**No aplicación del procedimiento ordinario de suspensión, no realización de audiencia**

Sentencia número 058-2xxx. Tribunal Aduanero Nacional, San José a las nueve horas con veinticinco minutos del veintisiete de marzo de dos mil ocho.

Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el Depositario Aduanero Xxx S.A., cédula jurídica 3-101-114830, contra la resolución número RES-DAN-xxx-2007 del 06 de junio del 2007, de la Dirección General de Aduanas.

RESULTANDO

Con **acta de inspección** número AC-SD-xxx-2006 del 11 de diciembre del 2006, la Sección de Depósito del Departamento Técnico de la Aduana Central inspeccionó in situ, el área destinada por el Depositario Aduanero Xxx S.A., para las actividades de verificación y exámenes previos de mercancías, haciendo constar que la misma es de aproximadamente 90 metros cuadrados, debidamente marcada en el piso y rotulada. (Folio 3)

Con base en lo anterior, mediante resolución RES-DN-xxx-2007 del 03 de enero del 2007, la Dirección General de Aduanas (DGA) **inicia procedimiento sancionatorio de suspensión** de dos días hábiles de sus funciones ante la autoridad aduanera, contra el Depositario Aduanero Xxx S.A., con base en lo dispuesto en el artículo 237 inciso g.) de la Ley General de Aduanas, por no disponer de un área mínima de 250 metros cuadrados para la verificación de mercancías y exámenes previos, según lo establecido por el Transitorio II de la reforma a la Ley General de Aduanas (LGA) introducida a través de la Ley N° 8013, publicada el 05 de setiembre del 2003 y vigente a partir del 05 de marzo del 2004. A tales efectos, le otorga al afectado un plazo de **cinco días hábiles** contados a partir de la notificación de la presente, para que se refiera a los cargos que le formula la DGA, presente los alegatos y ofrezca la prueba que considere pertinente. (Folios 6-13)

Con escrito presentado el 23 de enero del 2007, el representante legal del Xxx S.A., presenta los **alegatos** contra el acto de apertura. (Folios 15-19)

Con resolución RES-DN-xxx-2007 del 6 de junio del 2007, la DGA dicta el **acto final,** señalando que dicho Depositario Aduanero incumplió con la disposición del Transitorio II de la Ley N° 8013, y lo sanciona con una suspensión de 2 días hábiles del ejercicio de su actividad ante el Servicio Aduanero Nacional, de conformidad con el alcance del artículo 237 inciso g.) de la L.G.A., acto que fuera notificado al fax N° 268-4754 el 30 de agosto del 2007. (Folios 28-36)

Con escrito recibido el 04 de setiembre del 2007, se presentan los recursos de reconsideración y apelación contra el acto sancionatorio de suspensión. (Folios 44-51)

Con resolución RES-DN-xxx-2007 del 7 de setiembre del 2007, la Dirección General de Aduanas deniega el recurso de reconsideración y emplaza al recurrente ante este Tribunal. (Folios 59-71)

Con oficio DN-xxx-2007 se recibe en este Tribunal el 21 de diciembre del 2007, el expediente conteniendo el recurso de apelación. ( Folio 89)

Con escrito recibido el 07 de noviembre 2007, se apersona el recurrente a este Tribunal. (Folios 90-97)

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

**Redacta** **el licenciado Franklin Velázquez Díaz.**

CONSIDERANDO

##### La litis. La aplicación de una sanción correspondiente a dos días hábiles de suspensión del ejercicio de sus funciones ante el Servicio Nacional de Aduanas interpuesta al Depositario Aduanero Xxx S.A., con base en lo dispuesto en el artículo 237 inciso g.) de la LGA, en razón de no disponer al día 11 de diciembre del 2006, fecha en que se levantó el acta de inspección N° AC-SD-xxx-2006, de un área mínima de 250 metros cuadrados para la verificación y exámenes previos de mercancías, en violación a lo dispuesto por el Transitorio II de la Ley N° 8013, a través de la cual se modifica la Ley General de Aduanas.

##### 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 a la normativa aduanera vigente. En tal sentido dispone el artículo 198 de la LGA, que contra el acto final dictado por la aduana competente, caben los recursos de reconsideración y apelación para ante el Tribunal Aduanero Nacional, siendo potestativo usar ambos recursos ordinarios o solo 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 recurso de apelación fue presentado por el señor Xxx, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Xxx S.A., quien ostenta dicha condición de legalidad de conformidad con las personerías jurídicas visibles a folios 17, 97 y 112, razón por la que este Tribunal tiene por bien cumplido el presupuesto procesal de legitimación. En cuanto al requisito de temporalidad, tenemos que en el caso concreto, queda documentado en expediente, que el acto final se notificó por la vía del fax el día 30 de agosto de 2007 y el recurso de apelación se presentó el día 04 de setiembre 2007, dentro del plazo de tres días hábiles, por lo que se tiene el recurso por presentado en tiempo. En razón de ello debe tenerse por admitido para su estudio el presente recurso de apelación.

##### Sobre las nulidades en el presente caso. No obstante que el recurrente, dentro de sus alegatos, no aduce la existencia de nulidades en las presentes diligencias, sin embargo, este Tribunal, como juzgador de legalidad de los actos emitidos por el Servicio Nacional de Aduanas, se avoca en primer término al estudio de las nulidades a fin de determinar, si los actos administrativos que afectan al recurrente, han sido emitidos en forma válida, por ser conformes sustancialmente con el ordenamiento jurídico, según lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP, o si por el contrario presentan defectos graves que generen su nulidad.

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]](#footnote-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, de 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 emitido, que representan una violación al principio del debido proceso y que en criterio de este Tribunal, el vicio surge cuando se dicta el acto que ordena la **apertura** de dicho procedimiento sancionatorio, tendente a imponer la sanción establecida en el artículo 237 inciso g.) de la LGA, consistente en la suspensión de dos días hábiles del ejercicio de funciones del auxiliar de la función pública aduanera ante el Servicio Nacional de Aduanas, que textualmente dispone:

***“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:*

*[…]*

*g) Como depositario aduanero, no mantenga, dentro de la bodega destinada a depósito, un área de al menos doscientos cincuenta metros cuadrados (250 m²), para el examen previo de las mercancías y/o su verificación física.*

*(Así adicionado el párrafo anterior, por el artículo 1° de la Ley No. 8373 de 18 de agosto de 2003).*

*En los casos de los incisos b), c), d), f) y g) de este artículo, la suspensión se extenderá hasta que cumpla las respectivas obligaciones.*

*(Así reformado por el artículo 1° de la Ley No. 8373 de 18 de agosto de 2003)”.*

A tales efectos debe indicarse, que este Tribunal durante el ejercicio de sus funciones ha desarrollado ampliamente el tema de las nulidades de actos dictados por las autoridades aduaneras, tomando como base la LGAP, puesto que en materia aduanera se omite la regulación sobre este tema, teniendo que suplir la laguna con los postulados de aquella normativa, que por estar contenida la regulación de los elementos del acto, sus vicios y las nulidades en el Libro Primero de aquella ley, resulta aplicable a toda la Administración Pública, dentro de la que se incluye la Administración Aduanera. También en el desarrollo de la jurisprudencia de este Colegiado sobre el tema de las nulidades, se ha tenido como referencia la doctrina nacional encabezada por el Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, y el contenido de varios dictámenes de la Procuraduría General de la República, como órgano asesor y consultor de la Administración y fallos de los órganos jurisdiccionales.

Del análisis de los hechos relevantes del caso, es evidente la nulidad que se presenta en el caso sometido a estudio ante este Tribunal, por la flagrante violación del debido proceso a efecto de imponer la sanción de referencia, omitiendo formalidades sustanciales del procedimiento. Veamos:

**Inobservancia de un procedimiento ordinario en el presente caso**.

Como hemos venido señalando, en el presente caso, estamos ante un procedimiento sancionatorio que impuso al recurrente una suspensión de dos días en el ejercicio de su actividad ante el Servicio Nacional de Aduanas. A tales efectos, existe normativa expresa y clara de cuál es el procedimiento que las autoridades aduaneras deben observar cuando en el ejercicio de la potestad sancionatoria impongan un castigo a los auxiliares de la función pública. En tal sentido en el artículo 234 de LGA, se dispone:

*“Artículo 234.—****Procedimiento administrativo para aplicar sanciones.*** *Cuando la autoridad aduanera determine la posible comisión de una infracción administrativa o tributaria aduanera sancionable con multa, notificará en forma motivada al supuesto infractor, la sanción aplicable correspondiente, sin que implique el retraso ni la suspensión de la operación aduanera, salvo si la infracción produce en el procedimiento un vicio cuya subsanación se requiera para proseguirlo.*

*El presunto infractor contará con cinco días hábiles para presentar sus alegaciones, transcurrido este plazo, la autoridad aduanera aplicará la sanción correspondiente, si procede.*

*En el caso de infracciones* ***administrativas sancionables con suspensión****, la autoridad aduanera* ***deberá iniciar el procedimiento dispuesto en el artículo 196 de esta Ley****”.(el resaltado es nuestro)*

Se desprende del citado artículo con absoluta claridad, que existe una diferencia en el procedimiento a seguir, según sea el tipo de sanción que se deba imponer. En efecto, cuando se trate de la aplicación de una sanción de multa, el procedimiento que debe observarse es el establecido

por dicho artículo 234 de la LGA y artículos 533 a 535 del Reglamento a la Ley General de Aduanas, en cuyo caso corresponderá otorgar al posible afectado un plazo de **cinco** días hábiles para presentar su alegaciones.

Por otra parte, cuando en consideración de la normativa aduanera, los hechos que se atribuyan al Auxiliar deban ser sancionados con una suspensión de sus actividades, como sucede en el presente caso, deberá en esos supuestos, **iniciarse un procedimiento ordinario** en el cual se garantice al presunto infractor una amplia oportunidad de defensa, concediéndole un plazo de **quince días hábiles** para realizar su descargo, así como el ofrecimiento y presentación de pruebas a su favor, en general, para el efectivo ejercicio de sus derecho de defensa, en los términos del artículo 196 de la LGA, que dispone:

*“* ***ARTÍCULO 196.- Actuaciones comunes del procedimiento ordinario***

*Para emitir de 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.* (El resaltado no corresponde al original)

Si aplicamos lo expuesto al presente caso, tenemos que en el “Por Tanto” de la resolución de **inicio del procedimiento** número **RES-DN-xxx-2007**, la Dirección General de Aduanas le concede al recurrente un plazo de **cinco (5) días hábiles** contados a partir de la notificación de la misma en violación a lo dispuesto en el artículo 196 de la LGA, para que presente los alegatos y ofrezca la prueba que estime pertinente, véase folio 12, sin que conste en expediente que en forma posterior dicha autoridad hubiese subsanado el vicio señalado, procediendo posteriormente a emitir el **acto final** del procedimiento sancionador, imponiendo la suspensión de referencia, menoscabando de esa manera el plazo de quince días que el legislador otorga para el ejercicio de la defensa, violando flagrantemente los derechos del recurrente, puesto que afectó de manera contundente lo dispuesto para el procedimiento ordinario en la LGA.

Por otra parte, al no haberse tramitado el presente caso, mediante un procedimiento ordinario, se genera una nulidad por violación de formalidades sustanciales del procedimiento, que causan indefensión, puesto que no sólo se disminuyó el plazo para la defensa sino que tampoco tuvo la oportunidad de solicitar una audiencia oral y privada para conclusiones finales, en forma previa al dictado del acto final.

Como puede apreciarse, la nulidad consiste en la violación del debido proceso constitucionalmente consagrado que tiene el administrado para la presentación de los alegatos y pruebas de descargo, toda vez que el A

quo con el acto de apertura le concedió un plazo de cinco días hábiles para la presentación de los alegatos, en aplicación errónea del artículo 234 de la LGA, cuando lo que procedía era la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 196 que le concede al auxiliar de la función pública un plazo mayor de quince días hábiles para apersonarse a presentar sus argumentos contra el acto de apertura y, le impidió la posibilidad de solicitar audiencia oral y privada para conclusiones finales.

Queda entonces claro de lo expuesto, que en el presente caso, por ser una sanción de suspensión la que se impuso, el procedimiento que debió seguirse es necesariamente el ordinario establecido por el artículo 196 de la LGA, y al no haberse observado, se produce en la especie una nulidad absoluta del procedimiento, por omisión de las formalidades legales, siendo la normativa clara al respecto, en razón de lo cual se genera una nulidad absoluta de lo actuado a partir de que el vicio fue cometido, esto es, a partir del acto de apertura, por existir vicio en el elemento procedimiento del acto administrativo.

Recordemos que el acto administrativo como declaración de voluntad unilateral realizada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa, refleja una voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento jurídico.[[2]](#footnote-2) Sin embargo, su existencia y validez depende de que en él concurran algunos elementos esenciales dispuestos por la ley, que se clasifican en formales y materiales. Tenemos así que los elementos materiales son el motivo, el contenido y el fin; y los formales refieren al sujeto y al procedimiento (forma) del acto administrativo.[[3]](#footnote-3)

Respecto del elemento ***“Procedimiento”***, indica la doctrina y lo señala la Procuraduría, en su jurisprudencia administrativa, el acto final o definitivo, con miras a generar efectos jurídicos, como lo es el acto impugnado en la especie, “…*, no surge espontáneamente, sino después de haberse observado un “iter procedimental” -iniciado de oficio o a instancia de parte-. Recuérdese que: “El acto administrativo es el ejercicio de una potestad o de una competencia, las cuales consisten en facultades o atribuciones normativas y abstractas que no pueden transformarse, por sí mismas, en actos administrativos -manifestaciones concretas de aquellas- sin pasar por una serie de etapas o fases de elaboración y construcción de los elementos previstos en la norma que atribuye la potestad o la competencia. Son necesarias una serie de conductas intermedias entre la potestad o competencia y el acto que autorizan las dos primeras para que llegue a perfeccionarse”. Así las cosas, el procedimiento administrativo constitutivo es la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite necesarias para la preparación, elaboración, formación, exteriorización y manifestación de la actividad formal de la Administración Pública. Consecuentemente, la omisión o disconformidad sustancial con el ordenamiento en cualquiera de las etapas o fases del procedimiento administrativo, normalmente produce la invalidez derivada del acto final.[[4]](#footnote-4)*

*“El procedimiento administrativo es el cauce que debe seguir la Administración para formar su voluntad, voluntad que se expresara luego en un acto administrativo, una norma reglamentaria o bien en un contrato.*

*Dicho procedimiento tiene una doble finalidad. Por un lado: la garantía de los derechos e intereses de los administrados. El procedimiento debe ser garantía de que la actuación administrativa responde a criterios objetivos, respeta los derechos de los ciudadanos y se somete al ordenamiento jurídico. Por otro lado: la eficacia en la actuación administrativa.*

*El procedimiento se rige por determinados principios y, en particular, por el principio del debido proceso. Los principios aseguran y garantizan la participación del administrado en el trámite procedimental y tutelan la legalidad. Se materializa la tutela efectiva y, por ende, el derecho a la justicia. Respecto de este tema ver votos número 04125-94, N° 4643-1999 de 16:00 hrs. del 16 de junio de 1999, de la Sala Constitucional.*

De igual forma es fundamental respecto de la forma del acto, que el mismo se encuentre debidamente motivado, como parte de la garantía del debido proceso, toda vez que el afectado debe conocer la fundamentación que ha tenido la administración para actuar de determinada manera. Lo contrario impediría al administrado el efectivo ejercicio de su derecho de defensa.

Partiendo de lo expuesto respecto a los elementos del acto, habrá nulidad cuando falten o se encuentren defectuosos algunos de los elementos señalados. Efectivamente el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública establece la consecuencia en tales casos:

*“Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.”*

Aplicando lo expuesto al caso concreto, estima el Colegiado que siendo el procedimiento uno de los elementos formales del acto administrativo, y por ello una formalidad sustancial del procedimiento ordinario, su omisión como ocurre en la especie, debe ser sancionada con la nulidad absoluta de lo actuado, dada la indefensión que su no realización genera a los recurrentes, según lo dispuesto por los artículos 223 y 351 de la LGAP que en su orden disponen:

*“Artículo 223.-*

*1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.*

*2. Se entenderá como sustancial la formalidad* ***cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión. “***(el resaltado es nuestro)

*“Artículo 351.-*

*1. Al decidirse el recurso de apelación, se resolverá sobre su admisibilidad y, de ser admisible, se confirmará, modificará o revocará el acto impugnado.*

*2. El recurso podrá ser resuelto aun en perjuicio del recurrente cuando se trate de nulidad absoluta.*

***3. Si existiere algún vicio de forma de los que originan nulidad, se ordenará que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fue cometido****, salvo posibilidad de saneamiento o ratificación.” (el resaltado es nuestro)*

En consecuencia, no puede este Tribunal, según sus competencias y limitaciones como órgano contralor de legalidad, más que estimar que existe nulidad en las presentes actuaciones y anular todo lo actuado a partir del acto de apertura inclusive conforme con los artículos 128 y siguientes, y artículos 165 a 172, 223 de la LGAP. Por innecesario no se entran a considerar los argumentos de la parte ni el fondo del asunto.

# POR TANTO

Con fundamento en el artículo 104 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, artículos 196, 200, 204, 204 bis y 205 a 210 de la Ley General de Aduanas, y demás consideraciones de hecho y de derecho por unanimidad este Tribunal anula todo lo actuado a partir del acto inicial. Devuélvase el expediente a la oficina de origen. **Notifíquese al recurrente fax N° xxx y a la Dirección General de Aduanas.**

**Loretta Rodríguez Muñoz**

**Presidente**

**Shirley Contreras Briceño Elizabeth Barrantes Coto**

**Alejandra Céspedes Zamora Franklin Velázquez Díaz**

**Dick Rafael Reyes Vargas Xinia Villalobos Orozco**

1. Ver sentencias N° 002-98, 21-98 069,00, 056-02, 063-02, 98-2002 [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver artículo 130 LGAP [↑](#footnote-ref-2)
3. Véanse al respecto los dictámenes N° C-011-2005 del 14-1-2005, C-123-2005 del 4-4-2005, de la Procuraduría General de la República (en adelante la Procuraduría), [↑](#footnote-ref-3)
4. Véase el Dictamen C-123-2005 del 4-4-2005. [↑](#footnote-ref-4)