



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

fol 259 - 271
c(2)
SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., Dos de (02) de junio de dos mil diecisiete (2017)

| | |
|---------------------------|---|
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-31-000-2001-01522-00 |
| Demandante | ALMACENES GENERALES Y DEPÓSITOS ALMAVIVA S.A. |
| Demandado | DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – UAE DIAN |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |
| Tema | <i>Sanción administrativa aduanera – hurto de mercancía en lugar de depósito.</i> |

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a decidir, en primera instancia, el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual se estudia la legalidad de las Resoluciones 000488 de 2001 y 001077 de 2001, por medio de las cuales se impuso una sanción administrativa aduanera.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ALMACENES GENERALES Y DEPÓSITOS ALMAVIVA S.A., por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – UAE DIAN.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el depósito ALMAVIVA S.A., instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – UAE DIAN, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 2-14 c/no 1



2.2. Pretensiones

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000488 del 22 de marzo de 2001, expedida por el jefe de la decisión de liquidación de la administración de aduanas especiales de Cartagena, en la que se impuso a ALMAVIVA una sanción por valor de \$100.000.000.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001077 del 11 de junio de 2001, expedida por el jefe de la decisión jurídica de administración de Cartagena en la que se confirmó la decisión anterior.

TERCERO: Que, como consecuencia de las anteriores nulidades, se establezca que ALMAVIVA no está obligada a cancelar ninguna multa, y en el caso en que dicha sanción haya sido pagada, se solicita que se ordene la devolución de los dineros con los intereses correspondientes y la corrección monetaria del caso.

CUARTA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la DIAN reembolsar a la accionante los gastos en los que haya incurrido para instaurar el presente proceso.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el abogado del demandante, el 19 de junio de 1999, ALMAVIVA S.A., (depósito autorizado por la DIAN), recibió una mercancía de importación consignada a la empresa LG ELECTRONICS PANAMÁ S.A. Que el 14 de julio de 1999, ALMAVIVA S.A., detectó un faltante en el cargamento antes citado, representado en la cantidad de 132 videograbadoras de la referencia LG-470M y 100 videograbadoras de la referencia LG-A590M.

Sostiene, que la mercancía hurtada tenía un valor de \$50.000.000,00, y se encontraba sin nacionalizar. Que ALMAVIVA S.A., realizó la respectiva denuncia el 16 de julio de 1999, y la misma dio como resultado la acusación, por parte de la Fiscalía General de la Nación, a los empleados de la compañía de vigilancia "Vigías del Caribe", quienes confesaron su culpabilidad, (dos de los inculpados se acogieron a sentencia anticipada y reconocieron los cargos); sin embargo, una tercera persona no aceptó los cargos y para la fecha de presentación de esta demanda, se encontraba a la espera de conocer la sentencia penal.



13-001-33-31000-2001-01522-00

Manifiesta que, en cumplimiento de sus obligaciones, ALMAVIVA informó a la DIAN sobre los hechos ocurridos en el depósito de mercancía, mediante comunicación 661-1-211988 del 9 de septiembre de 1999; sin embargo, el 27 de diciembre de 2000, la División de Fiscalización de Aduanas de Cartagena profirió el requerimiento especial 193, acusando a ALMAVIVA de estar involucrada en una operación de contrabando, y proponiendo una multa de \$100.000.000.

Expone que, entre los argumentos con los que la DIAN fundamenta la decisión, se encuentra que, al parecer el 30 de junio de 2000, dicha entidad había enviado un requerimiento a ALMAVIVA y ésta no lo había contestado, sin embargo, en realidad fue que la entidad accionante nunca lo recibió, pues fue enviado a una dirección diferente a la de la sede de ALMAVIVA.

Añade, que ALMAVIVA dio contestación oportuna al requerimiento enviado el 27 de diciembre de 2000, pero la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales decidió sancionarlo con la multa de \$100.000.000

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la accionante, acusa como vulneradas las normas que a continuación se transcriben:

- Art. 29 de la Constitución nacional
- Art. 1º de la Ley 95 de 1890
- Art. 12 del Decreto 1800 de 1994
- Art. 2, 471 y 503 del Decreto 2685 de 1999

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

i) ALMAVIVA no intervino en la operación de contrabando – y no tiene la calidad de sujeto activo de la infracción que se castiga.

Sostiene el apoderado de la parte demandante que, de la lectura del art. 12 del Decreto 1800 de 1994 y del art. 503 del Decreto 2685 de 1999, se encuentra que la sanción impuesta a ALMAVIVA, está destinada a aquellos agentes que hayan intervenido en la introducción de contrabando al país, lo cual no es el caso de la accionante, como quiera que ALMAVIVA no tuvo responsabilidad en el hurto que realizaron los empleados de la empresa de vigilancia.



13-001-33-31000-2001-01522-00

La sanción contemplada en las anteriores normas, señala como sujetos activos, al importador o declarante, al propietario, tenedor o poseedor, el beneficiario de la operación, a quien tuvo derecho o disposición sobre la mercancía, o a quien haya intervenido de alguna manera en la operación de contrabando.

Manifiesta que las disposiciones que consagran la infracción aduanera tienen por finalidad castigar a quienes hayan participado o se hayan beneficiado de la operación de introducción de mercancía ilegal al país, por lo que es ilógico que se castigue al usuario aduanero honesto que nada tuvo que ver con la pérdida de la mercancía.

Sostiene que, no puede perderse de vista el hecho de que la mercancía estuvo de manera legal en el depósito de ALMAVIVA y que la operación ilegal constituyó precisamente la extracción de la misma, evento en el cual la entidad no tiene injerencia.

ii) ALMAVIVA no es la responsable porque a su favor, existe una eximente de responsabilidad como es el hecho de un tercero

Sostiene que las resoluciones atacadas son nulas por falta de aplicación del art. 29 de la constitución nacional y errónea aplicación del art. 503 del Decreto 2685 de 1999.

Argumenta, que la DIAN fue ampliamente informada desde antes, y durante el proceso sancionatorio, sobre los hechos acaecidos en las instalaciones de la demandante; de los cuales se hicieron responsables 3 empleados de la empresa de seguridad que prestaba los servicios a ALMAVIVA, por lo que se considera que esos individuos son terceros ajenos a la empresa sancionada.

Añade, que no puede sostenerse la culpabilidad del depósito, puesto que no existe culpa en su actuar, además, no existe vínculo de causalidad entre sus actos y el daño producido a la administración, de manera que faltan 2 de los elementos de la responsabilidad; en esa medida, la doctrina y la jurisprudencia aceptan de manera unánimemente que el hecho de un tercero rompe el vínculo de causalidad entre las acciones y el daño producido.

Agrega que las acciones de ALMAVIVA no estaban encaminadas a introducir de manera ilegal la mercancía al país, sino lo opuesto, y fueron las personas ajenas a la empresa las que sustrajeron dichos bienes.



iii) indebida aplicación y falta de aplicación de las normas legales.

A consideración de la accionante, las resoluciones demandadas aplicaron indebidamente el art. 12 del Decreto 1800 de 1994 y 503 del Decreto 2685 de 1999, en cuanto lo aplicaron en contra de ALMAVIVA, que no intervino en la comisión de la infracción.

Manifiesta la actora, que la DIAN no debió sancionar a ALMAVIVA por la conducta asumida por terceros ajenos a ella, puesto que, como ya se ha expresado ésta última nunca tuvo derecho de disposición de los bienes perdidos; por el contrario, la aduana debió iniciar diligencias en contra de las personas que robaron la mercancía y que confesaron su delito.

Agrega, que no puede concebirse que la aduana haya decidido librar de toda responsabilidad a los verdaderos autores del hurto, quienes son los destinatarios primarios de la norma con la cual se sancionó a ALMAVIVA; pues el castigo administrativo tiene una finalidad diferente al castigo penal, puesto que tiene una finalidad económica que no se logra a través del proceso penal.

iv) violación al debido proceso y al principio de justicia

Sostiene que, como consta en la respuesta a los requerimientos y en los recursos interpuestos por ALMAVIVA ante la DIAN, la empresa demandante solicitó que se oficiara a los entes penales correspondientes para efectos de que la administración conociera sobre la confesión de los culpables del hurto de la mercancía, y, le aportó copia de las actuaciones penales que tenía en su poder; sin embargo, la aduana no adelantó la práctica de ningún tipo de pruebas, lo que llevó a que se violaran los derechos de defensa y debido proceso se sancionara al Depósito ALMAVIVA, ya que se le impidió acreditar sus argumentos.

De igual manera, se viola el principio de justicia, pues la DIAN se abstuvo de perseguir a los verdaderos culpables del hurto.

2.5 Contestación ²

La Nación – Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por intermedio de apoderado judicial, dio contestación a la

² Folio 95-101



13-001-33-31000-2001-01522-00

demanda oportunamente³, realizando un breve relato de los hechos oponiéndose a las pretensiones de la empresa accionante.

En el escrito de defensa, el mandatario de la DIAN explicó que, para que la mercancía importada pueda ingresar legalmente al territorio nacional se requiere del cumplimiento de unos requisitos establecidos en la legislación aduanera, como es la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y la obtención de los permisos de levante. También expone que, mientras se surte dicho trámite, la mercancía debe estar almacenada en los depósitos autorizados por la administración, por lo que dichos depósitos deben cumplir con algunas obligaciones y responsabilidades frente a la custodia de la mercancía, pues la misma no ha pagado tributos.

Manifiesta, que el retiro de la mercancía de manera irregular, del depósito en el cual se almacena tiene como sanción el pago del 200% del valor de la mercancía, de acuerdo con lo establecido en el art. 503 del Decreto 2685 de 1999. Agrega, que en el caso de marras, salieron unas mercancías sin autorización de la autoridad aduanera del Depósito ALMAVIVA, lo que implicó que las mismas ingresaran al territorio nacional como contrabando, pues el depósito en comento no demostró los documentos que acreditaran la nacionalización de la mercancía, ni las puso a disposición de la Dian cuando se les requirió.

Argumenta, que el depósito ALMAVIVA sí es responsable de la conducta por la cual se le sanciona, pues ostenta la calidad de tenedor de la mercancía perdida, y que debía proteger, por lo que se le reprocha su gestión descuidada y negligente en la custodia de la misma; así mismo; también se le recrimina el hecho de no haber informado lo sucedido a la aduna de manera oportuna, sino que se esperó hasta la realización de la visita de supervisión para informar, de manera tardía, tales hechos.

Sostiene que se sanciona a ALMAVIVA, en su calidad de tenedor de la mercancía, ya que la conducta de dicho depósito revela un incumplimiento de su obligación general de custodia y su deber específico de solo permitir la salida de la mercancía, cuando ésta ya haya cumplido con los requisitos legales.

Frente a la eximente de responsabilidad expuso, que la accionante no demostró, dentro del trámite administrativo, que el depósito haya tomado todas

³ La contestación fue presentada el 12 de abril de 2002, que era el último día de fijación en lista.



13-001-33-31000-2001-01522-00

las medidas necesarias, de diligencia y cuidado, para evitar el hurto de los bienes sometidos a custodia, pues, si bien es cierto que con el recurso de reconsideración se enuncian las medidas de seguridad tomadas por ALMAVIVA, lo cierto es que las mismas no fueron probadas, poniéndose en evidencia, la debilidad de su sistema de seguridad. Además, tampoco se probó que la mercancía hurtada fuera la misma por la cual se abrió el proceso penal en el que resultaron privados de la libertad unos civiles; ni se demostró la existencia o no del vínculo de dichos civiles con el depósito, pues ese vínculo no solo se predica de los trabajadores, sino, también, de los contratistas.

Añade, que en ningún momento se violó el debido proceso ni el principio de justicia, puesto que el proceso administrativo se adelantó conforme a la ley, si bien es cierto que se negaron las pruebas solicitadas por el depósito, lo cierto es que en el auto correspondiente se explicaron las razones de dicha decisión, y la hoy accionante en ningún momento presentó recursos en contra de la misma.

No se propusieron excepciones.

III. - TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue instaurada 12 de octubre de 2001 (fl 2 -11), y admitida el 18 de diciembre de 2001 por este Tribunal (fl. 90 c.1), surtiéndose la fijación en lista entre los días 01 y 12 de abril de 2002 (fl. 90 rev).

La entidad enjuiciada dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible a folio 95-101 del expediente de fecha 12 de abril de 2002.

Con auto del 29 de noviembre de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar (fl. 319 c.2), oportunidad que fue aprovechada por los interesados, así:

IV. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante⁴:

Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 18 de diciembre de 2013, ratificándose en los argumentos de la demanda.

⁴ Folio 321-328



4.2. Alegatos de la parte demandada⁵:

Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 18 de diciembre de 2013, ratificándose en los argumentos de la contestación de demanda.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 3° del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya pretensión supera los 300 smlmv para la fecha de la presentación de la demanda⁶.

5.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 000488 del 22 de marzo de 2001, expedida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Aduanas Especiales de Cartagena, en la que se impuso a ALMAVIVA una sanción por valor de \$100.000.000.

⁵ Folios 329-335

⁶ La demanda fue presentada en el año 2001, y para esa fecha el salario mínimo era de 286.000; lo que multiplicado por 300 smlmv, da un total de \$85.800.000, y la cuantía de la sanción impuesta a ALMAVIVA es de \$100.000.000



13-001-33-31000-2001-01522-00

- Resolución No. 001077 del 11 de junio de 2001, expedida por el Jefe de la División Jurídica de la Administración de Cartagena en la que se confirmó la decisión anterior.

5.4 Problema jurídico.

Para la sala, los problemas jurídicos que se deben resolver, a efectos de desatar la controversia planteada por ALMAVIVA contra la DIAN son lo siguiente:

- ¿Es responsable el Depósito ALMAVIVA por la pérdida de los bienes sometidos a su custodia mientras se realiza el procedimiento de legalización para su ingreso al país?*
- ¿es acreedora ALMAVIVA de la sanción impuesta por la DIAN o existió una eximente de responsabilidad?*

5.5 Tesis de la Sala

La Sala denegará las pretensiones de la demanda, atendiendo que los depósitos son los responsables de la recepción, guarda y custodia de las mercancías entregadas por la Autoridad administrativa aduanera, mientras se realizan los trámites legales pertinentes para su exportación o importación; por ello, son responsable de la conservación y entrega del bien encomendado en las mismas condiciones en las que fue acogido.

Además de lo anterior, se evidencia que la empresa demandante no demostró la existencia de una eximente de responsabilidad, en las condiciones establecidas en el art. 1171 del Código de Comercio.

La anterior tesis se funda en los argumentos que a continuación se exponen.

5.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

Cuando los particulares realizan operaciones de importación de mercancías, deben obtener, para su circulación en el territorio nacional, la respectiva autorización (levante) de la autoridad aduanera, éste trámite, entre otras cosas, conlleva la presentación de la declaración de importación y el pago de los tributos aduaneros; ahora bien, mientras se surte dicho procedimiento, la normatividad aduanera dispone que la mercancía debe estar bajo custodia de la Dian, y almacenada en depósitos autorizados por dicha autoridad.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

Al respecto, el art. 1 del Decreto 2685 de 1999 expone que:

"DEPÓSITO Es el recinto público o privado habilitado por la autoridad aduanera para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero. Para todos los efectos se considera como Zona Primaria Aduanera.

ZONA PRIMARIA ADUANERA. Es aquel lugar del territorio aduanero nacional habilitado por la Aduana para la realización de las operaciones materiales de recepción, almacenamiento y movilización de mercancías que entran o salen del país, donde la autoridad aduanera ejerce sin restricciones su potestad de control y vigilancia.

A su turno el artículo 47 y 115 de la citada norma expone que:

"ARTICULO 47. DEPÓSITOS HABILITADOS. Son los lugares autorizados por la autoridad aduanera para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero. Los depósitos habilitados podrán ser públicos o privados y en ellos la mercancía puede permanecer almacenada durante el término establecido en el artículo 115 del presente Decreto. Dentro de los depósitos privados se encuentran también los depósitos privados para transformación o ensamble, los depósitos privados para procesamiento industrial, los depósitos privados para distribución internacional, los depósitos privados aeronáuticos, los depósitos privados transitorios y los depósitos para envíos urgentes. Igualmente la autoridad aduanera podrá habilitar depósitos de provisiones de a bordo para consumo y para llevar y depósitos francos, para el almacenamiento de las mercancías, que según las disposiciones previstas en el presente Decreto, pueden permanecer en dichos depósitos bajo las condiciones descritas en el mismo. **PARÁGRAFO.** Bajo ninguna circunstancia los depósitos habilitados podrán realizar labores de consolidación o desconsolidación de carga, transporte o de intermediación aduanera, salvo las excepciones previstas en este Decreto. **PARÁGRAFO 2o.** En casos especiales debidamente justificados, el Director de Aduanas, podrá autorizar la ampliación del área habilitada como Depósito a instalaciones no adyacentes, siempre que la zona sobre la cual se pretende otorgar la ampliación, se encuentre ubicada dentro del mismo municipio y se cumplan los requisitos en materia de seguridad e infraestructura. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales señalará las condiciones de traslado de las mercancías entre las zonas habilitadas, así como las restricciones que deban establecerse para el control aduanero de las mercancías".

ARTICULO 115. PERMANENCIA DE LA MERCANCÍA EN EL DEPÓSITO. Para efectos aduaneros, la mercancía podrá permanecer almacenada mientras se realizan los trámites para obtener su levante, hasta por el término de dos (2) mes, es contado desde la fecha de su llegada al territorio aduanero nacional. Cuando la mercancía se haya sometido a la modalidad de tránsito, la duración de este suspende el término aquí señalado hasta la cancelación de dicho régimen. El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado hasta por dos (2) mes es adicional en los casos autorizados por la autoridad aduanera y se suspenderá en los eventos señalados en el presente decreto.
(...)



13-001-33-31000-2001-01522-00

En cuanto a las obligaciones a las que están sometidos los depósitos, el artículo 72 ibídem expone que:

ARTICULO 72. OBLIGACIONES DE LOS DEPÓSITOS. Son obligaciones de los depósitos habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo con el carácter de la habilitación y en cuanto les sean aplicables, las siguientes:

a) Recibir, custodiar y almacenar únicamente aquellas mercancías que pueden permanecer en sus recintos;

b) Recibir, custodiar y almacenar las mercancías sometidas al régimen de importación, exportación o a la modalidad de transbordo;

c) Registrar en el sistema informático aduanero la información relacionada con la recepción de la carga entregada para su custodia;

d) Elaborar, informar y remitir a la autoridad aduanera el acta de inconsistencias encontradas entre los datos consignados en la planilla de envío y la mercancía recibida, o adulteraciones en dicho documento, o sobre el mal estado o roturas detectados en los empaques, embalajes y precintos aduaneros o cuando la entrega se produzca fuera de los términos previstos en el artículo 113o. del presente Decreto; e) Observar las medidas que la autoridad aduanera señale para asegurar el cumplimiento de las disposiciones aduaneras;

f) Contar con los equipos de seguridad, de cómputo y de comunicaciones que la autoridad aduanera establezca;

g) Contar con los equipos necesarios para el cargue, descargue, pesaje, almacenamiento y conservación de las mercancías;

h) Mantener en adecuado estado de funcionamiento los equipos necesarios para el cargue, descargue, pesaje, almacenamiento y conservación de las mercancías;

i) Facilitar las labores de control que determine la autoridad aduanera;

j) Disponer de las áreas necesarias para realizar la inspección física de las mercancías y demás actuaciones aduaneras, a las cuales tendrá acceso el personal que la Dirección de Impuestos y Aduanas determine;

k) Permitir el reconocimiento físico de las mercancías por parte de las Sociedades de Intermediación Aduanera, en los eventos previstos en este Decreto;

l) Mantener claramente identificados los siguientes grupos de mercancías: los que se encuentren en proceso de importación; o en proceso de exportación; o bajo la modalidad de transbordo; o aprehendidos; o decomisados; o en situación de abandono y, los que tengan autorización de levante, salvo cuando se trate de mercancías a granel almacenadas en silos o en tanques especiales;

m) Llevar los registros de la entrada y salida de mercancías conforme a los requerimientos y condiciones señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales;

n) Reportar las irregularidades que se presenten y suministrar la información que la autoridad aduanera solicite;

o) Los depósitos públicos y privados deberán entregar la mercancía al declarante únicamente cuando se haya autorizado su levante, cancelados los tributos aduaneros y autorizado el retiro de la mercancía por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Igualmente se entregará la mercancía sometida a una modalidad de exportación o de transbordo indirecto;

p) Poner a disposición o entregar a la autoridad aduanera la mercancía que ésta ordene;



13-001-33-31000-2001-01522-00

- q) Almacenar y custodiar las mercancías abandonadas, aprehendidas y decomisadas en sus recintos;
- r) Constituir las garantías que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determine y,
- s) Mantener o adecuar los requisitos y condiciones en virtud de los cuales se otorgó la habilitación.

La anterior normativa hace deducir que, durante el trámite de nacionalización de las mercancías traídas del exterior, los depósitos, que mantienen la custodia de la misma, deben atender determinadas obligaciones a fin de responder por la correcta ejecución de la labor encomendada. A propósito de lo anterior, el artículo 73 del Decreto 2685 de 1999 dispone:

*ARTICULO 73. RESPONSABILIDAD DE LOS DEPÓSITOS. Sin perjuicio de la responsabilidad frente a terceros de conformidad con las normas del Código de Comercio y el Código Civil, los depósitos serán responsables ante la Nación por las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las normas aduaneras. **Los depósitos habilitados serán responsables ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el pago de los tributos aduaneros de las mercancías sustraídas o perdidas en sus recintos.***

En plena concordancia con los apartes transcritos del Decreto 2685 de 1999, artículo 490⁷ consagra las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los depósitos, así:

2. Graves:

- 2.1. No recibir para su almacenamiento las mercancías destinadas en el documento de transporte y en la planilla de envío a ese depósito.
- 2.2. Almacenar mercancías que vengán destinadas a otro depósito en el documento de transporte.
- 2.3. Utilizar el área habilitada de almacenamiento para fines diferentes a los contemplados en el acto administrativo que concede la habilitación.
- 2.4. No custodiar debidamente las mercancías en proceso de importación o exportación.**
- 2.5. No almacenar ni custodiar las mercancías abandonadas, aprehendidas y decomisadas en sus recintos.
- 2.6. No reportar a la autoridad aduanera la información relacionada con la recepción de las mercancías entregadas por el transportador.
- 2.7. No elaborar, no informar o no remitir a la autoridad aduanera el acta de inconsistencias encontradas entre los datos consignados en la planilla de envío y la mercancía recibida, o adulteraciones en dicho documento, o sobre el mal estado o roturas detectados en los empaques, embalajes y precintos aduaneros o cuando la entrega se produzca fuera de los términos previstos en el artículo 113 del presente decreto.

⁷ Artículo original sin modificaciones



13-001-33-31000-2001-01522-00

- 2.8. No contar con los equipos necesarios para el cargue, descargue, pesaje, almacenamiento y conservación de las mercancías.
- 2.9. No mantener en adecuado estado de funcionamiento los equipos necesarios para el cargue, descargue, pesaje, almacenamiento y conservación de las mercancías.
- 2.10. No llevar los registros de la entrada y salida de mercancías conforme a los requerimientos y condiciones señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
- 2.11. No contar con los equipos de seguridad, de cómputo y de comunicaciones que la autoridad aduanera establezca.
- 2.12. No mantener o adecuar los requisitos y condiciones en virtud de los cuales se les otorgó la habilitación.
- 2.13. No informar por escrito a la autoridad aduanera, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la ocurrencia del hecho o de su detección, sobre el hurto, pérdida o sustracción de las mercancías sujetas a control aduanero almacenadas en el depósito.**
- La sanción aplicable será de multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dependiendo de la gravedad del perjuicio causado a los intereses del Estado, se podrá imponer, en sustitución de la sanción de multa, sanción de suspensión hasta por un (1) mes de su habilitación.*

De igual manera, art. 503 de la norma ibídem establece que se aplicará una sanción del 200% del valor de la mercancía cuando no sea posible aprehender la mercancía.

5.6. Caso Concreto

5.6.1 Sobre la adecuación típica de la sanción

El anterior marco normativo determina que los Depósitos son responsables de la custodia y almacenamiento de la mercancía que le es confiada por la DIAN, mientras se surten los trámites necesarios para su exportación o nacionalización.

De igual manera, los Depósitos autorizados tienen la obligación, de acuerdo con el art. 72 del Decreto 2685 de 1999, de poner a disposición de la autoridad aduanera la mercancía que ésta ordene, so pena de hacerse acreedor de las sanciones establecidas en los art. 490 y 503 del decreto en mención.

Al respecto, el art. 503 del decreto en mención establece que:

ARTICULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA. Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.

También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales.

Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad. En aquellos casos en que no se cuente con elementos suficientes para determinar el valor en aduana de la mercancía que no se haya podido aprehender, para el cálculo de la sanción mencionada se tomará como base el valor comercial, disminuido en el monto de los elementos extraños al valor en aduana, tales como el porcentaje de los tributos aduaneros que correspondan a dicha clase de mercancía. La imposición de la sanción prevista en este artículo no subsana la situación irregular en que se encuentre la mercancía, y en consecuencia, la autoridad aduanera podrá disponer en cualquier tiempo su aprehensión y decomiso.

La norma expuesta determina la posibilidad de sancionar con un valor del 200% del costo de la mercancía cuando ésta no haya podido ser aprehendida, ya sea porque ésta fue:

- a) consumida,
- b) destruida,
- c) transformada o
- d) **no fue puesta a disposición de la autoridad aduanera.**

En ese mismo sentido, el artículo bajo estudio, determina como sujetos pasivos de la sanción a las siguientes personas:

- a) el propietario de la mercancía,
- b) el tenedor**
- c) el poseedor,
- d) quien se haya beneficiado de la operación,
- e) quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías,
- f) quien de alguna manera intervino en dicha operación

De acuerdo con el art. 775 del Código Civil, se llama mera tenencia la que una persona (natural o jurídica) ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. "Lo



13-001-33-31000-2001-01522-00

dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Conforme con lo expuesto, comparte esta Corporación los argumentos expuestos por la DIAN en las resoluciones objeto de demanda, según las cuales, la empresa ALMAVIVA SA., actuó o intervino en la operación aduanera en calidad de tenedor de la mercancía, pues su función básicamente consistía en recibir la mercancía, para este caso, importada, custodiarla y entregarla cuando la Dian lo autorizara, en las mismas condiciones en la que fue recibida, hecho éste que no ocurrió debido al parecer, al hurto que sufrieron las bodegas de la entidad accionante.

En ese sentido, puede imputársele responsabilidad a ALMAVIVA por cuanto perdió y no puso a disposición de la autoridad aduanera correspondiente una mercancía que le había sido encomendada para su custodia y vigilancia.

5.6.2. Del hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad.

Una vez aclarado el soporte legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará la Sala a determinar, de conformidad con lo probado en autos, si se dieron o no los supuestos fácticos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad ALMAVIVA la consecuencia jurídica contemplada en la norma antes citada, teniendo en cuenta la causal eximente de responsabilidad que esta última alega, consistente en el hecho de un tercero.

Vemos entonces, como el contenido de los preceptos transcritos perfila en forma clara las obligaciones que competen a los Depósito de mercadería y los parámetros para la determinación de cumplimiento de los mismos. Ahora bien, ello no hace nugatoria la evaluación de circunstancias de excepción que permitan exonerar el acatamiento de dichas obligaciones o justificar su incumplimiento, pero es sabido que éstas se dan por causas o circunstancias que, atendiendo principios como el de equidad y justicia, permiten enervar dicho incumplimiento, dentro de los cuales caben el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de un tercero.

En efecto, el artículo 1171 del Código de Comercio - modificado. D.E. 01/90, artículo 10 reza:



13-001-33-31000-2001-01522-00

"ARTÍCULO 1171. RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO. El depositario responderá hasta de culpa leve en la custodia y conservación de la cosa. Se presumirá que la pérdida o deterioro se debe a culpa del depositario, el cual deberá probar la causa extraña para liberarse".

De acuerdo con lo establecido en la normativa anterior, se tiene, que los Depósitos son responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y las omisiones en las que incurra el personal a su cargo, que generen la pérdida o deterioro de la mercancía encomendada; pues, de acuerdo con la ley, recae sobre ellos la presunción de culpa, de la cual sólo pueden exonerarse si demuestran que el origen del daño le fue extraña, es decir, que la causa que generó la pérdida no se derivó de sus actuaciones y sino en hechos de terceros, por ejemplo: saqueo o hurto. En ese sentido, el hecho que ocasiona el daño debe tener, por consiguiente, causas externas al sujeto de la obligación. En cuanto al hecho de un tercero, como causal eximente de responsabilidad, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

"Para dilucidar la cuestión, la Sala examina enseguida los requisitos que el Consejo de Estado ha establecido para la prosperidad de la excepción denominada "hecho del tercero". Esta Corporación se ha manifestado en diversas ocasiones sobre esta figura, como una causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad demandada y para tal efecto ha determinado algunas exigencias, a saber:

"(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención⁸.

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera

⁸ Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 *ibídem*). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".



13-001-33-31000-2001-01522-00

causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado⁹.

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"¹⁰.

En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico, es decir, que la valoración sobre la resistibilidad de los efectos del suceso involucra una valoración de los avances de la técnica, pero también de los recursos de que deba disponerse para conjurar los del daño.

Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño.¹¹¹²

En el caso bajo estudio, se tiene que ALMAVIVA SA., es un Depósito autorizado por la aduana para recibir, almacenar y custodiar la mercancía que se encuentra en trámite de exportación e importación. En ese sentido, la sociedad demandante tiene por objeto social "A) EL DEPÓSITO, LA CONSERVACIÓN, CUSTODIA Y VIGILANCIA, EL MANEJO, RECIBO, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS, PRODUCTOS Y FRUTOS DE CUALQUIER NATURALEZA, DE PROCEDENCIA NACIONAL O EXTRANJERA, LA LIMPIEZA (...) B) LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS Y BONOS DE PRENDA DESTINADOS A ACREDITAR LA PROPIEDAD DE LOS BIENES RECIBIDOS POR LA SOCIEDAD (...)"¹³.

Con Oficio del 16 de julio de 1999, ALMAVIVA SA., puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, la denuncia sobre los siguientes hechos:

⁹ Sobre ese aspecto puede verse MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo II Volumen II, pág. 237.

¹⁰ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 18148.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03487-01(32912)A

¹³ Folio 14-16 c. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

"El día 19 de junio de 1999 recibimos en nuestras instalaciones de ALMAVIVA SA, ubicada en el Barrio El Bosque, Diagonal 22 No. 53-43, entre otros, un contenedor de 40' No. TMMU-435784-7 de nuestro cliente LG ELECTRONICS PANAMA S.A., el cual después de ser desembalado, arrojó el siguiente resultado que coincidió con la Factura Comercial óPI-99-125627 y con el BL TMGUBOCYX05S0331 que lo amparaba y detallamos a continuación: (...)

El día 2 de julio de se realizó inventario a la totalidad de la mercancía existente de nuestro cliente LG ELECTRONICS PANAMA S.A., encontrando coherencia con lo registrado en los libros de contabilidad.

El día 14 de julio de 1999, Nuestro auxiliar de bodega encargado del depósito en cuestión Sr. KANOR ALDANA identificado con la cedula de ciudadanía No. 15.045.319 de Sahagun, detectó el faltante de 132 videograbadoras de la Ref: LG-470M y 100 (la totalidad) de videograbadoras de la Ref: LG-A590M.

PERDIDAS:

El valor aproximado de la mercancía hurtada es de \$50.000.000 (...)"¹⁴

El 2 de agosto de 1999, se realizó por parte de ALMAVIVA S.A., una ampliación de la denuncia presentada por hurto, en la cual señaló como monto de la pérdida, el valor de \$118.103.918 millones de pesos¹⁵.

El **30 de agosto de 1999**¹⁶, los funcionarios del Grupo Muelles y Deposito de la División de Servicio al Comercio Exterior de la DIAN, se dirigieron a las instalaciones de ALMAVIVA SA., ubicada en la calle 22 No. 54B-70, Barrio el Bosque de la ciudad de Cartagena, con el fin de realizar una visita de control y auditoria interna de la actividad realizada por el Depósito.

Del acta contentiva de dicha visita, se pudo constatar que la DIAN descubrió que, el 14 de julio de 1999, se había registrado el hurto de 232 VHS, pertenecientes a LG ELECTRONIC PANAMÁ S.A.; en dicho documento, se dejó constancia, que, de los 232 VHS hurtados, habían 100 VHS de la referencia LG-A590M que aún no se habían nacionalizado, y de los cuales 30 unidades estaban en proceso de nacionalización con la Declaración No. 12056010645587 del 14-07-99, a la cual no se le alcanzó a dar el levante. Igualmente se certificó, que las unidades restantes (132 unds) con referencia LG-470M fueron nacionalizadas con la Declaración No. 1205601064207-7 del 21-06-99. Se constató además, que en el mes de agosto también se había dado otro hurto en las instalaciones de ALMAVIVA, en donde se perdió otra mercancía. **En el**

¹⁴ Folio 176-178 c.1

¹⁵ Folio 172-174 c. 1

¹⁶ Folio 166-171 c.1



13-001-33-31000-2001-01522-00

informe se expuso, que a la fecha de la visita de inspección, el Depósito ALMAVIVA no le había comunicado a la DIAN sobre los hechos constatados¹⁷.

Con oficio del **9 de septiembre de 1999**¹⁸, el Depósito ALMAVIVA S.A., comunicó formalmente a la DIAN – División de Comercio Exterior, que en sus instalaciones, el 14 de julio de 1999, se había cometido un hurto de una mercancía consistente en 232 VHS de LGELECTRÓNICS, y que del total de VHS hurtados 100, de referencia LG-A590M.

Con oficio del **30 de junio del 2000**, la DIAN solicitó a los Almacenes ALMAVIVA que remitieran con destino a dicha entidad, los documentos soportes que amparaban la retirada de la mercancía que venía consignada en el documento de Transporte TMGUBOCYX05S033, contenedor TMMU435784-7; además disponía, que en el evento de que dicha mercancía hubiera salido sin la autorización de la DIAN, la pusieran a disposición de la administración en un término no superior a 15 días so pena de incurrir en la sanción del 200% del valor de la mercancía¹⁹.

De acuerdo con los argumentos de la parte actora, esta solicitud nunca fue recibida por ALMAVIVA, puesto que la dirección a la cual la envió fue la **Calle 22 No. 54B-70 El Bosque**, la cual es incorrecta, pues la verdadera dirección es **Diagonal 22 No. 53-43 El Bosque**, y por ello, no pudieron darle respuesta a la petición. La DIAN, por su parte, manifestó en la contestación de la demanda, que la empresa de correo no devolvió la comunicación en referencia y que por lo tanto la misma sí fue entregada a su destinatario; sin embargo se advierte, que: i) tanto en la demanda, como en el certificado de existencia y representación aportado al proceso (fl. 18-19) consta la dirección de la empresa actora, la cual corresponde a **Diagonal 22 No. 53-43 El Bosque**, lo que hace inferir que, en efecto la DIAN envió el requerimiento a una dirección equivocada; ahora bien, existe duda frente a lo anterior, en cuanto a que en el acta de visita de inspección realizada en los almacenes de ALMAVIVA, se consignó como dirección de ubicación, la misma consignada en el requerimiento, es decir **Calle 22 No. 54B-70 El Bosque**, y dicha acta fue signada por el Subgerente de la empresa demandante sin hacer ninguna observación.

¹⁷ Esta información se encuentra contenida en el acta visible a folio 166-171 c. 1

¹⁸ Folio 175 c.1

¹⁹ Folio 193



13-001-33-31000-2001-01522-00

El 27 de diciembre de 2000, la DIAN expidió un requerimiento especial aduanero, con el objetivo de iniciar el proceso sancionatorio en contra de ALMAVIVA, por no haber puesto a disposición de la aduana la mercancía, ni la documentación solicitada (fl. 195-197).

La empresa hoy demandante, dio contestación al anterior requerimiento el 29 de enero de 2001, manifestando que la DIAN no había solicitado poner la mercancía a su disposición y alegando la eximente de responsabilidad por hecho de un tercero, violación al debido proceso, y que la DIAN conocía del hurto de la mercancía.

Con auto del 20 de febrero de 2001, notificado en estado en la misma fecha, la Aduana decidió tener por contestado el requerimiento especial, tener como pruebas las obrantes en el expediente administrativo y dejó constancia de que no se aportaron al expediente los documentos soportes que amparaban la retirada de la mercancía que venía consignada en el documento de Transporte TMGUBOCYX05S033, contenedor TMMU435784-7; ni se puso a disposición de la DIAN la mercancía hubiera salido sin la autorización²⁰.

Finalmente, con Resolución 0488 de marzo 22 de 2001, se sancionó al Depósito ALMAVIVA con el pago del valor del 200% de la mercancía perdida, lo que equivale a \$100.000.000²¹; dicha decisión fue ratificada con la Resolución 1077 de junio 11 de 2001 que resolvió el recurso de reconsideración²².

De lo anteriormente expuesto, observa la Sala que, de acuerdo con el art. 503 del Decreto 2685 de 1999, los Almacenes de depósito son responsables ante la administración por el hecho de no poner a disposición de la aduana las mercancías que se encuentran bajo su custodia.

Ahora bien, se advierte en este caso, que la DIAN no demuestra que efectivamente ALMAVIVA haya recibido la solicitud por medio de la cual se le requiere para presentar los documentos y mercancía amparadas con el documento de Transporte TMGUBOCYX05S033; sin embargo, tampoco se puede perder de vista que el cumplimiento de dicho requerimiento constituía un imposible por la entidad hoy accionante, puesto que la mercancía mencionada había sido hurtada del depósito de ALMAVIVA S.A., por ende no

²⁰ Folio 219-220 c. 2

²¹ Folio 232-239 c. 2

²² Folio 270-285 c. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

se encontraba en poder de dicha empresa, ni existía autorización de levante que permitirá la salida de la misma de la bodega, pues los bienes aún no estaba nacionalizados ni tenían autorización de levante.

Frente al hurto se tienen las siguientes pruebas:

En primera medida se tiene como prueba del hurto, el escrito de la denuncia realizada el 16 de julio de 1999 (fl. 176-178), de la que ya se hizo alusión en un aparte anterior.

También se aporta la resolución de acusación realizada por la Fiscalía General del Nación, de fecha 15 de marzo de 2000, en contra de los señores SERGIO ORTEGA y VICTOR PEDROZA FERIA, por los punibles de Concierto para Delinquir y Hurto Calificado Agravado, cometidos en las instalaciones de ALMAVIVA entre los días 6 y 13 de julio de 1999 (fl.68- 81).

Entre las pruebas transcritas en la referida resolución, se exponen apartes de los testimonios de los empleados de ALMAVIVA, entre los cuales se destaca lo siguiente:

*Jose Dolores Mena (Afirma en su calidad de vigilante de la empresa de seguridad **Segucol**, haber laborado en las instalaciones de la empresa Almazava, los días 6 y 13 de julio de 1999, en el horario de 6:00 PM a 6:00 AM., en la garita de la puerta principal y en compañía de los otros celadores: Sergio Ortega Carrillo y Francisco Canoles Solano, sin percibir la presencia de personal extraño a la empresa; teniendo en cuenta que desde el sitio donde presta vigilancia no se obtiene visibilidad alguna sobre los patios y bodegas. Al mismo tiempo declara tener conocimiento de la perdida de VHS, sin saber exactamente el día en que se perdieron (...) Pedro Manuel Silva Uribe (Declara en su calidad de asesor de seguridad Almazava en ese entonces, que el día 17 de Julio de 1999 recibió una llamada de la gerencia de Almazava, informándole una novedad en la Bodega de EL Bosque. Por tal razón se efectuó una inspección física que arrojó un faltante de cinco palets de VHS- cada palets carga 150 cajas-, sin la violación a puertas, paredes, ni techo, habiendo fallado el circuito de televisión aproximadamente el día 7 de julio, entre las 10 y las 11 de la noche y el 13 y 14 de julio por fallas en el sistema.); Francisco Canoles Solano (Comenta que Sergio, quien se encargaba de toda la operación dando órdenes de todo lo que debía efectuarse previas instrucciones de Víctor- y de las conexiones para el pago de su trabajo, se comunicaba con Víctor por medio de un celular que éste le había suministrado para conocerse al momento en el que se debía actuar. Así mismo, conoció que Víctor llevó a Almazava, el 13 de julio de 1999, en horario nocturno, una banda compuesta por 10 personas aproximadamente, quienes se volaron la paredilla trasera del patio a través de una escalera e inmediatamente se introdujeron a la bodega uno, por una ventana de la bodega que se encontraba semiabierta y se sustrajeron varios VHS, que luego trasladaron en una*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

lancha. También predicó el declarante que él, solo sirvió como vigía para establecer la presencia de cualquier extraño o del supervisor de la empresa de vigilancia para la cual laboraba, desde la parte trasera de las oficinas del edificio. Además establece ser Sergio la persona que lo contactó para actuar en el hurto); y Sergio Ortega Carrillo (Comenta que Víctor Pedroza, lo contrató e intimidó para que aceptara colaborar en el hurto de unos elementos químicos que se encontraban depositados en las bodegas de Almaguá, a cambio de una cantidad de dinero. Igualmente afirma que un día recibió una llamada de Víctor a la su residencia donde le ordenaba realizar la operación delictiva; por ende, tuvo que convencer a Canoles para que aceptara participar en el delito; por ello, el día del asalto recibió un millón que compartió con Canoles y al día siguiente recibió otra porción dineraria similar que también repartió con Canoles)

A folio 82 al 87, se observa la sentencia anticipada proferida el 7 de diciembre de 2000, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito declara responsable al señor FRANCISCO CANOLES SOLANO, del delito de Hurto Agravado ocurrido en las instalaciones de ALMAVIVA el día 13 de julio de 1999, se deja constancia de que el investigado aceptó los cargos.

Con sentencia del 2 de junio de 2004, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena condenó al señor Sergio Ortega Carrillo, por los mismos delitos mencionados (fl. 130-). Y; finalmente, con providencia del 3 de agosto de 2001 también se condenó al señor Víctor Pedroza Pereira (fl. 144-151).

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra demostrada la ocurrencia del hurto del almacén de ALMAVIVA, sin embargo, esa circunstancia por sí sola no constituye una causal exonerativa de responsabilidad, respecto del depósito, pues como se explicó en el acápite anterior, se debe tener especial cuidado en demostrar que el hurto fue irresistible e imprevisible.

Como primera medida, le corresponde al Depósito probar que tuvo especial cuidado al tomar las medidas de seguridad suficientes para evitar la ocurrencia de un hurto.

Al respecto se tiene que, en efecto, la sociedad ALMAVIVA SA., contaba con una empresa de seguridad, denominada SEGUCOL, que le prestaba los servicios de custodia de la bodega en la que se almacenaba la mercancía sometida a nacionalización; a la anterior conclusión se llega gracias a las declaraciones antes transcritas desde las providencias penales, y a las afirmaciones realizadas en la demanda.



13-001-33-31000-2001-01522-00

Ahora bien, se reprocha que, al proceso no se haya traído ningún documento que acreditara la relación contractual entre las citadas empresas, ni se acreditara la idoneidad de ésta para prestar los servicios de seguridad, lo cual cobra más relevancia teniendo en cuenta que fueron los empleados suministrados por dicha empresa de seguridad los que facilitaron y participaron en las acciones que resultaron con el hurto de los VHS de propiedad de LG ELECTRONICS.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el proceso no existe la más mínima descripción de los sistemas de seguridad con los que contaba la Bodega No. 1 de ALMAVIVA , el número de vigilantes que custodiaba la mercancía, la capacidad y grado de instrucción de estos en el oficio, si el lugar de ubicación del almacén era una zona segura, certificar las condiciones de cercamiento y circuitos de cámaras, y lo más importante, que en este se encontrara un personal destinado a cuidar exclusivamente de la mercancía almacenada, pues, como se expuso en los testimonios de las providencias penales, el vigilante encargado de cuidar la entrada del Depósito, no tenía visibilidad para custodiar las bodegas, y el circuito de televisión no estuvo funcionando durante los días previos al hurto, lo que debió alertar a los responsables del mismo, para tomar o reforzar las medidas de protección de los bienes almacenados en él.

Lo antes expuesto, evidencia que las medidas de seguridad adoptadas por la entidad demandante no fueron suficientes para cuidar de los bienes puestos a su disposición; de manera que, pese a haberse demostrado la existencia de un hecho delictivo, no se probó que el mismo fuera imprevisible e irresistible de tal forma que se pudiera hablar del hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad. Debe resultarse, que lo que está en discusión no es el hecho del hurto, sino la acreditación ante la DIAN y ante la presente instancia judicial de los elementos que permiten configurar el hecho de un tercero en el caso concreto.

En ese sentido, para la Sala, no se encuentra demostrado en este caso que el hurto hubiera sido un hecho imprevisible o irresistible a ALMAVIVA S.A., como responsable de la mercancía, pues el sólo hecho de ejercer la actividad de Almacenar grandes cantidades de mercancías traídas del exterior o destinadas a la exportación, exige que se tomen todas las medidas de seguridad del caso, más aún ante la ampliamente conocida situación de orden público y delincuencia que se vive en todo el país.



13-001-33-31000-2001-01522-00

Como quedó entonces evidenciado en el plenario, las medidas de seguridad utilizadas por ALMAVIVA S.A., para ejecutar sus obligaciones, no fueron suficientemente acreditadas en el plenario, de tal manera que el único panorama que se abre para esta Sala, es que el Depósito no fue lo suficientemente diligente en la custodia de los bienes resguardados en el Almacén.

Sumado a lo anterior, también quedó demostrado que el depósito en comento no dio cumplimiento a lo establecido en la norma antes transcrita (art. 490 del Decreto 2685 de 1999), según la cual ALMAVIVA S.A., debía avisar a la DIAN las novedades que ocurran con la mercancía, dentro de los 3 días siguientes a la ocurrencia del hecho, verificándose en el expediente que, a pesar que el hurto fue el **16 de julio** solo hasta el **9 de septiembre de 1999** se dio informe a la aduana sobre el mismo, fecha para la cual, la DIAN ya tenía conocimiento de lo ocurrido en virtud de la inspección realizada el **30 de agosto** de esa misma anualidad.

Todo lo expuesto, deja en evidencia el mal proceder por parte del accionante, e impiden que esta judicatura acceda a sus pretensiones.

5.6.3. Debido Proceso.

La entidad accionante centra su defensa en el hecho de que la administración en este caso, no decretó las pruebas necesarias para demostrar el hurto de la mercancía.

De acuerdo con la defensa de la DIAN, el art. 511 del Decreto 2685 de 1999, le otorga la potestad de decretar la práctica de las pruebas solicitadas por los interesados, cuando estas sean pertinentes y necesarias; y, en este caso, por medio de auto del 20 de febrero de 2001, dicha entidad consideró que las providencias del proceso penal no eran necesarias para determinar la responsabilidad administrativa que se estaba evaluando, en el sentido de que con los documentos existentes en el expediente administrativo eran suficientes.

Frente a lo anterior, esta Sala encuentra que, en primera medida, el auto que niega el decreto y practica de pruebas en las actuaciones administrativas es susceptible de recurso de reposición, conforme con el art. 511 del decreto en mención, lo que le permitirían al interesado, en su momento, hacer uso de los mecanismos que tenía a su alcance para defenderse, pero no los ejecutó.



Como segunda medida, se acogen los argumentos expuestos por la DIAN en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, en lo referente a que, tanto en el proceso administrativo, como en el judicial, quedó demostrado el hecho del hurto de la mercancía, lo que no quedó demostrado fue la causal eximente de responsabilidad, en la medida en que no se demostró que los hechos fueran imprevisibles e irresistible, por lo tanto, el decreto o no de las pruebas solicitadas en nada alteran la decisión adoptada por la administración.

VI.- COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VII.- CONCLUSIÓN

La Sala concluye que deben denegarse las pretensiones de la demanda, atendiendo que los depósitos son los responsables de la recepción, guarda y custodia de las mercancías entregadas por la Autoridad administrativa aduanera, mientras se realizan los trámites legales pertinentes para su exportación o importación; por ello, son responsable de la conservación y entrega del bien encomendado en las mismas condiciones en las que fue acogido.

Además de lo anterior, se evidencia que la empresa demandante no demostró la existencia de una eximente de responsabilidad, en las condiciones establecidas en el art. 1171 del Código de Comercio.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 45 /2017

SIGCMA

13-001-33-31000-2001-01522-00

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la sociedad ALMAVIVA S.A., contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

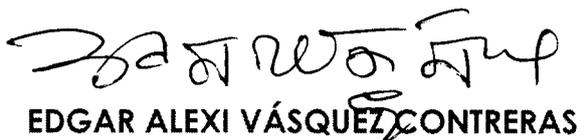
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 37 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ