Sentencia N°224-2006. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las nueve horas con cinco minutos del diecisiete de agosto del dos mil seis.

Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la señora **xxxxn** en su condición de agente aduanero independiente, contra la resolución número **RES-DN-430-2006 del 26 de mayo del 2006,** emitida por la Dirección General de Aduanas.

RESULTANDO

I- Que mediante Resolución número **RES-AL-PA-614-2005 del 06 de julio del 2005**, la Dirección General de Aduanas inicia procedimiento sancionatorio contra la señora xxx, en su condición de agente aduanero independiente, tendente a la investigación de una presunta infracción administrativa establecida por el artículo 238 inciso h) de la Ley General de Aduanas, sancionable con una suspensión de cinco días hábiles, en virtud de la presunta comisión de irregularidades al no aportar la documentación requerida para verificar la emisión de facturas por los servicios aduaneros prestados con relación a treinta declaraciones aduaneras de importación solicitadas por funcionarios de la División de Control y Fiscalización y puestas a su disposición el día 29 de abril del 2005. (ver folios 22 al 32)

II- Que mediante escrito de fecha de recibido **03 de octubre del 2005**, el afectado esgrime sus alegatos de descargo.(ver folio 39)

III- Que con resolución número **RES-DN-430-2006 del 26 de mayo del 2006**, la Dirección General de Aduanas dicta el acto final del procedimiento administrativo sancionador, mediante el que le impone al Agente Aduanero Independiente xxxx, una suspensión de cinco días hábiles en el ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera, establecida en el artículo 238 inciso

h) de la Ley General de Aduanas, toda vez, que tiene por demostrado que *"... el auxiliar omitió aportar las declaraciones aduaneras de importación tramitadas por dicho auxiliar en el mes de marzo del año dos mil cinco".* (Ver folios 70 al 79).

IV- Que a través de escrito presentado el 07 **de junio del 2006**, el afectado, interpone los recursos de reconsideración y de apelación. (ver folio 81)

V- Mediante Resolución **RES-DN-364-06 del 16 de mayo de 2006**, la Dirección General de Aduanas declara sin lugar el incidente de nulidad interpuesto y el recurso de reconsideración y emplaza al recurrente para ante este Tribunal. (ver folios 82 al 86)

VI- Que mediante escrito presentado en fecha **15 de agosto del 2006**, la recurrente se apersona ante esta sede y esgrime sus argumentos de defensa, solicitando "*se anule la resolución recurrida por falta de derecho"*. (ver folio 91)

VII- En las presentes diligencias se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

Redacta la Licenciada Villalobos Orozco; y,

CONSIDERANDO

I- Objeto de la litis: Determinar si procede la imposición de una sanción de suspensión de cinco días hábiles del ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera, por parte de la Dirección General de Aduanas al Agente Aduanero Independiente xxxx, por considerar que incurrió en la infracción establecida en el artículo 238 inciso h) de la Ley General de Aduanas, por la presunta comisión de

irregularidades cometidas al omitir aportar las declaraciones aduaneras de importación tramitadas en el mes de marzo del año dos mil cinco.

II- Admisibilidad del recurso de apelación: Que previo a cualquier otra consideración, se avoca este órgano al estudio de la admisibilidad del presente recurso de apelación conforme la normativa aduanera. En tal sentido dispone el artículo 204 de la Ley General de Aduanas que contra el acto final dictado por Dirección General de Aduanas, caben los recursos de reconsideración y apelación para ante el Tribunal Aduanero Nacional, siendo potestativo usar ambos recursos ordinarios o sólo uno de ellos, los cuales deben 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. En el caso bajo estudio el proceso sancionatorio se dirige directamente contra el agente aduanero, en su condición de persona física y es él quien personalmente interviene en autos, siendo en consecuencia la persona legitimada para recurrir por ser la afectada con el procedimiento, cumpliéndose en la especie con el presupuesto procesal de legitimación. Además según consta en expediente, el acto lesivo que le impone la multa se le notificó el **02 de junio del 2006,** y los recursos se interpusieron el **07 de junio del 2006**, dentro del plazo de los tres días hábiles establecidos al efecto. En razón de ello, tiene este Tribunal por admitido el recurso de apelación para su estudio.

III- Análisis de nulidad: En forma preferente a cualquier otra consideración, dada la naturaleza jurídica de este Colegiado, como jerarca impropio, contralor de legalidad del Servicio Nacional de Aduanas, especialmente considerando la naturaleza del presente asunto, que en tanto, versa sobre el ejercicio de la potestad sancionatoria o represiva por parte de la Administración, su aplicación debe sujetarse y observar estrictamente los principios de orden penal que según criterio reiterado de este Colegio, resultan aplicables en materia de sanciones

administrativas, al garantizar al presunto infractor, la aplicación del régimen de garantías constitucionales, propias de un proceso penal, si bien con matices según ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional[1]. Resultan entonces aplicables en el campo de las infracciones aduaneras, los principios inspiradores del derecho penal, que comprende no sólo delitos y sanciones sino también un régimen de garantías común a los delitos y las infracciones administrativas, constituidas por el principio de legalidad, irretroactivdidad de las normas desfavorables y retroactividad de la norma que favorecen al infractor, exclusión de la responsabilidad objetiva, prohibición de aplicar dos sanciones por el mismo hecho (non bis in idem), de proporcionalidad, del debido proceso que incluye entre otras garantías, la de juez regular, según lo ha dispuesto la Sala Constitucional en su reiterada jurisprudencia. Ver voto 1739-92.

En aplicación de lo anterior, no puede este Tribunal dejar de advertir la existencia de vicios de nulidad absoluta en la resolución del presente caso por parte de la Dirección General de Aduanas, en el tanto constituyen vicios de los elementos formales del acto administrativo sancionador emitido, que representan una violación al principio de juez natural o regular, como garantía integrante del debido proceso constitucional, relacionada con el órgano competente para imponer sanciones, que en el caso concreto, es el Director General de Aduanas.

Sobre este principio de juez regular y su aplicación concreta en sede administrativa, que es lo que nos interesa en el caso concreto, pues hace referencia al órgano competente para imponer la sanción de referencia, la Sala Constitucional ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

"II.Dispone el artículo 35 constitucional lo siguiente:

"Nadie puede ser juzgado por comisión o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución".

***Esa disposición normativa recoge lo que la tradición anglonorteamericana** conoce como el principio de "juez natural", que no es otra cosa que el juez designado conforme lo establece*

[1] Ver sentencias N° 002-98, 21-98 069,00, 056-02, 063-02, 98-2002

la ley y nunca para el caso concreto. ***Este principio, sin duda, no es sólo de aplicación judicial, antes bien,*** *es también de aplicación en sede administrativa; consiguientemente, la designación de juez administrativo debe hacerse con estricto apego al principio de legalidad y nunca para el caso concreto..."(voto N°681-97)*

En el ámbito administrativo, tenemos entonces, que el juez o autoridad administrativa designada legalmente para imponer la sanción, será la que tenga la competencia a tales efectos. Sobre este tema de la competencia señala el Dr. Ortiz Ortiz: *"la competencia es la aptitud legal del órgano para actuar, la incompetencia es la ineptitud para hacerlo por la falta de la atribución legal de la situación jurídica subjetiva que autorice a ello. El órgano incompetente en relación con un acto carece del derecho, de la potestad, del deber o de la obligación que le permite o le impone su realización".*

Establecido lo anterior, por tratarse de un acto sancionatorio emitido por la Dirección General de Aduanas, la autoridad legalmente competente para emitirlo es el Director General de Aduanas, conforme con la normativa, y es en efecto dicha autoridad la que impone la sanción en el presente caso.

Pero en criterio de este Tribunal, el vicio no surge con la emisión del acto sancionatorio, sino en un momento anterior, cuando se dicta el acto que ordena la apertura del procedimiento administrativo, tendiente a imponer la sanción de referencia, en la medida en que estima el Colegiado que el Director de la División Normativa de la Dirección General de Aduanas, no tiene competencia para decidir la apertura del procedimiento, de ahí la decisión de anulación. Veamos:

El fundamento jurídico para la tal actuación, según consta en el **Acto Apertura**, lo constituye la resolución DGA-041-2005 del 28 de enero del 2005, publicada en Diario Oficial La Gaceta del 28 de febrero de 2005, en la que se dispuso:

"Con fundamento en los Artículos 11, 12, 192, 198 y 204 de la Ley General de Aduanas y los Artículos 89 y 214 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección delega en el Jefe de la Asesoría Legal de esta Dirección la emisión de actos de instrucción de los procedimientos administrativos ordinarios y ***para aplicar sanciones****,* ***los actos de apertura de los mismos,*** *así como aquellos actos de instrucción que*

considere la Administración necesarios para conocer las impugnaciones presentadas en los procedimientos indicados…" (el resaltado es nuestro)

Posteriormente la Dirección General de Aduanas, emite la **N°RES-DGA-373, emitida el día doce de mayo del dos mil seis y publicada en La Gaceta 107, del 05 de junio del 2006**, evidenciando el defecto cometido en la resolución citada, toda vez que la delegación realizada en el año 2005, no tiene límite temporal, lo cual es violatorio del artículo 87 de la LGAP, que dispone que

"Artículo 87.-

*1. **Toda transferencia de competencia deberá ser temporal** y salvo el caso de la suplencia y de la sustitución de órgano, claramente limitada en su contenido por el acto que le da origen.*

2. Toda transferencia de competencia deberá ser motivada, con las excepciones que señala esta ley.
3. La violación de los límites indicados causará la invalidez tanto del acto origen de la transferencia, como de los dictados en ejercicio de ésta." (el resaltado es nuestro)

No obstante este error, se vino a corregir con la nueva resolución, que aunque no resulta aplicable al caso, dispuso:

*"…VI.—Que tomando como sustento la normativa mencionada debe entenderse que la delegación de competencia **es en forma temporal** y para el dictado de los actos preparatorios, previos al dictado del acto final, que sean necesarios para la sustanciación de los procedimientos administrativos iniciados por la Dirección General de Aduanas. Cabe destacar que le corresponde al Director General de Aduanas, valorar lo actuado y tomar la decisión final…*

ESTA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS, RESUELVE:..

***delegar temporalmente, por el período de un año** a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución, **en el Director de la Dirección Normativa, el dictado los actos de inicio de los procedimientos administrativos ordinarios y sancionatorios** señalados en los artículos 526 y siguientes y 533 del Reglamento a la Ley General de Aduanas, Decreto Ejecutivo Nº 25270-H, y sus reformas; reservándose el dictado del acto final y demás actos de la fase recursiva al Director General de Aduanas. Lo anterior, sin perjuicio de las funciones que por su naturaleza le competen a la*

Dirección Normativa de acuerdo con la Ley General de Aduanas, sus reformas y disposiciones reglamentarias. Es todo. Publíquese por única vez, en el Diario Oficial La Gaceta. Rige a partir de su publicación" (el resaltado es nuestro)

Además de lo expuesto, debe señalarse que mediante las resoluciones de referencia se "delega" una potestad de imperio, como lo es sin duda alguna, la potestad sancionatoria, puesto que impone o suprime derechos y en esa medida afecta la esfera jurídica del administrado, si bien no el dictado del acto final, delega la valoración para la apertura del procedimiento sancionatorio.

En efecto, en el presente caso, se discute la imposición de una sanción al auxiliar de la función pública, es decir, estamos ante el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, respecto de lo cual existe abundante jurisprudencia administrativa y judicial. Así en el dictamen C-026-2002 la Procuraduría General de la República, en adelante la Procuraduría, señaló:

"La potestad sancionatoria de la Administración es una manifestación del ius puniendi del Estado, que se ejerce en protección del interés general. Dicho interés justifica, en efecto, la acción represora del Estado sobre la esfera de derechos del ciudadano.

El ámbito de la sanción administrativa es extenso e, incluso, podría decirse que su necesidad se plantea conforme se modifica la acción administrativa y, por ende, la orientación del Estado. Así, por ejemplo, el énfasis que ha sufrido la función reguladora del Estado en diversos ámbitos determina el reconocimiento de la potestad sancionatoria como parte esencial de la competencia de los entes reguladores…

Por su afectación a la esfera jurídica de los administradores, la potestad sancionadora, tanto si se trata de una potestad general como de la disciplinaria, no puede sino considerarse una potestad de imperio. Precisamente, una de las razones por las cuales se discutió en el siglo pasado si la Administración debe ser titular de una potestad sancionatoria reside en el carácter exorbitante de la potestad, una prerrogativa que puede afectar el principio de separación de poderes. Por dicha circunstancia y por tratarse de una potestad que se ejerce en el ámbito externo de la Administración Pública, la atribución de la potestad debe derivar expresamente del texto de la ley, sin que le sea permitido al operador jurídico derivarla, por integración, de sus poderes. Es decir, no puede considerarse una potestad implícita. Pero además, la competencia sancionadora se atribuye para sancionar determinadas conductas, que el legislador ha tipificado, debiendo entenderse que la autoridad administrativa resulta incompetente para sancionar las conductas no tipificadas. En ese sentido, la competencia no abarca sólo la definición de la autoridad competente para actuar, sino que entraña una delimitación de la actuación administrativa a través de la tipificación de las conductas que deben ser

sancionados y de las condiciones para el ejercicio del poder punitivo. Como en otros ámbitos del accionar administrativo, en el régimen sancionatorio la ley debe precisar las condiciones bajo las cuáles la Administración puede ejercitar su competencia Es decir, si bien se reconoce que la potestad sancionatoria administrativa está marcada por un mayor grado de discrecionalidad que la potestad penal, para cumplir con los principios de legalidad y reserva de ley no es suficiente con que se otorgue una potestad para sancionar, sino que la ley debe definir las conductas que van a ser sancionadas en vía administrativa y cómo puede ejercerse la competencia…"

Por otra parte, conforme con las normas relativas a la delegación de funciones, contenidas en la LGAP, tenemos que si bien existe la posibilidad legal de delegar funciones, lo cierto es que también tal normativa impone limitaciones a tal facultad, sobre todo en lo que respecta a las competencias esenciales del órgano. Así disponen los artículos 89 y 90 de la LGAP:

"Artículo 89.-

1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.

2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.

3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

4. La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado"

"Artículo 90.- La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

a) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido;

b) No podrán delegarse potestades delegadas;

c) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;

d) No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y

e) El órgano colegiado no podrán delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario" (El subrayado no es del original)

Dentro de esta línea estima el Colegiado que además de ser la potestad sancionatoria una potestad de imperio, **constituye parte esencial y significativa de las facultades legalmente asignadas al Servicio Nacional de Aduanas: ejercicio del control aduanero,** en el caso concreto, al Director General, en la medida en que constituyen o forman parte de lo que la legislación aduanera centroamericana (CAUCA), denomina potestad aduanera, cuyo ejercicio se asigna en forma exclusiva, a las autoridades aduaneras y que es definida como el *"...el conjunto de derechos, facultades y competencias que este Código, su Reglamento conceden en forma privativa al Servicio Aduanero y que se ejercitan a través de sus autoridades" artículo 7.*

Reforzando lo anterior la Ley General de Aduanas en su artículo 6, consagra como uno de los fines del régimen jurídico aduanero, *"...**la represión de las conductas ilícitas** que atenten contra la gestión y el control de carácter aduanero y de comercio exterior."* (el resaltado es nuestro).

En concreto respecto de la Dirección General de Aduanas, la LGA establece que en el uso de la competencia asignada, entre otras, le corresponde ***el ejercicio de las atribuciones aduaneras" art.11, es decir, el ejercicio de la*** potestad aduanera, es decir, del conjunto de atribuciones, facultades y competencia asignada a las autoridades aduaneras, dentro de las que debemos puntualizar la atribución que en forma inequívoca el artículo 24 inciso i), de la LGA, concede en forma privativa a la autoridad aduanera, en el sentido de que le corresponde *"Investigar la comisión de delitos aduaneros **e imponer las sanciones administrativas y tributarias aduaneras correspondientes"*** (el resaltado es nuestro), concretando el artículo 7 inciso n) del Reglamento a la LGA, como función del Director General, la imposición de sanciones.

Así las cosas, no sólo porque se trata de una potestad de imperio sino y esencialmente porque se trata del efectivo ejercicio del control aduanero, es

decir, de la potestad aduanera, que es la esencia misma y razón de ser del Servicio Nacional de Aduanas, es que no es posible en criterio del Tribunal, la delegación emitida.

Debemos en este momento retomar lo que ya dijimos líneas atrás, en el sentido de que está claro que lo que se delega es la apertura del procedimiento de sanción y no la imposición de la sanción misma. Sin embargo, aún así se quebranta el orden jurídico con tal actuación porque recordemos, lo que en forma reiterada ha venido sosteniendo la jurisprudencia judicial y administrativa en el sentido de que en esta materia resultan aplicables los principios del derecho penal, si bien matizados y no de manera automática.

En efecto, debe quedar claro, que es precisamente en razón de la naturaleza del presente procedimiento, que es uno sancionatorio, que el Tribunal estima que se ha violado el principio de juez natural, porque tratándose de la imposición de sanciones, el operador jurídico debe ser en extremo cuidadoso del resguardo de las garantías constitucionales del posible afectado y además la interpretación debe realizarse en forma restrictiva. Esta misma posición de interpretación restrictiva, en materia sancionatoria y concretamente respecto del sujeto que puede imponer sanciones en el ámbito aduanero, la ha sostenido la Procuraduría General de la República, que incluso ha tenido una tesis más restrictiva que este Tribunal, puesto que sólo ha admitido que sea el Director General de Aduanas, como superior jerárquico del Servicio Nacional de Aduanas y no los Gerentes de las diversas aduanas del país, las que pueden ejercer esta potestad represiva. (ver dictamen C-229-2001).

Sobre el tema del ejercicio de la potestad sancionatoria, ha indicado la Procuraduría:

"La "juridificación" de la potestad sancionadora de la Administración conduce a afirmar que este poder debe regirse por un estricto respeto de las garantías constitucionales en materia sancionatoria, como protección de los derechos de los ciudadanos. En el plano sustantivo, los principios de reserva de ley, tipicidad,

irretroactividad de la norma sancionatoria desfavorable, responsabilidad, proporcionalidad, prohibición de penas perpetúas, y non bis in idem deben ser respetados tanto por el legislador, a quien corresponde otorgar la potestad, establecer las infracciones y las sanciones, como por la Administración que debe sancionar. Pero, además, se determina la aplicación de las garantías procesales, por ende, los principios y reglas que conforman el debido proceso: derecho de defensa, presunción de inocencia, demostración de culpabilidad, el derecho a ser informado de los hechos, derecho de audiencia, derecho a no declarar contra sí mismo, etc.

En el dictamen N: C-222-2001 de 8 de agosto de 2001, manifestamos:

"El desarrollo de la potestad punitiva del Estado ha conducido a una unificación de sus principios y de la teoría de las infracciones, al punto que en la actualidad no existe una diferencia sustantiva entre los ilícitos penales y los administrativos. Lo que ayer fue tipificado por el legislador como delito, hoy puede estar consagrado como una mera infracción administrativa. De allí que la diferencia entre ambos ámbitos resida fundamentalmente en la titularidad de la potestad para imponer sanciones: las penas se imponen a través de un proceso judicial, mientras que las sanciones administrativas son impuestas por la autoridad administrativa. Lo anterior es el reconocimiento de que tanto el campo penal como el administrativo sancionador constituyen manifestaciones del ius puniendi del Estado, o sea, de la potestad del Estado de castigar ciertas conductas antijurídicas de los habitantes. Este reconocimiento ha llevado a desdibujar la línea divisoria que existe entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. En ambos casos se trata de la afectación de la esfera de libertad de los administrados en razón del proceder del Poder Público; de allí que la tendencia actual de los diversos ordenamientos jurídicos sea aplicar el nivel de garantías de los habitantes establecido en el ámbito penal al ámbito administrativo. Quedan de lado, entonces, los tiempos en que la Administración Pública se encontraba autorizada para sancionar a los administrados sin el cumplimiento de mayores requisitos y, lo que es peor, sin estar sujeta a un sistema lógico de principios y procedimientos que asegurara la adecuada defensa de los derechos fundamentales de los habitantes. De esta forma, la validez de las sanciones administrativas está condicionada a que hayan sido impuestas por una autoridad imparcial y que el procedimiento para su aplicación haya respetado el derecho de defensa del administrado -debido proceso-. Los principios de legalidad, irretroactividad, non bis in idem, entre otros, resultan igualmente aplicables al Derecho Administrativo Sancionatorio".

Señalamos en dicho pronunciamiento que la jurisprudencia constitucional, notablemente influida por las sentencias del Tribunal Constitucional español en la materia, ha señalado, empero, el carácter matizado de la aplicación de dichos principios, con un reconocimiento implícito de la mayor discrecionalidad de que goza la Administración Pública. La diversidad y especificidad de las infracciones administrativas requiere de la flexibilidad propia de la naturaleza de la actividad administrativa, lo que explica que si bien los principios no pueden ser vaciados de contenido, tampoco son aplicados en forma automática. La Sala ha manifestado sobre este poder:

"IV.- Extensión de los principios de la materia penal al campo de las sanciones administrativas. Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa (sic) a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa –al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que 'todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas –principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración; se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador'". (Voto Nº 1484-96)" Resolución Nº 08193-00 de las 15:05 hrs. del 13 de setiembre del 2000). "Ver dictamen C-026-2002.

Así las cosas, y como ya dijimos, resulta fundamental por la materia que se trata (sancionatoria), donde la interpretación debe realizarse en forma restrictiva y en caso de duda se debe favorecer al presunto infractor, que sea el órgano decisor, el que en cada caso concreto, una vez que haya valorado los elementos y las pruebas recabadas en la fase de investigación, el que decida o no la apertura del procedimiento sancionatorio y delimite claramente los hechos y responsabilidades que se atribuyen (intimación e imputación), puesto que el inicio mismo de un procedimiento de sanción implica una decisión que en nuestro criterio, en virtud de los principios que privan en este materia, sólo puede realizar el órgano juzgador, si bien, es cierto, podría eventualmente facultar al órgano director a aperturar el procedimiento, ello siempre será dentro de los límites que el juzgador previamente le haya establecido, y no como sucede en la especie, en que por la forma genérica en que se delegó mediante la resolución citada, el órgano decisor, no tiene participación previa en expediente, señalando los alcances y términos de una eventual apertura del procedimiento por parte del Jefe de la Asesoría Legal de la Dirección General

de Aduanas, sino hasta el momento de imponer la sanción, sustituyendo de esta manera, el Jefe de la Asesoría Legal al Director General de Aduanas, respecto a la valoración inicial de los hechos, lo cual reiteramos, en criterio del Colegiado, no es jurídicamente posible, puesto que el órgano decisor es el que tiene la competencia para decidir empezar un procedimiento administrativo determinado, que es a su vez a aquél al que le corresponde tomar la decisión final y tiene la competencia para instruirlo; no obstante lo anterior, puede delegar tanto la apertura como la instrucción del mismo en un órgano director del procedimiento invistiéndolo de manera formal de las facultades necesarias para que posea la competencia y capacidad jurídica requeridas para dar validez a sus actuaciones, delimitándole el alcance del procedimiento que debe iniciarse, lo cual no ocurre en la especie.

Incluso nótese como la legislación aduanera hace referencia al tema del órgano director y decisor, cuando en el artículo 196 de la LGA dispone:

*"Artículo 196.- **Actuaciones comunes del procedimiento ordinario**.*
Para emitir cualquier acto que afecte derechos subjetivos o intereses legítimos, deberán observarse las siguientes normas básicas:
a) La apertura del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, debe ser notificada a las personas o entidades que puedan verse afectadas.
*b) En el acto de notificación se otorgará un plazo de quince días hábiles para presentar los alegatos y las pruebas respectivas. **La autoridad aduanera que instruya el procedimiento** podrá prorrogar, mediante resolución motivada, de oficio, o a instancia de parte interesada este plazo para los efectos de presentación de pruebas.*
c) A solicitud de parte interesada, el órgano instructor dará audiencia oral y privada por un término de ocho días, una vez evacuadas las pruebas para que las partes desarrollen las conclusiones finales.
*d) Listo el asunto para resolver, **el órgano instructor dictará la resolución dentro de un plazo de diez días hábiles**. La notificación debe contener el texto íntegro del acto."*

Nótese como el legislador, conciente o inconscientemente, asimila órgano director a órgano decisor, porque si bien señala que habrá una autoridad aduanera que instruirá el asunto, sin embargo, en el inciso d), indica que el órgano instructor deberá dictar resolución dentro de los 10 días hábiles, siendo así, entonces debemos concluir que si el órgano instructor emite el acto final,

entonces es porque ambas funciones, la de instructor y la de juzgador, la ejerce la misma autoridad, que no podría ser otra que el órgano decisor, es decir, la aduana o la Dirección, pues obviamente el que puede lo más puede lo menos, y si dichos órganos están incluso legalmente facultados para sancionar, pues podrían además instruir el expediente. Claro que esto último podría generar problemas prácticos importantes, pues tendrían que estar los jerarcas de ambas oficinas instruyendo todos los asuntos. De ahí que por aplicación supletoria de la LGAP nada obsta para que no puedan constituir un órgano que instruya el procedimiento, siempre que se observen los principios aplicables.

En línea con lo expuesto pueden consultarse los Votos de la Sala Constitucional números: 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994, 6379-2002 de las 15:22 horas del 26 de junio del 2002. También los Dictámenes de la Procuraduría números: C-343-2001 del 11 de diciembre del 2001, C-353-2001 del 20 de diciembre de 2001, C-158-2005 del 28 de abril del 2005, C-189-2005 del 18 de mayo del 2005, C-258-2005 del 18 de julio del 2005.

IV. En razón de lo expuesto estima este Tribunal y en virtud de tratarse el presente asunto de un procedimiento sancionatorio y dada su naturaleza jurídica, según lo expuesto, es que debe anularse todo lo actuado desde el acto de inicio del procedimiento, como en efecto se resuelve. En razón de lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre los demás alegatos del recurrente.

POR TANTO:

De conformidad con las facultades legales otorgadas a este Tribunal en los artículos 204, 204 bis y 205 de la Ley General de Aduanas, por mayoría este Tribunal anula todo lo actuado a partir del acto inicial inclusive. Devuélvase los autos a la oficina de origen. Voto salvado de los Licenciados Reyes Vargas,

Céspedes Zamora y Barrantes Coto quienes ordenan continuar con la tramitación de los autos.

Loretta Rodríguez Muñoz
Presidenta

Shirley Contreras Briceño **Franklin Velásquez Díaz**

Elizabeth Barrantes Coto **Alejandra Céspedes Zamora**

Dick Rafael Reyes Vargas **Xinia Villalobos Orozco**

Voto salvado de las Licenciadas Barrantes Coto y Céspedes Zamora. No comparten las suscritas la nulidad declarada en la presente sentencia, por tal razón lo procedente es ordenar continuar la tramitación del expediente para la resolución de fondo.

Elizabeth Barrantes Coto **Alejandra Céspedes Zamora**

Voto salvado del licenciado Reyes Vargas. No comparte el suscrito lo resuelto y por ello salvo el voto con sustento en las siguientes consideraciones:

El tema de la legalidad o no por violación del debido proceso entre otros respecto del principio del Juez Regular ya había sido objeto de análisis en esta sede. La posición entonces era la siguiente:

"III.- ALEGATOS DE NULIDAD.

1)- Sobre la competencia o legitimación de la Jefatura de la Asesoría Legal. Argumenta el recurrente que para el inicio y prosecución de procedimientos como el presente el ordenamiento administrativo dispone el ordenamiento Administrativo la necesaria existencia de un acto de nombramiento del órgano director u instructor y, que en el asunto ello no se dio. Que dicho nombramiento debe serlo especifico para el caso, lo que también se hecha de menos, dada la naturaleza de interno y general del acto resolución DGA-041-2005. Que en razón al principio jerárquico del ordenamiento aduanero al caso aplica el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República número C-229-2001 conforme al cual corresponde únicamente al Director General de Aduanas el inicio y prosecución del procedimiento.

Previo hemos de recordar que el pronunciamiento invocado C-229-2001 es objeto de revisión por el órgano competente en razón a solicitud en tiempo de la Dirección General de Aduanas sin que a la fecha se haya resuelto dicha revisión. Sin embargo y como señalamos en las consideraciones siguientes, lo considerado por la Procuraduría en nada se ve afectado, por cuanto, en razón a la delegación operada, no es sino el Director General de Aduanas quien actúa en autos, mediante la figura del representante.

Sobre el punto resulta importante retomar lo señalado por la Procuraduría General de la República en su dictamen número C-294 de 15 de octubre de 2004, en el que retoma y reitera su propia jurisprudencia administrativa sobre el tema, indicando:

"Al respecto este Órgano Asesor se ha referido en anteriores pronunciamientos a la indicada figura, **realizando una diferenciación entre órgano decisor y órgano director del procedimiento**, y analizando, entre otros aspectos, la conformación y nombramiento del órgano director, aspectos que, por su importancia, resultan conveniente mencionar a continuación.

En ese sentido, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que **el órgano decisor, es aquel que dentro de la estructura organizativa de la entidad, posee la competencia para emitir el acto final**, es decir, es quien decide, por ende, resulta ser el competente para iniciar el procedimiento administrativo .

Como **órgano decisor puede instruir el procedimiento** administrativo, no obstante, puede delegar la fase de instrucción en un órgano director nombrado por él, de ahí resulta la distinción entre órgano director y órgano decisor. (…)

Propiamente, sobre el nombramiento del órgano director, la jurisprudencia administrativa ha reiterado que dicha potestad corresponde al órgano decisor, es decir, aquel con la potestad para decidir el asunto mediante el dictado del acto final del procedimiento.

" (...) En cuanto al nombramiento del órgano director, este Órgano Asesor ha sido claro, en su jurisprudencia, en el sentido de que el nombramiento del órgano director de un procedimiento administrativo le corresponde al órgano decisor del procedimiento.

Esto es, el órgano competente para dictar la decisión final en un asunto determinado es el que debe decidir iniciar un procedimiento administrativo, pudiendo delegar la instrucción de éste en un órgano director del procedimiento. En este sentido se ha indicado:

"…debe precisarse que ***los órganos decisorios son los que, en principio, tienen la competencia para instruir los procedimientos administrativos que ellos decidan iniciar****; Pero, este Órgano Asesor, ha admitido la tesis de que mediante la utilización de la figura de la delegación, los órganos decisorios deleguen la instrucción de procedimiento en un órgano director." (Dictamen C-261-2001 de 27 de setiembre del 2001) (Nota: La obligación de que el órgano competente para emitir el acto final es el que debe nombrar el órgano director del procedimiento y las atribuciones de éste pueden consultarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: C-173-95 de 7 de agosto de 1995, C-055-96 de 12 de abril de 1996, C-062-96 de 2 de mayo de 1996, C-065-96 de 3 de mayo de 1996 y C-088-96 de 7 de junio de 1996)* **(C-343-2001 11 de diciembre del 2001)" (el resaltado no es del original).**

De la jurisprudencia administrativa citada y, desde el punto de vista del ordenamiento administrativo, vemos que es obligatorio distinguir entre el órgano decisor y el instructor. Así, el primero tiene de suyo propio la competencia para instruir o dirigir el procedimiento, en tanto el segundo actúa por delegación. En materia aduanera, de una lectura ligera de los incisos b), c) y d) del artículo 196 de la Ley General de Aduanas, en adelante LGA, se podría concluir la inexistencia de esa dualidad de órganos en tanto se identifica al instructor como el facultado para dictar el acto final. Sin embargo debe entenderse ello en el sentido señalado por la Procuraduría en el dictamen de cita, es decir, en el sentido de que el legislador concibe como instructor al decisor. De manera que, en nada afecta la facultad de la Autoridad Aduanera para crear e integrar órganos directores o instructores.

Si bien debemos reconocer, como lo indica el pronunciamiento de cita, los órganos directores actúan mediante una especie de delegación del decisor, en necesario distinguir ésta figura, la del órgano instructor, de la figura de la delegación regulada en los numerales 89 a 92 de la LGAP. En efecto, bien señala el recurrente que la figura del órgano director tiene connotaciones sui generis que merecen mención a efecto de diferenciar su fuente de competencia de la delegación. El órgano director debe ser creado e integrado, es decir debe existir un acto previo de naturaleza constitutiva, antes de éste, no existe órgano director a no ser el propio decisor; en razón a lo anterior, su integración implica un procedimiento de investidura, en efecto; además puede ser unipersonal o colegiado; puede ser integrado por funcionarios del servicio o particulares pero en ambos casos existe normalmente esa investidura para el procedimiento específico; su competencia se limita resolver la apertura del procedimiento, cuando ello no se haya realizado por el decisor en el acto constitutivo y de nombramiento y a la instrucción misma del asunto hasta dejarlo listo para resolver. Por su parte la delegación, en general, procede respecto de funciones propias; únicamente entre funcionarios públicos; opera en un sentido descendente en el nivel jerárquico, es decir de superior a inferior presentando dos modalidades conocidas, la ínter orgánica y la subjetiva; puede serlo para un tipo de acto o para uno determinado; no es permitida en tratándose de órganos colegiados, salvo en cuanto a la función instructora.

Contestes con lo analizado, observa este Tribunal en la resolución DGA 041-2005 del Director General, en su contenido, una delegación inter órganica y no la creación e integración de órgano director alguno, de suerte que resultan innecesaria la existencia de un acto de creación e integración como también lo referido a la especificidad misma del órgano en tanto no se esta ante la figura del órgano director sino la de la delegación, la cual además informa el numeral 89 inciso 4 puede ser para un tipo de acto o para uno específico (general en criterio del recurrente). Por lo anterior, y dado que no encuentra el Tribunal afectación alguna al derecho de defensa del recurrente, sobre lo analizado, así como en la forma misma de denominar el acto delegatorio, se considera sin sustento las alegaciones señaladas.

2)- Otras nulidades.

Otra arista de las argumentaciones del interesado consiste en la nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 12 párrafo cuatro de la LGA, al delegarse en la Asesoría Legal, como una unidad no orgánica de la Dirección General de Aduanas. Procura el recurrente un análisis en extremo gramatical de la normativa sin interés alguno en su sentido lógico y práctico en procura de una administración efectiva y eficiente como del fin buscado por el legislador con dicho texto, introducido en la última reforma a la LGA mediante Ley 8373. Según Guillermo Cabanellas se entiende por "órgano" La persona que ejecuta un acto o cumple un fin, es también cada uno de los elementos característicos de la acción en las instituciones y, particularmente, en las personas abstractas (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual vigésimo sétima edición). Pero note el interesado que en sus propias argumentaciones reconoce esa naturaleza orgánica de la Asesoria Legal cuando dice: "…no era un órgano inmediatamente inferior…", o al impugnar la delegación: "… al hacerlo entre órganos que no son de la misma clase…" para luego pretender que no es un

órgano administrativo. Entiende este Tribunal que órgano es toda unidad menor en que se organizan las entidades u órganos mayores (Ministerios) de la Administración y, en este sentido como bien reconoce el administrado la Dirección General como órgano menor pero pluriórganico del Ministerio de Hacienda se subdivide en tantas unidades como requiera para la prestación de su servicio. De manera que, la Asesoría Legal, no solo es un órgano, sino y además, lo es uno pluriorganico en tanto esta compuesta por unidades (órganos) administrativas menores una de las cuales es la unidad de jefatura, que al momento de los hechos ocupa el licenciado Arce Bustos. En cuanto a la materia, incurre el administrado nuevamente en el gramaticalismo. En efecto esta en un procedimiento sancionador pero es claro que su naturaleza no es penal sino administrativa. El derecho represivo dado a la Administración respecto de los auxiliares tiene su sustento en esa especial condición de auxiliar y los eventuales incumplimiento de los deberes, que para con la misma y la Administración se lleguen a dar. El procedimiento mediante el cual se impone una sanción es de naturaleza evidentemente administrativa con entera independencia de que su contenido sea de naturaleza represiva.

Otro aspecto de la nulidad que solicita el interesado, refiere a la supuesta inconstitucionalidad de la resolución DGA 041-2005 al estimar que la función sancionadora del Director General de Aduanas le ha sido otorgada en razón a su especifica idoneidad para el cargo, por lo que resultaría contraria al numeral 89 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP. Note el interesado que dicha alegación es de naturaleza legal mas no constitucional, en tanto expresamente se regula en el artículo de cita. Ahora bien, la facultad represiva o correctiva, en materia aduanera esta regulada en el artículo 24 incisos i), m) de la LGA. Dicha facultad se otorga a "La Autoridad Aduanera", el artículo 266 ibidem nos define "autoridad aduanera " como "El funcionario del Servicio Nacional de Aduanas que, en razón de su cargo y en virtud de la competencia otorgada, ejecuta o aplica la normativa aduanera". Conteste con dichas normas y a manera de ejemplo los numerales 231 y 234 de la LGA en materia de infracciones tributarias disponen que serán sancionables en vía administrativa, por la Autoridad Aduanera que conozca el respectivo procedimiento. Por ello, este Tribunal en reiterada jurisprudencia a considerado competentes para su ejercicio al Director General de Aduanas como a los Gerentes de las Aduanas. Observe el recurrente que la legislación para nada reserva el ejercicio de la función represiva en persona puesto o cargo alguno, como tampoco a la específica idoneidad para el puesto o cargo. Por el contrario, indica que corresponde al funcionario que "en razón de su cargo y en virtud de la competencia otorgada, ejecuta o aplica la normativa aduanera" así las cosas, en este extremo debe también rechazarse la impugnación presentada.

Finalmente y sobre las razones de nulidad invocadas, e independiente de lo señalado supra, tenga presente el recurrente que, delegar no significa que sea al órgano delegado a quien debamos imputar las acciones que en cumplimiento del mandato otorgado despliegue. Es decir, no es al licenciado José Ramón Arce Bustos en su calidad de jefe de la Asesoría Legal de la Dirección General, de Aduanas a quien deba imputarse el inicio y apertura del presente procedimiento. Contrario a lo manifestado por el interesado, es criterio del Tribunal que quien viene ejerciendo todas las facultades de instrucción es el señor Director General de Aduanas representado por el

licenciado Arce Bustos en virtud de la delegación operada mediante la resolución DGA 041-2005, como órgano decisor que tiene la facultad de ejercerlas directamente, bien por el titular o mediante mandatario por delegación o bien mediante la integración de un órgano instructor. En este sentido es claro para el Tribunal que, el órgano decisor ha optado por ejercer la instrucción del asunto mediante la figura del representante por vía de la delegación. Así las cosas quien actúa en autos es entonces el Director General de Aduanas representado por el jefe de la Asesoría Legal de esa Dirección. En este sentido no resulta necesaria la existencia de acto alguno previo distinto del de la delegación. Es claro que, ese desconocimiento de la figura de la delegación y su confusión con la de los denominados órganos instructores que coadyuvan pero actúan de suyo propio, al punto de que algunas de sus actuaciones son recurribles ante el decisor, más no le representan, es la causa de confusión.

Consecuentemente, no encuentra vicio de nulidad este Tribunal que declarar, en especial porque consta en autos que el derecho de defensa del recurrente ha sido ampliamente ejercido, y las facultades del delegado se encuentran enmarcadas dentro del ámbito de competencia que ha señalado el acto de delegación otorgado por el órgano decisor, por lo que debe rechazarse este extremo el recurso" (sentencias 558-2005)

Dicha posición ha variado hoy de manera que la posición de minoría en aquel momento constituye hoy la de mayoría en razón a un cambio en la integración del Tribunal Aduanero Nacional. Sostiene el suscrito las consideraciones entonces de mayoría y agrega lo siguiente:

La SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia número 000398-F-02 de las quince horas diez minutos del dieciséis de mayo del año dos mil dos analizando precisamente la intervención en actuaciones previas al dictado del acto final por sujeto supuestamente incompetente señaló:

"Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del órgano del procedimiento pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia el acto en uno de sus elementos esenciales. El artículo 182 ibídem, en lo conducente establece: " "1. El Juez no podrá declarar de oficio la invalidez del acto, salvo que se trate de infracciones sustanciales relativas al sujeto, al procedimiento o la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. 2.- Para efectos de este artículo el sujeto se entenderá como elemento comprensivo de la existencia del ente y su capacidad, de la existencia del órgano y su competencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de ésta y de la regular investidura del servidor público…" (Lo resaltado no es del original). Esta norma debe relacionarse a su vez, con lo dispuesto en el ordinal 129 en cuanto dispone: "El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de

dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia". Determinado el vicio, que en sus agravios reprocha el casacionista, es preciso establecer si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa. En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiendo por tales, aquellas "cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión" (artículos 166 y 223 ibídem) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 ibídem) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 ibídem), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 ibídem). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 ibídem), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse."

Precie el recurrente la similitud den la situación planteada con el asunto que en autos se juzga.

En otras palabras, bien reconoce la mayoría que el acto sancionador ha sido dictado por el órgano competente, que no existe vicio procesal alguno que cause indefensión o que hubiere cambiado la decisión del asunto y que el director General ha convalidado lo actuado por su inferior.

Por las razones anteriores considera el suscrito que en el caso no opera la nulidad declarada y por ello lo correspondiente es continuar con la tramitación de los autos en esta instancia para resolver por el fondo como en derecho corresponda.

Dick Rafael Reyes Vargas