**Incumplimiento de medidas de control horario**

**Sentencia N° 080-2008. Tribunal Aduanero Nacional. San José, a las quince horas con quince minutos del día veinticinco de abril de dos mil ocho.**

Conoce este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el señor Xxx , en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Xxx S.A., quien es auxiliar de la función pública aduanera en su carácter de Depositario Aduanero, contra la resolución de la Dirección General de Aduanas **RES-DN-xxx-2007** del 27 de agosto de 2007.

**RESULTANDO**

1. Que según consta en Acta de Inspección Tica N° AC-SD-xxx-06, de las 07:55 horas del día 16 de enero del xxx6, funcionarios de la Aduana Central se apersonaron al Depósito Fiscal Xxx S.A., código xxx, localizando en el anden 584 cartones en 10 paletas, previniendo en dicho acto al depositario aduanero ***“para que en lo sucesivo solicite las respectivas aperturas en horarios no hábiles de la Aduana”***. En razón de lo señalado, el jefe de la sección de Depósito del citado auxiliar, señor Xxx , manifestó que los bultos se habían sacado para separarlos por documento de despacho, sean por los DUAS de importación números xxx y xxx, consistiendo la mercancía en filtros para aceite y para gasolina. A su vez, se consigna en la citada acta, que ***“El señor Xxx manifiesta que en su reloj eran pasadas las 8:00 horas de la mañana no obstante a ninguno de los funcionarios presentes de Aduana le consta dicha objeción dado que en ningún momento observaron su reloj”***. Folios 1 y 2
2. Que las declaraciones aduaneras (DUAS) números 0xxx y 0xxx, aceptadas por la Aduana Central el 13 de enero 2006, con autorización de levante por el tipo de aforo verde y liquidados el 13 de enero de 2006, amparan el desalmacenaje de filtros para aire, gasolina y aceite. Folios 4-33
3. Que en oficio AC-SD-xxx -2006 del 17 de enero de 2006, el jefe de la Sección de Depósito de la Aduana Central, señala que ***“de acuerdo a lo anteriormente expuesto, el depositario inició operaciones antes de las 8:00 AM, si se toma en cuenta que habían sacado 584 bultos al ser las 07 horas con 55 minutos de la mañana, hora en que se presentaron los funcionarios de Aduana”,*** por lo que *“se le debe iniciar el procedimiento sancionatorio al auxiliar de la función pública, ya que no solicitó la respectiva apertura en horario no hábil para el 16 de enero de 2005 (sic), al Gerente de la Aduana Central, quien es el único que puede autorizarla”****.*** Folios 34-35
4. Con oficio AC-UL-xxx -2006 del 28 de febrero del 2006, el Departamento Normativo de la Aduana Central, traslada al Director General de Aduanas, el presente caso a efecto de que se estudie el presunto incumplimiento del Depósito Aduanero Xxx S.A., al artículo 30 inciso d) de la Ley General de Aduanas (LGA). Folio xxx
5. A través del **acto de apertura RES-DN-xxx -2007** del 19/06/2007, la Dirección General de Aduanas procedió a comunicar al auxiliar de la función pública aduanera el Depositario Aduanero Xxx S.A., la presunta comisión de la infracción administrativa contenida en el artículo 2xxx inciso b) de la LGA, la cual es sancionada con una suspensión de dos días hábiles del ejercicio de sus funciones ante la autoridad aduanera, al presumirse que dicho auxiliar inició operaciones fuera del horario establecido, sin contar con la autorización de la Aduana Central, con lo cual se estarían incumpliendo las disposiciones de control y fiscalización emitidas al respecto. Folios 38-45
6. Con escrito recibido el 17 de agosto de 2007, el señor Xxx , representante legal del Depositario Aduanero Xxx S.A., presenta los **alegatos** contra el acto de apertura, manifestando lo siguiente: Folio 46
	1. Que en el acta que se levantó al efecto por parte de los funcionarios aduaneros, número AC-SD-xxx-06 de 16/01/2006, se consignó y se dejó constancia que el inicio de las labores de ese día, según los funcionarios de aduana, se realizó a las 7 horas con 55 minutos, lo cual no comparte en razón de que ***“en el reloj personal del funcionario de Aduanas, don Xxx …eran las siete con cincuenta y cinco minutos y en el reloj, del entonces, encargado de nuestro Almacén, señor Xxx …marcaban las ocho de la mañana”***.
	2. Que de acuerdo con lo estipulado en la circular DNP-016-2004, publicada en La Gaceta N° 172 del 02/09/2004, referida a los horarios de las aduanas y los depósitos aduaneros, el inicio de labores debe ser a las 8:00 de la mañana lo que han respetado en todo momento, por lo que en esa ocasión al no existir un reloj oficial, que indique el momento exacto en que se deben iniciar las labores, discrepan de la presunta comisión de la infracción que se le endilga.
	3. Que hace énfasis en el seguimiento tan estricto que la aduana realiza al inicio de labores de su representada, porque si el acta fue confeccionada a las 7:55 a.m., los funcionarios aduaneros que levantaron la citada acta, debieron haber marcado el inicio de labores, como mínimo a las 7:30 a.m en la Aduana Central, siendo que el horario de inicio de labores para la Aduana rige a partir de las 8:00 a.m., lo cual hace improcedente la actuación de los funcionarios aduaneros que levantaron el acta a las 7:55 horas.
	4. Que al no existir un reloj marcador oficial que dicte el inicio de labores a los depositarios aduaneros, y al ***“no ser tan marcada la diferencia con los relojes no oficiales”***, solicita la consideración respectiva de los hechos en el procedimiento sancionatorio iniciado.
	5. Que la mercancía localizada por los funcionarios aduaneros en el anden del almacén fiscal, no tiene la menor relevancia para efectos fiscales, por cuanto para las mismas se habían cancelados los impuestos respectivos con las declaraciones aduaneras números 0xxx y 0xxx, el día 13 de enero de xxx6.
7. Que a través de la resolución **RES-DN-xxx-2007** del 27 de agosto del 2007, la Dirección General emite el **acto final** del procedimiento sancionatorio, imponiéndole al Depositario Aduanero Xxx S.A., la suspensión de dos días hábiles en el ejercicio de sus actividades ante la autoridad aduanera, por el incumplimiento de la circular DNP-016-2004, publicada en La Gaceta N° 172 del 02/09/2004, vigente al momento de los hechos, con la cual se publica el horario hábil que deben cumplir los depósitos aduaneros, incumplimiento que conlleva la sanción impuesta en el artículo 2xxx inciso b) de la LGA. Dicho acto se notificó por medio de fax el día 29 de octubre de 2007. Folios 48-56
8. Con escrito presentado el 1° de noviembre de 2007, se interpusieron los recursos de reconsideración y apelación según lo dispuesto en los artículos 204 y 204 bis de la LGA., reiterando y ampliando los argumentos presentados en los alegatos, en los siguientes términos: Folio 66
	1. Que es evidente que la Dirección General de Aduanas se basó en información totalmente subjetiva para aplicar la suspensión de dos días hábiles a su representada, con base en lo dispuesto en el 2xxx.b) de la LGA, por cuanto conforme al acta levantada al efecto, el funcionario que la redacta, manifiesta *que “ningún funcionario de aduana presente en esa inspección constató la veracidad o no del tiempo indicado en el reloj del señor Xxx, de igual forma, en el acta se le textualmente “pasadas las ocho” y ese término puede ser cinco, diez, veinte minutos o más, tiempo más que suficiente para sacar del Almacén la cantidad de mercaderías indicadas en los DUAS, que por ende estaban debidamente nacionalizadas desde el día trece de enero del dos mil seis”.*
	2. Que llama la atención, que si el jefe del almacén les indicó a los funcionarios aduaneros que eran pasadas las ocho de la mañana, cómo es posible que dichos funcionarios no constataran lo indicado por el señor Xxx en el reloj que portaba dicho jefe de almacén.
	3. Que la posición del recurrente es clara, en cuanto a que en el reloj que utilizaba el entonces encargado del almacén, eran pasadas las ocho de la mañana.
	4. Que no se tiene totalmente claro, ni por los propios funcionarios aduaneros que levantaron el acta, la hora exacta de apertura del almacén, dado que no se constató en ningún momento que en el reloj del funcionario del depósito fiscal, fueran pasadas las ocho horas de ese día.
	5. Que la Dirección General de Aduanas no tiene pruebas concretas que demuestren que dicho auxiliar de la función pública aduanera hubiese abierto sus operaciones antes de la hora oficial.
	6. Que es evidente que las 10 paletas con los 584 bultos nacionalizados con las declaraciones aduaneras 0xxx y 0xxx, estaban en el andén porque en el reloj del funcionario del almacén fiscal eran pasadas las ocho de la mañana, como consta en el acta de inspección AC-SD-xxx-06.
	7. Que no encuentran en la LGA, ningún artículo que indique que la acreditación oficial para el inicio de labores aduaneras lo sea la hora del reloj de uso personal de los funcionarios aduaneros.
	8. Que se señala, que para la apertura y cierre de funciones, antes y después de la inspección realizada, siempre se utiliza el reloj del encargado del almacén que se encuentre en sus funciones.
	9. Que si el inicio de funciones de los funcionarios aduaneros es a partir de las 8 de la mañana, no se explican cómo levantaron el acta de inspección a las 7:55 a.m., lo que a contrario sensu determina que si los funcionarios aduaneros deben cumplir el horario oficial, el levantamiento del acta de referencia reafirma la posición del entonces jefe del almacén fiscal, el cual indicó que eran pasadas las ocho de la mañana.
	10. Que en la resolución RES-DN-xxx-2007 existe incongruencia, dado que se indicó que en el reloj del señor Xxx eran las ocho de la mañana, en contrario a lo manifestado por el entonces jefe de almacén de que eran pasadas las ocho horas, omitiendo la citada resolución la palabra ***“pasadas”***.
9. Con la resolución **RES-DN-075-2008** del quince de enero de 2008, la Dirección General de Aduanas conoce el recurso de reconsideración, declarándolo sin lugar, manteniendo la suspensión al Xxx S.A., de dos días hábiles del ejercicio de sus actividades ante la autoridad aduanera. Folios 87-96
10. Con resolución **RES-DN-236-2008** del 25 de enero de 2008, se emplaza al recurrente ante este Tribunal. Folios 104-107
11. Con escrito presentado ante este órgano de alzada el 15/02/2008 el recurrente se apersona ante esta instancia administrativa, con el que reitera sus argumentos anteriores. Folios 111-115

**Redacta el licenciado Franklin Velázquez Díaz.**

CONSIDERANDO

1. La Litis. **Se contrae a determinar la procedencia de la suspensión de dos días hábiles en el ejercicio de sus actividades ante la autoridad aduanera, al auxiliar de la función pública en su condición de depositario aduanero Xxx S.A., impuesta por la Dirección General de Aduanas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 inciso b) de la LGA, por el supuesto incumplimiento del horario establecido en la circular DNP-016-2004, publicada en La Gaceta N° 172 del 02/09/2004, vigente al momento de los hechos, al considerar los funcionarios aduaneros apersonados al sitio, que el auxiliar recurrente había iniciado labores antes del horario establecido en la circular de marras, según fue consignado en el acta de inspección N° AC-SD-xxx-06 de las 7:55 horas del día 16 de enero del 2006 que levantaron al efecto.**
2. Admisibilidad del recurso de apelación. **Previo a cualquier otra consideración, se avoca este órgano al estudio de la admisibilidad del presente recurso de apelación conforme a la normativa aduanera. En tal sentido dispone el artículo 204 de la LGA que contra el acto final dictado por la Dirección General de Aduanaas, 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. Así las cosas, siendo que en el presente caso la resolución RES-DN-xxx-2007** **es el acto que se impugna, el cual fue notificado al interesado por medio de fax el 29 de octubre del 2007 y el recurso de apelación se interpuso el 01 de noviembre de 2007 (folio 65) del expediente administrativo, se tiene por demostrado que el mismo fue presentado dentro de los tres días hábiles que establece la ley, cumpliéndose el requisito de temporalidad. Además debe ser presentado en forma, o sea, cumplir con los presupuestos procesales, entre ellos, los relativos a la capacidad procesal de las partes que intervienen en el procedimiento, lo cual no genera problemas en el presente caso, toda vez que consta en folio 76 del expediente la respectiva acreditación. Siendo entonces que en la especie, se cumplieron con dichos requisitos de admisibilidad, estima procedente este Tribunal admitir el recurso de apelación.**
	1. **Sobre el fondo.** En el caso concreto, la sanción impuesta al recurrente se fundamentó en el artículo 2xxx inciso b) de la Ley General de Aduanas, que al momento de los hechos disponía:

***“ARTICULO 237.- Suspensión de dos días***

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

*[…]*

*b) Estando obligado, incumpla las disposiciones de procedimiento y control emitidas por las autoridades aduaneras, o no mantenga a disposición de esas autoridades los medios de control de ingreso, permanencia y salida de las mercancías, los vehículos y las unidades de transporte*

*[..]”.*

En consideración a que en materia sancionatoria deben aplicarse los principios de derecho penal, debiendo indicarse en primer término que la norma que se le aplica al recurrente y lo actuado en el presente caso, no quebranta el **principio de legalidad** por cuanto, sin perjuicio del análisis por el fondo que se realiza posteriormente, la citada disposición es la que impone la sanción de suspensión de dos días hábiles del ejercicio de su actividad ante la autoridad aduanera al auxiliar de la función pública aduanera que estando obligado de conformidad con la legislación aduanera nacional, incumpla las normas de procedimiento emitidas por las autoridades aduaneras.

Partiendo de ello y en aras de comprobar que también se ha respetado del **principio de tipicidad** que deriva del anterior, debemos determinar si el tipo infraccional regulado, es claro y preciso, puesto que como ha señalado la jurisprudencia constitucional, *“Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el* ***sujeto activo****, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, empleado público, etc.) y cual es la* ***acción constitutiva de la infracción*** *(verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse de que no existe tipo penal.”* (voto 0778-95) El resaltado no corresponde al original.

En consecuencia, analicemos en detalle el tipo aplicado en el presente caso, a saber el artículo 2xxx inciso b) vigente al momento de los hechos.

**Sujeto activo.** Si revisamos la norma, resulta claro que respecto al **sujeto** que puede cometer la infracción, es decir, la persona física o jurídica sobre la cual recae la sanción, debe necesariamente ostentar la condición especial previamente determinada por el legislador, es decir, requiere necesariamente ser depositario aduanero u otro auxiliar de la función pública. Así las cosas, no existe duda de que el Depositario Aduanero Xxx S.A., por su condición de Auxiliar de la Función Pública Aduanera, puede ser autor de dicha infracción, no presentándose en ese sentido ningún problema.

**Acción constitutiva de la infracción (verbo activo)**

Al desglosar la norma, para determinar cuales son las conductas que el legislador estableció como constitutivas de infracción, se observa que el verbo activo tiene relación directa con **incumplir** las disposiciones de procedimiento y control emitidas por las autoridades aduaneras, y el no mantener a disposición de esas autoridades los medios de control de ingreso, permanencia y salida de las mercancías, los vehículos y las unidades de transporte, en la medida que el auxiliar de la función pública esté obligado a ello. Al observar la norma contenida en el artículo 30 inciso d), a la que refieren los actos del A Quo, la misma señala que son obligaciones básicas de los auxiliares aduaneros: “***Efectuar las operaciones aduaneras por los medios y procedimientos establecidos, de acuerdo con el régimen aduanero correspondiente”*** ante lo cual la Dirección General de Aduanas en el acto final, fundamentado en el acta de inspección N° AC-SD-xxx-06, determinó que el Depositario Aduanero Xxx S.A. incumplió las disposiciones de procedimientos y control referidas al horario habitual de trabajo de la Aduana Central, contenida en la circular DNP-016-2004, por cuanto según se desprende del acta referida, levantada a las 7:55 horas del día 16 de enero del xxx6, ya en el anden del citado depósito aduanero, estaban 10 paletas conteniendo 584 bultos, movilización de mercancías que se realizó con anterioridad al inicio del horario habitual de trabajo establecido por la Dirección General de Aduanas para la Aduana Central y en consecuencia para los auxiliares aduaneros bajo su jurisdicción.

Ahora bien, en consideración delos documentos y pruebas que constan en la especie, de los argumentos planteados por el recurrente, procede este Tribunal como órgano contralor de legalidad, a pronunciarse sobre el fondo de la presente litis a efecto de determinar la procedencia de la sanción de suspensión que le fuera impuesta al depositario aduanero Xxx S.A., por lo que en razón de lo señalado, es preciso encuadrar los hechos en la normativa aduanera prevaleciente al momento de los hechos, definiendo en consecuencia al auxiliar de la función pública aduanera, al depositario aduanero y las obligaciones que los mismos adquieren en el ejercicio de sus funciones ante el Servicio Nacional de Aduanas. Así tenemos que se define por:

**1. Auxiliar de la Función Pública Aduanera.**

Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que participan habitualmente ante el Servicio Nacional de Aduanas, en nombre propio o de terceros, en la gestión aduanera. Entre ellos figuran, los transportistas aduaneros, los depositarios fiscales, el consolidador de carga internacional y los agentes aduaneros. En ese sentido, la LGA los define como:

*Artículo 28.—****Concepto de auxiliares.*** *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.*

*Los auxiliares serán responsables solidarios ante el Fisco por las consecuencias tributarias derivadas de los actos, las omisiones y los delitos en que incurran sus empleados acreditados ante el Servicio Nacional de Aduanas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que dichos empleados queden sujetos legalmente.*

*(Así reformado por artículo 1° de la Ley No. 8xxx3 de 18 de agosto de xxx3).*

**2. Depositario Aduanero.**

En este orden de ideas, el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y la LGA definen al depositario aduanero como el responsable de la custodia y conservación temporal de las mercancías objeto del comercio internacional, ingresadas a sus recintos con suspensión del pago de tributos, agregando la legislación aduanera nacional, que este tipo de auxiliar opera debidamente autorizado mediante el procedimiento de “concesión” autorizado por la Dirección General de Aduanas, bajo supervisión y control de la autoridad aduanera.

Dentro de las obligaciones de los depositarios aduaneros, el artículo 30 de la normativa nacional establece en lo relacionado con la presente litis, el cumplimiento de la siguiente obligación general para los auxiliares, la cual se le endilga al recurrente en razón del supuesto incumplimiento:

***“ARTICULO 30.- Obligaciones***

*Son obligaciones básicas de los auxiliares:*

*[…]*

*d)* ***Efectuar las operaciones aduaneras por los medios y procedimientos establecidos, de acuerdo con el régimen aduanero correspondiente.***

[…] “

En consideración de lo señalado yante elhecho de que al ser las siete (7) horas con cincuenta y cinco (55) minutos del día 16 de enero de xxx6, estaban 10 paletas conteniendo 584 bultos, según se consigna en el acta de inspección física N° AC-SD-xxx-06, consta en autos que la Sección de Depósito solicitó al Departamento Normativo de la Aduana Central, a través del oficio N° AC-SD-xxx -2006 del 17 de enero de 2006, el inicio del procedimiento sancionatorio contra el depositario aduanero Xxx S.A., en razón de que ***“no solicitó la respectiva apertura en horario no hábil para el 16 de enero de 2005 (sic), al Gerente de la Aduana Central, quien es el único que puede autorizarla”*** (folio 35), que en aplicación de las medidas de control, artículo 24 j) y del incumplimiento de las obligaciones, artículo 30 d), dicho incumplimiento es sancionado con lo dispuesto en el artículo 2xxx inciso b) de la LGA, señalando la Dirección General de Aduanas en el acto de apertura del procedimiento sancionatorio, que ***“esta Dirección considera que los hechos generadores del Acta supraindicada, que fue suscrita por el Jefe del Depositario Carossi, podrán de determinarse como ciertos encuadrar en el tipo que el legislador determinó en el artículo 237 inciso b de la Ley General de Aduanas, por cuanto existe la disposición expresa en la Circular DNP-016-2004, publicada en el Diario Oficial La Gaceta Número 172 del día dos de setiembre del dos mil cuatro vigente al momento de los hechos, y en el que se determinan claramente los horarios de las Aduanas”***, en el cual y en lo relacionado con el horario de labores de los depositarios aduaneros, la DGA continúa señalando que ***“****en el artículo 289 inciso b del Reglamento a la Ley General de Aduanas, se establece que el horario en que se realizan las labores dentro del depositario, no podrá ampliarse sin contar con la debida autorización, por lo cual hay sustento fáctico y legal suficiente para dar del (sic) al presente procedimiento administrativo****”***. (Folio 42)

De los hechos que consideró la DGA para la imposición de la sanción de suspensión de dos días hábiles del ejercicio de sus funciones ante la autoridad aduanera al Depósito Fiscal Xxx S.A, con base en lo dispuesto por el numeral 237 inciso b) de la LGA, este Tribunal en su condición de órgano contralor de legalidad, determina que si bien es cierto la circular DNP-016-xxx4 establece que el horario de la Aduana Central y el de los auxiliares aduaneros que estén bajo su jurisdicción, es de lunes a viernes **de las 8:00 a las 16:30 horas** en el **horario habitual,** el cual aplica para el depósito fiscal Carossi S.A, por ser un auxiliar aduanero bajo la jurisdicción de la Aduana Central, no puede en materia tan especial y restrictiva como la de imposición de sanciones, dejar de considerar los alegatos y argumentos presentados por el recurrente, determinando que si bien es cierto los auxiliares de la función pública aduanera están en la obligación de **“e*fectuar las operaciones aduaneras por los medios y procedimientos establecidos, de acuerdo con el régimen aduanero correspondiente”***, según lo dispone el artículo 30 inciso d) de la LGA, y que el cumplimiento de las operaciones aduaneras de parte de las aduanas del país y en consecuencia de los auxiliares aduaneros bajo su tutela, debe realizarse en el horario establecido por la autoridad aduanera, que para los efectos del presente caso es el vigente en la circular DNP-016-xxx4 emitida por la DGA, no obstante lo señalado, deben tomarse en consideración no sólo los hechos que se endilgan, sino la normativa que regula las actuaciones de los auxiliares aduaneros y del depositario fiscal sino también los argumentos esgrimidos por la parte recurrente. En ese sentido, es preciso recapitular en lo siguiente:

* 1. Que el acta de inspección N° AC-SD-xxx-06 del 16 de enero del 2006, se confeccionó al ser las 7 horas con 55 minutos por funcionarios aduaneros.
	2. Que en el andén del depositario aduanero, según se consigna en la citada acta de inspección, estaban 10 paletas conteniendo 584 bultos.
	3. Que en la página 2 de la citada acta de inspección, la autoridad aduanera consignó en relación con el comentario del jefe del depositario aduanero Grupos Carossi S.A., que ***“el señor Xxx manifiesta que en su reloj eran pasadas las 8:00 horas de la mañana no obstante a ninguno de los funcionarios presentes de Aduana le consta dicha objeción dado que en ningún momento observaron su reloj”***.
	4. Que de conformidad con la circular DNP-016-xxx4, el **horario habitual** de la Aduana Central y de los auxiliares aduaneros bajo su jurisdicción, es de las 8:00 a las 16:30 horas, de lunes a viernes.

En suma con lo señalado, constan en expediente los **alegatos y argumentos** de la parte, con los cuales se objeta la discrepancia existente entre la hora que marcaba el reloj de uso personal de la autoridad aduanera apersonada al lugar, utilizado en el levantamiento del acta de inspección, en contraposición en la hora que marcó el reloj del entonces jefe del depositario aduanero, al señalar que:

 ***“En el reloj personal del funcionario de Aduanas, don Xxx …eran las siete con cincuenta y cinco minutos y en el reloj, del entonces, encargado de nuestro Almacén, señor Xxx …marcaban las ocho de la mañana”*** (El subrayado no corresponde al original).

En adición con lo señalado, la parte recurrente manifiesta como argumentos en su defensa, los siguientes:

* + 1. Que han respetado en todo momento lo estipulado en la circular DNP-016-xxx4, de que el inicio de labores debe ser a las 8:00 de la mañana, por lo que en esa ocasión **al no existir un reloj oficial,** que indique el momento exacto en que se deben iniciar las labores, discrepan de la presunta comisión de la infracción que se le endilga.
		2. Que si la citada circular regula el inicio de labores para la aduana partir de las 8 horas, no se explican el porque el acta fue confeccionada a las 7:55 a.m., debiendo en consecuencia los funcionarios aduaneros que levantaron la citada acta, haber marcado el inicio de labores como mínimo a las 7:30 a.m en la Aduana Central, lo cual haría improcedente el levantamiento del acta a las 7:55 horas.
		3. Que al no existir un reloj marcador oficial que dicte el inicio de labores a los depositarios aduaneros, y al ***“no ser tan marcada la diferencia con los relojes no oficiales”***, que portaban de uso personal los funcionarios aduaneros, se solicita la consideración respectiva de los hechos en el procedimiento sancionatorio iniciado en su contra.
		4. Que argumentan en relación con lo señalado en la página 2 del acta de inspección N° AC-SD-xxx-06, que *“ningún funcionario de aduana presente en esa inspección constató la veracidad o no del tiempo indicado en el reloj del señor Xxx, de igual forma, en el acta se le textualmente “pasadas las ocho” y ese término puede ser cinco, diez, veinte minutos o más, tiempo más que suficiente para sacar del Almacén la cantidad de mercaderías indicadas en los DUAS, que por ende estaban debidamente nacionalizadas desde el día trece de enero del dos mil seis”.*
		5. Que llama la atención, que si el jefe del almacén les indicó a los funcionarios aduaneros que eran pasadas las ocho de la mañana, cómo es posible que dichos funcionarios no constataran lo indicado por el señor Xxx en el reloj que portaba dicho jefe de almacén.
		6. Que no se tiene totalmente claro, ni por los propios funcionarios aduaneros que levantaron el acta, la hora exacta de apertura del almacén, dado que no se constató en ningún momento que en el reloj del funcionario del depósito fiscal, fueran pasadas las ocho horas de ese día.
		7. Que la Dirección General de Aduanas no tiene pruebas concretas que demuestren que dicho auxiliar de la función pública aduanera hubiese abierto sus operaciones antes de la hora oficial.
		8. Que no encuentran en la LGA, ningún artículo que indique que la acreditación oficial para el inicio de labores aduaneras lo sea la hora del reloj de uso personal de los funcionarios aduaneros.
		9. Que se señala, que para la apertura y cierre de funciones, antes y después de la inspección realizada, siempre se utiliza el reloj del encargado del almacén que se encuentre en sus funciones.
		10. Que si el inicio de funciones de los funcionarios aduaneros es a partir de las 8 de la mañana, no se explican cómo levantaron el acta de inspección a las 7:55 a.m., lo que a contrario sensu determina que si los funcionarios aduaneros deben cumplir el horario oficial, el levantamiento del acta de referencia reafirma la posición del entonces jefe del almacén fiscal, el cual indicó que eran pasadas las ocho de la mañana.

En razón de los hechos que constan en la especie, advierte este Tribunal la ausencia en el acta AC-SD-xxx-06 de la consulta de los funcionarios aduaneros al representante en ese entonces del depositario aduanero Xxx S.A., del reloj utilizado por el recurrente como instrumento de uso diario, para habilitar el horario de inicio y cierre de labores. En igual sentido, es notaria la falta de diligencia de la autoridad aduanera presente en el depósito fiscal, al no constar el dicho del jefe del depositario aduanero, señor Xxx de que en el reloj personal de dicho funcionario ***“eran pasadas las 8:00 horas de la mañana”***, evento éste que si bien es cierto fue debidamente consignado en el acta referida, lo cierto del caso es que ha quedado comprobado que no hubo el más mínimo esfuerzo por constar el dicho del señor Xxx , máxime cuando en el acta de marras los propios funcionarios aduaneros consignaron ***“no obstante a ninguno de los funcionarios presentes de Aduana le consta dicha objeción, dado que en ningún momento observaron su reloj”.***

Teniendo en consideración la diferencia horaria, la cual con base en las partes del expediente, es manifiesta entre los relojes de uso personal de los funcionarios aduaneros y el utilizado por el jefe del depósito aduanero, señor Xxx, así como el hecho de que en ningún momento ha quedado constando en el acta que los funcionarios aduaneros en ese momento hallan consultado previamente a la confección del acta señalada, sobre el instrumento de medición utilizado por el recurrente para autorizar su inicio de labores, no obstante argumentar la parte en los recursos planteados que ***“se señala, que para la apertura y cierre de funciones, antes y después de la inspección realizada, siempre se utiliza el reloj del encargado del almacén que se encuentre en sus funciones”*** (folio 68).

Como puede observarse de los hechos señalados, el A Quo en su actuación en ningún momento fue diligente al momento de la confección del acta AC-SD-xxx-06 de las 07:55 horas del día 16 de enero de xxx6, por cuanto no constató que el depositario aduanero Xxx S.A., tuviese o no regulado el uso de un reloj marcador para el inicio de sus labores y, que ante el hecho probado en expediente de que el jefe del depósito, señor Xxx Villalta señaló que en su reloj personal eran pasadas las ocho de la mañana, hecho que no fue constatado por los funcionarios aduaneros al momento de la confección del acta de marras, este Tribunal ante tales anomalías y ante el dicho de la parte de que el reloj utilizado para el inicio de labores es el que porte el encargado del almacén que se encuentre en sus funciones, antes y después de los hechos de esta litis, determina con lugar el recurso de apelación planteado.

Así las cosas de todo lo expuesto, queda claro en expediente que no se han demostrado los hechos que se atribuyen a la empresa recurrente, toda vez que la única prueba que consta en autos, que es el acta de referencia, es absolutamente inconsistente para demostrar la anomalía imputada al depositario, además de que tal y como se alega no se constató, ni por parte del almacén ni de los funcionarios aduaneros que participaron, cuál era la hora oficial, con el fin de verificar lo actuado en el presente caso, y dado que en la especie estamos ante la imposición de una pena en razón de lo cual deben de respetarse los principios del derecho penal, no puede este Tribunal como contralor de legalidad, mantener una sanción con base en suposiciones, puesto que no están demostrados los hechos atribuidos. Por ello debe declararse con lugar el recurso.

POR TANTO

**De conformidad con las facultades legales otorgadas a este Tribunal en el artículo 104 del Cauca, artículos 204 y 204 bis, 205 a 210 de la Ley General de Aduanas, por mayoría este Tribunal declara con lugar el recurso y revoca la resolución recurrida. Se da por agotada la vía administrativa. Remítase el expediente a la oficina de origen. Voto salvado del Lic. Reyes Vargas quien declara sin lugar el recurso.**

Notifíquese al recurrente al fax xxx y a la Dirección General de Aduanas.

**Loretta Rodríguez Muñoz**

##### Presidenta

**Alejandra Céspedes Zamora Shirley Contreras Briceño**

**Elizabeth Barrantes Coto Dick Rafael Reyes Vargas**

**Franklin Velázquez Díaz Xinia Villalobos Orozco**

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

Señala la mayoría que la Administración no considero los argumentos del recurrente, en efecto indica la presente sentencia: “… no obstante lo señalado, deben tomarse en consideración no sólo los hechos que se endilgan, sino la normativa que regula las actuaciones de los auxiliares atuneros y el depositario fiscal sino también los argumentos esgrimidos por la parte recurrente.” Para luego hacer ver que, la argumentación relacionada con la diferencia horaria entre el reloj del funcionario público y el de depositario no fue objeto de consideración.

Nada más alejado de la verdad. En el caso lo que existe es una divergencia de criterio entre lo argüido por la parte y lo considerado por la Administración. En efecto en el acto final en la sétima de las consideraciones, pagina 3 párrafos dos a cuatro expresamente se rebate dicha argumentación.

Todo caso si tal fuere la realidad dicho incumplimiento lo seria de nulidad y no para un sin lugar conforme se resuelve. En efecto, en las resoluciones 295 y 306 del año 2007 este Tribunal ha señalado tal incumplimiento como causante de nulidad.

En segundo lugar, la administración ha sido diligente en la confección del acta al punto de incluir la hora y para ello era necesario la observancia del reloj respectivo. Dicha diligencia e imparcialidad se comprueba con la inclusión en el acta misma de la observación horaria del administrado.

No obstante, considera el suscrito como acertado lo señalado por la administración en el sentido de que, a la hora de presencia de los funcionarios, 7:55, no solo estaban abiertas las instalaciones sino y especialmente el hecho de que ya se encontraban fuera de las bodegas la mercancía, operación que conlleva necesariamente la inversión de un tiempo considerable relacionado con la mera operación de movimiento de la mercancía e su lugar de bodegaje al anden de carga.

Por lo anterior, es que estima el suscrito lleva razón la administración en sus argumentaciones y por ello el recurso debe ser declarado improcedente como en efecto lo hago.

**Dick Rafael Reyes Vargas**