la Ley General de Aduanas establece que para poder operar como auxiliares de la función pública aduanera, las personas deberán tener capacidad legal para actuar, estar anotadas en el registro de auxiliares que establezca la autoridad aduanera, cumplir con los requisitos establecidos en esa ley, en los reglamentos y los que se disponga en la resolución administrativa que los autorice como auxiliares. También se indica en esa norma que el auxiliar que luego de haber sido autorizado deje de cumplir con algún requisito general o específico, no podrá operar como tal hasta que demuestre haber subsanado el incumplimiento."* Asimismo estimó que *"Frente al conjunto de obligaciones y deberes a los cuales se encuentran sujetos los auxiliares de la función pública aduanera, se encuentran las potestades de control y fiscalización que le han sido otorgadas a la Administración y que le permiten corroborar el adecuado ejercicio de sus labores por parte de tales auxiliares. En ese sentido, la Ley General de Aduanas en los artículos 22, 23 y 24, establece las atribuciones aduaneras, las cuales hacen referencia directa a las potestades de fiscalización y control de la Administración Aduanera respecto de las actividades propias del ámbito de su competencia."*

De manera que el régimen de responsabilidad esta definido de previo por la legislación aduanera y los auxiliares de la función pública aduanera, precisamente por su condición son conocedores de sus obligaciones y responsabilidades, ya que operan al amparo de dicha normativa. Por tal razón es procedente analizar el tipo aplicado respecto de los hechos atribuidos al auxiliar.

Análisis del tipo aplicado:

Sujeto al que se dirige: en el caso de la norma del 238 inciso c) se dirige concretamente a **auxiliares de la función pública aduanera**. Es decir la norma es clara en cuanto a los sujetos que pueden ser autores o cometer la acción descrita en la norma, en el caso concreto se trata de un auxiliar de la función pública aduanera, definido por la ley como: ***"Se considerarán auxiliares de la función pública aduanera, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que participen habitualmente ante el Servicio Nacional de Aduanas, en nombre propio o de terceros, en la gestión aduanera."*** (artículo 28 LGA)

Sobre la conducta sancionada: El tipo establece básicamente como conducta sancionada en primer término que se ***" Incumpla la obligación de mantener mercancías únicamente en lugares habilitados o autorizados, si se trata de empresas, obligadas a ello.."***

En el caso se trata esencialmente del incumplimiento de una disposición que exige la aplicación de un procedimiento para control de una actividad aduanera, para lo cual se esta obligado como depositario aduanero (auxiliar de la función pública) a cumplir los requisitos definidos supra y contenidos en el artículo 47 inciso a) de la LGA, siendo el bien jurídico tutelado el adecuado control aduanero. De tal modo que la conducta infractora se ajusta a la sancionada en el numeral 238 inciso c) de la LGA. Tal norma, y en lo de interés, sanciona con cinco días de suspensión el hecho de incumplir disposiciones de procedimiento y de control emitidas por la Aduana (en sentido lato), cuando se esta obligado a ello, como en el caso concreto, en donde el recurrente estando obligado por ley a hacerlo incumplió en no mantener las mercancías en los lugares habilitados o autorizados, toda vez que de acuerdo con el acta de inspección DCF-DEN-072-01 efectuada en las instalaciones de xxx S.A., se determinó que se encontraban sin desalmacenar licores, los cuales por falta de espacio se ubicaron en otras bodegas del Depositario

Aduanero junto con mercancías ya desalmacenadas, asimismo de comprobó que el Almacén General de Depósito ubicado en la Bodega N° 3 no contaba con ninguna malla que delimitara el área interior de la misma. Hechos que son aceptados por la sociedad xxx .S.A al manifestar en sus escritos que: *"dicha situación no fue aceptada por parte de mi representada como de carácter REGULAR, toda vez que la mercadería si bien fue hallada supuestamente en un espacio, donde no debía de estarlo, el carácter temporal en cuanto a la ubicación de la misma era temporal.."* (ver folio 127)

Sobre la culpabilidad del presunto infractor. Ha sostenido la Sala constitucional sobre la culpabilidad que *"Culpable es aquél que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la misma. La culpabilidad es consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio romano de acuerdo con el cual nadie puede ser hecho responsable por las acciones de terceros que no ha podido impedir. Por ello la culpabilidad es ante todo personal, en el sentido de que sólo se es culpable de las propias acciones."* (Voto 2004-01603 de las nueve horas con treinta minutos del diecisiete de febrero del dos mil cuatro)

Por otra parte, con la sentencia número 500-90 de las diecisiete horas del quince de mayo de mil novecientos noventa, la Sala sienta el precedente de la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva al señalar:

"El Constituyente, en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el artículo 30 que "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo

ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva o culpa in vigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta (...) debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquel le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena; a contrario "sensu", si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente".

En consecuencia no basta que los hechos se adecuen a una determinado tipo sancionador, debe existir una atribución directa al sujeto infractor a título de dolo o culpa, dado que no existe responsabilidad objetiva en materia penal ni en las sanciones administrativas.

Se debe entonces, realizar una valoración subjetiva de la conducta del posible infractor, determinando la existencia del dolo o la culpa en su actuación. Varios connotados tratadistas coinciden en que existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por ley. Así tenemos, entre las formas de culpa el incumplimiento de un deber (negligencia) o el afrontamiento de un riesgo (imprudencia). En el caso, no podemos hablar de la existencia de una acción dolosa de parte del auxiliar, ya que esa conducta omisiva de lo que se trata es del incumplimiento de un deber, a título de negligencia de parte del auxiliar –Depositario Aduanero- en su deber de ubicar las mercancías en lugares habilitados o autorizados, específicamente de tener las mercancías sin desalmacenar separadas de la mercancía nacionalizada, sin que se haya probado en expediente algún eximente de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 231 de la LGA, ya que si bien, el recurrente argumenta que lo sucedido

se dio por un inminente estado de fuerza mayor, tal argumento no es de recibo ya que por fuerza mayor se entiende un evento o acontecimiento que no haya podido preverse o que, siendo previsto no ha podido resistirse[1]. La situación que se argumenta como fuerza mayor, es totalmente previsible, ya que depende de la voluntad del hombre y pudo evitarse. El depositario pudo tomar las medidas necesarias para no tener las mercancías en bodegas no habilitadas, incluso pudo pedir en caso de urgencia autorización de la aduana, conoce como concesionario su obligación y reconoce los hechos atribuidos. Lo que no podía prever era que la autoridad aduanera detectara la irregularidad, lo cual no constituye eximente alguna de responsabilidad.

En relación con el elemento subjetivo, la normativa aduanera no prevé disposición alguna en materia sancionatoria acerca del mismo para los ilícitos tributarios, por lo que se debe recurrir de manera supletoria al Código de Normas y Procedimientos Tributarios en su artículo 71, como lo ha indicado ya este Tribunal en sentencia 69-2000, mismo que al efecto señala:

"Artículo 71. Elemento subjetivo de los hechos ilícitos tributarios. Los hechos ilícitos tributarios únicamente son sancionables si son realizados con <u>dolo o culpa, incluso a título de mera negligencia</u> en la atención del deber de cuidado que ha de observarse en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes tributarios (el resaltado no es del texto)

De manera que, como se indicara, existe culpa del auxiliar por los hechos atribuidos ya que en su condición de auxiliar de la función pública aduanera y en observancia a sus deberes u obligaciones, debió cumplir con las obligaciones previstas en la normativa aduanera, conteste con su investidura.

4. En razón de lo anterior no puede este Tribunal más que confirmar lo actuado, en virtud de que los hechos se ajustan al tipo sancionador aplicado, por cuanto

[1] Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, página 174

la recurrente como auxiliar de la función pública aduanera esta obligada conforme el numeral 47 a) de la LGA, al cumplimiento de los requisitos establecidos para operar como Depositario Aduanero.

POR TANTO

Con fundamento en el artículo 104 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, artículos 204, 205 a 210 de la Ley General de Aduanas, y demás consideraciones de hecho y de derecho: Por unanimidad este Tribunal resuelve declarar sin lugar el recurso y se confirma la resolución recurrida. Se da por agotada la vía administrativa. Remítase los autos a la oficina de origen.

Notifíquese al recurrente al lugar señalado al efecto: xxx y a la Dirección General de Aduanas.

José Ramón Arce Bustos
Presidente

Alejandra Céspedes Zamora

Elizabeth Barrantes Coto

Dick Rafael Reyes Vargas

Mariela Chacón Salas

Desiderio Soto Sequeira

María Elena Soto Ramírez