



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

| | |
|---------------------------|---|
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-31-013-2008-00173-00 |
| Demandante | PANALPINA S.A. |
| Demandado | UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |
| Tema | <i>Sanción administrativa aduanera – OTMs por hurto de mercancía – causales de exoneración de la responsabilidad administrativa – Fuerza Mayor y Caso Fortuito – debe probarse la imprevisibilidad y la irresistibilidad.</i> |

I.- ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016)¹, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la empresa PANALPINA S.A., por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

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

2.3. La demanda².

A través de apoderado judicial constituido al efecto la empresa PANALPINA S.A., presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folio 343-361 c/no 2

² Folios 62-87 y Reforma a la Demanda fl. 97-102 del C. Ppal No. 1



2.4. Pretensiones

Primera: Que se declare la nulidad de Resolución No. 000039 del 28 de marzo de 2008, expedida por la División de Fiscalización Aduanera – Grupo de Infracciones, Administración Especial de aduanas Nacionales de Cartagena (Bolívar), por medio de la cual se formula Requerimiento Especial Aduanero y se propone una sanción a PANALPINA S.A., por el presunto incumplimiento del régimen de tránsito aduanero amparado en la continuación de viaje No. 0610407M000126 del 26 de enero de 2007, por no finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma, conforme lo establece el numeral 3.1.20 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Segunda: Que se declare la nulidad de Resolución No. 000994 del 9 de junio de 2008, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a través de la cual se impuso una sanción a PANALPINA S.A., por la suma de \$30.359.000, con fundamento en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Tercera: Que es nula la Resolución No. 1328 del 29 de julio de 2008, expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a través de la cual se confirmó en grado de reconsideración la Resolución anterior.

Cuarta: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho se declare, con fundamento en los argumentos de hecho y derecho planteados en la demanda, que la Sociedad PANALPINA S.A. no debe ninguna suma de dinero por concepto de la sanción impuesta.

Quinta: Que en el evento de que la Sociedad PANALPINA S.A. llegare a pagar el valor de la sanción impuesta mediante los actos demandados, se condene a la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a devolver las sumas de dinero que se hubieren pagado o llegaren a pagar por ese concepto, debidamente indexadas o actualizadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta la inflación y la pérdida de poder adquisitivo de la moneda junto con el pago de los respectivos intereses desde la fecha en que se hubiere efectuado el pago hasta la fecha en que se haga su devolución por parte de la entidad demandada.

Sexta: Que se condene en costas, incluidas las agencias en derecho y demás gastos que se generen, a la entidad demanda.



Séptima: Que, a título de lucro cesante, se liquiden y reconozcan los intereses corrientes vigentes sobre los gastos en que incurra la accionante, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Octava: Que en el evento de una Sentencia favorable a la parte demandante, se ordene a la parte demandada darle cumplimiento a la misma dentro del término y con sujeción a lo previsto en los artículos 176, 177 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo".

2.5 Hechos relevantes

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante estimó los siguientes:

PANALPINA S.A., en su calidad de Operador de Transporte Multimodal subcontrató a la empresa de transportes, denominada TRANSPORTES JOALCO S.A., para realizar el transporte de un contenedor con quince (15) bultos (carga suelta) que decían ser herramientas eléctricas, en continuación de viaje, cubriendo la ruta Cartagena – Bogotá Deposito DAPSA.

La Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena autorizó el tránsito aduanero de mercancía, mediante continuación de viaje No. 0610407M000126 del 26 de enero de 2007.

La empresa TRANSPORTES JOALCO S.A., designó el vehículo de placas SKI-545, QUE DEBÍA SER CONDUCIDO POR EL SEÑOR JOSÉ MANUEL SANTANA BALLESTEROS, identificado con la cedula No, 79.160.549 de Ubaté Cundinamarca. La fecha límite para finalizar la operación era el 1º de febrero de 2007.

El día 28 de enero de 2007, el vehículo que transportaba la carga fue hurtado, por lo que no llegó a su destino final. Por lo cual se elevó denuncia penal No. 80041 el día 28 de enero de 2007, en la Seccional de Policía de Mariquita – Tolima.

Atendiendo a que parte de la mercancía no llegó a su destino la autoridad requirió a PANALPINA S.A. poner a su disposición el faltante y a pesar de los argumentos que se plantearon por escrito en la contestación de descargos, mediante la Resolución No. 000994 de junio 9 de 2008 se le impuso la sanción prevista en el numeral 3.1.2., artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.



2.6. Normas violadas y concepto de la violación

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Artículos 2, 6, 123, 83 y 228 de la Constitución Política;
- Artículo 4 de Código de Procedimiento Civil
- Artículo 831 del Código de Comercio
- Artículo 35 y 84 del Código Contencioso Administrativo
- Artículo 2 y 509 del Decreto 2685 de 1999;
- Resolución 4240 del 2000

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

La parte actora sostiene que, a través de los actos administrativos demandados la administración violó las disposiciones legales de orden Constitucional, civil, administrativo y aduanero, generando enriquecimiento sin causa a su favor, puesto que dichas resoluciones incurrían en falsa motivación por errónea apreciación de los hechos y las pruebas, faltando a su deber de lealtad, confianza y credibilidad ante los asociados.

Al respecto, invoca como violados los artículos 2, 6, 83, 123 y 228 de la Constitución Política; afirmando que nunca existió la infracción al régimen aduanero y nunca se le causó un daño a la administración, pues la accionante siempre actuó de buena fe, realizando la actividad de transporte bajo absoluta honestidad.

Sostiene que se violaron los artículos 35 y 84 del CCA, así como el art. 831 del CCo., toda vez que la administración está incurriendo en enriquecimiento sin causa a raíz de la expedición de unas resoluciones que se encuentran falsamente motivadas.

Argumenta que, una vez cometida la presunta infracción, la autoridad aduanera cuenta con 30 días para proferir el requerimiento especial aduanero, y que en el caso de marras, ello no ocurrió, por lo que la misma se expidió por fuera de los términos legales.

Agrega que la sanción impuesta desconoció la eximente de responsabilidad representada en la fuerza mayor derivada del hurto de mercancía, lesionando con su pago el patrimonio económico de la sociedad actora, desconociendo la obligación que del artículo 2 Constitucional emana para las autoridades, de



13-001-33-31-013-2008-00173-00

otorgar protección a los bienes y patrimonio de todas las personas residentes en Colombia y los fines esenciales del Estado, como lo es, propugnar por la vigencia de un orden justo, con la consecuente violación del artículo 6 de la misma Carta Política.

Acusa que, de conformidad a cómo sucedieron los hechos en el presente caso, el transporte de mercancía se vio afectado por una circunstancia imprevista e irresistible, como lo fue el hurto por sujetos fuertemente armados que superaron al conductor del vehículo en que se transportaba, no obstante las medidas y previsiones que se adoptaron para garantizar que llegara a su destino.

En ese sentido, agrega que también se violó el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, pues considera que por muy legítimo que sea el ejercicio de la autoridad aduanera, esta debe franquear ante los límites de la posibilidad.

Afirma que la conducta por la cual se sanciona es ajena de la voluntad del transportador, pues obedeció a una causa extraña, por ello, no puede endilgarse responsabilidad alguna. En ese sentido, la conducta es atípica.

En la reforma a la demanda, agrega que, el art. 1 de la Ley 95 de 1890 ha sido interpretado ampliamente por el Consejo de Estado el cual ha mencionado que el hurto de la mercancía constituye una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito, lo que generalmente se denomina, causa extraña. La respecto, invoca en su argumentación, algunos conceptos y pronunciamientos sobre el tema.

1.7. Contestación³

Por medio de auto del 4 de diciembre de 2009⁴ el Despacho de conocimiento declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, por encontrar que se había omitido el pronunciamiento frente a la reforma de la demanda, realizado en tiempo por la entidad accionante. En ese orden de ideas, se dispuso la admisión de la demanda principal, la reforma de la misma y se ordenó la notificación de la DIAN. La fijación en lista se surtió entre los días 8 y 19 de febrero de 2010⁵.

³ Folio 182-185 C. 1

⁴ Folio 179-180 C. 2

⁵ Folio 180 rev C. 1



13-001-33-31-013-2008-00173-00

Mediante apoderado judicial constituido para el efecto, la entidad accionada en este asunto, UAE DIAN, dio constatación a la demanda de manera oportuna⁶, manifestando su oposición a las pretensiones realizadas por PANALPINA S.A., y resaltando la legalidad de los actos acusados, señalando lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus artículos 356, 357, 365, 369, 371, 372, 373, 374 y 531, relativas al incumplimiento de tránsito aduanero, la responsabilidad de las O.T.M, las empresas transportadoras, garantías, duración de la modalidad, ejecución de la operación, finalización de la modalidad.

Manifiesta que la empresa PANALPINA S.A., es responsable de la operación de aduanera, en la medida en que es la signataria y la transportista de la mercancía, y que de acuerdo con las normas aduaneras el transportador tiene a su cargo la obligación de velar por el cumplimiento de la finalización de la continuación de viaje. Además explica, que cuando se produce un incumplimiento en este tipo de obligaciones, se presume un nexo causal negativo entre el resultado y la conducta del agente comprometido a satisfacer la obligación, quien debe proceder a desvirtuar dicho incumplimiento demostrando que sucedió una causa extraña a su gestión, constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

Sostiene, que si el accionante alega el hurto como casual exonerante de responsabilidad, debía demostrar, no solo su ocurrencia, sino que además que el transportador tuvo la adecuada diligencia para evitar que la ocurrencia se produjera y que a pesar de la adopción de las medidas tomadas, el resultado gravoso se dio. Aduce, que la copia de la denuncia solo puede demostrar la existencia del hurto, pero no es prueba suficiente para concluir que se tomaron todas las medidas necesarias para proteger la carga, a efectos de probar la imprevisibilidad del suceso.

Aduce, que el hurto es un hecho completamente previsible, dadas las condiciones actuales de seguridad del país, por lo que no es aceptable, simplemente su ocurrencia, para ser constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

Expone, que no existe enriquecimiento sin causa en este evento y que se actuó de manera justa, toda vez que lo único que se dio fue el cumplimiento de las normas de derecho aduanero, las cuales son imperativas y de obligatorio cumplimiento.

⁶ La contestación de la demanda se presentó el 11 de febrero de 2010



1.8 Contestación del interviniente – Seguros del Estado⁷

Mediante auto del 23 de mayo de 2011⁸, el Juzgado de conocimiento decidió vincular de oficio Seguros del Estado y A Mapfre Crediseguros como terceros interesados en las resultas del proceso, al proceso solo se hizo presente la aseguradora Seguros del Estado, exponiendo lo siguiente:

Con escrito del 12 de abril de 2012, Seguros del Estado SA., manifestó que coadyuvaba las pretensiones de la demanda, alegando la ocurrencia de fuerza mayor y caso fortuito, como causales exonerantes de la responsabilidad administrativa por el hurto de la mercancía.

Invoca, para su defensa, la sentencia del Consejo de Estado del 3 de junio de 1999, en la cual, el Alto Tribunal contencioso Administrativo, considera que el hurto es una constituye una situación configurativa de fuerza mayor y caso fortuito que exime de responsabilidad al transportador, quien se encuentra en imposibilidad de entregar la mercancía en la aduana de destino.

III.- SENTENCIA RECURRIDA⁹

Con providencia calendada el día 29 de marzo 2016, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió negar las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que el requerimiento especial aduanero es un acto de trámite no susceptible de ser demandado ante esta jurisdicción, por lo cual debía declararse la ineptitud sustantiva de la demanda frente a esa pretensión.

Igualmente consideró, que el hecho aducido como justificación por el demandante (Fuerza Mayor – Caso Fortuito) para el incumplimiento de su obligación, no reúne los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad para estructurarlo como un eximente de responsabilidad; evidenciando por el contrario, que la decisión tomada por la administración se encuentra ajustada a derecho.

⁷ Folio 242-246 c/no 2

⁸ Folio 225-226 c/no 1

⁹ Folio 343-361 C/no 2



IV. - RECURSO DE APELACIÓN¹⁰

La parte demandante a través de su apoderado judicial, interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia proferida el 29 de marzo 2016, dentro del término previsto en el artículo 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010 y el artículo 353 del C.P.C.

Disiente de la decisión emitida en primera instancia, y reitera la configuración de la causal de eximente de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito; destacando, que los elementos de la imprevisibilidad y la irresistibilidad se comprenden dentro del hecho hurto que acaeció en la operación de la que da cuenta la demanda.

Manifestó que en el expediente administrativo sí quedaron demostradas las medidas exigibles dentro de su marco de garantía y responsabilidad, tales como la obligatoriedad de que el tránsito del vehículo que transportaba las mercancías se realizara por una empresa competente para ello, con una amplia trayectoria en la materia, observándose una exhaustiva investigación frente a la transportadora, constatándose que la misma se encuentra habilitada por el Ministerio de Transporte y la DIAN para adelantar dicha labor.

Que de lo anterior, se debe entender que PANALPINA S.A., cumplió de manera diligente con sus obligaciones, pues al no tener capacidad para efectuar la actividad de transporte terrestre, encargó de ello a un tercero idóneo para desempeñar la actividad de transporte; actuando de esta manera, bajo los principios de la buena fe, confianza legítima y debida diligencia, confiando siempre que la empresa que debía trasladar la mercancía realizaba los controles debidos

Manifiesta, que PANALPINA confiaba que la transportadora desarrollara su labor, bajo los postulados de la debida diligencia, y así, llevara a cabo los controles necesarios para salvaguardar la integridad de la mercancía transportada.

Finalmente, afirma que la empresa accionante, en cumplimiento del principio de debida diligencia como práctica empresarial, ha establecido protocolos de selección de los proveedores con las normas vigentes.

¹⁰ Folio 363-370 c/no 2



V.- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 24 de junio de 2016, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹¹; y, con providencia adiada en 24 de agosto de 2016, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto¹².

VI.- ALEGATOS

6.1 Alegatos de la parte demandante¹³: La parte apelante describió el traslado para alegar de conclusión, el 8 de septiembre de 2016, en la presente instancia, ratificándose en los argumentos planteados en el recurso de alzada.

6.2 Alegatos de la parte demandada¹⁴: La DIAN describió el traslado para alegar de conclusión, el 9 de septiembre de 2016, ratificándose en los argumentos planteados en el recurso de alzada.

6.3 Ministerio Público: El Ministerio Público no hizo uso de la oportunidad para emitir concepto.

XII. - CONSIDERACIONES

7.1.- Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por PANALPINA S.A., contra la sentencia adiada el 29 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A., sin embargo, se hace claridad, que en esta instancia solo se analizarán los argumentos que constituyen motivo de apelación, en el recurso interpuesto por la empresa accionante.

7.2.- Control de legalidad

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

¹¹ Folio 5 c/no de apelaciones

¹² Folio 7 c/no de apelaciones

¹³ Folio 8-19 c/no de apelaciones

¹⁴ Folio 20 – 25 c/no de apelaciones



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

7.3.- Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 000039 del 28 de marzo de 2008, expedida por la División de Fiscalización Aduanera – Grupo de Infracciones, Administración Especial de aduanas Nacionales de Cartagena (Bolívar), por medio de la cual se formula Requerimiento Especial Aduanero.
- Resolución No. 000994 del 9 de junio de 2008, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a través de la cual se impuso una sanción a PANALPINA S.A., por la suma de \$30.359.000, con fundamento en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.
- Resolución No. 1328 del 29 de julio de 2008, expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a través de la cual se confirmó en grado de reconsideración la Resolución anterior.

7.4- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta la inconformidad expresada por la sociedad actora en su recurso de alzada, el problema jurídico en el presente asunto se contrae a establecer si los actos demandados deben excluirse o no del mundo jurídico, atendiendo el hecho constitutivo de fuerza mayor que invoca la parte demandante – hurto -, como causa extraña que le impidió cumplir con sus obligaciones en calidad de Operador de Transporte Multimodal.

7.5.- Tesis de la Sala

Para la Sala, la sentencia apelada deberá confirmarse en su totalidad, puesto que, según la interpretación razonada de las normas vigentes aplicadas a la situación concreta que se trae a juicio, la pérdida o deterioro de la mercancía objeto de continuación de viaje va a determinar una responsabilidad en cabeza del transportador de la misma, la cual es sancionable de acuerdo con lo establecido en el art. 497 numeral 3.1.2 del Decreto 2685 de 1999.



7.6- Marco normativo y Jurisprudencial

Las sanciones impuestas a los Operadores de Transporte Multimodal, se encuentran fundamentadas en los artículos 372, 374, 389 y 497 numeral 3.1.2 del Decreto 2685 de 1999 y 531 de la Resolución No. 4240 de 2000, que rezan:

ARTÍCULO 372°. Responsabilidad del Operador de transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el operador de transporte multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso.

ARTÍCULO 373°. Garantía. Para responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos y por las sanciones, el operador de transporte multimodal deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La garantía se hará efectiva total o proporcionalmente por el monto de los tributos aduaneros suspendidos y las sanciones generadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.

ARTÍCULO 374°. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la continuación de viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los operadores de transporte multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el operador de transporte multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la aduana de partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía.

(...)

ARTICULO 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

ARTÍCULO 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

(...)



3. En el Régimen de tránsito Aduanero:

3.1 Gravísimas:

3.1.2 No entregar la mercancía al depósito o a la Zona Franca"

El anterior marco normativo determina que los Operadores de Transporte Multimodal bien pueden responder por las sanciones aplicables a los transportadores en el Régimen de tránsito Aduanero, toda vez que, conforme a los artículos 372 a 374 del Estatuto Aduanero, el Operador de transporte multimodal es responsable de la carga autorizada en la Continuación de Viaje respectiva, y con la cual se autoriza el traslado de mercancías extranjeras por dos o más modos de transporte diferentes, en virtud de un único documento de Transporte Multimodal, debiendo cumplir dicho operador de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, esto es, con la entrega física de la mercancía transportada "conforme" y la presentación de los documentos respectivos, en la Aduana de destino, sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por la subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación, de allí que en virtud de la remisión normativa del artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, le sean aplicables las sanciones aduaneras de los transportadores a los Operadores de Transporte Multimodal, y en consecuencia la prevista en Artículo 497 numeral 3.1.2 del Estatuto Aduanero.

Lo anterior sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por la subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación, de allí que en virtud de la remisión normativa del artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, le sean aplicables las sanciones aduaneras de los transportadores a los Operadores de Transporte Multimodal.

Así entonces, quien tenga la calidad de operador de transporte multimodal, y responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debe cumplir de manera correcta con la operación que asume; haciéndose responsable del correspondiente pago de tributos, de mediar la pérdida de la mercancía.

7.6.1 Exoneración al deber de finalizar la operación

Vemos entonces como el contenido de los preceptos transcritos, perfila en forma clara las obligaciones que competen al operador de transporte de la mercadería y los parámetros para la determinación de cumplimiento de la misma. Sin duda, ello no hace nugatoria la evaluación de circunstancias de



13-001-33-31-013-2008-00173-00

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 o la fuerza mayor cuyo fundamento radica en el postulado conforme al cual, nadie está obligado a lo imposible.

En efecto, el artículo 992 del Código de Comercio - modificado. D.E. 01/90, artículo 10 reza:

"Exoneración de responsabilidad del transportador.

*"El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o **tardía de sus obligaciones**, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.*

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos."

Con base en lo estipulado en el artículo anterior, procede analizar las circunstancias eximentes de responsabilidad al transportador, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, pues cae sobre él una presunción de culpa, de la cual sólo puede exonerarse si demuestra una de dos circunstancias:

- Que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada. Decir que la causa del daño le fue extraña, significa que no se originó en actuaciones y omisiones del transportador o de las personas bajo su responsabilidad, sino en hechos de terceros, por ejemplo: saqueo o hurto; o de la naturaleza, como un rayo o un terremoto. El hecho que ocasiona el daño debe tener, por consiguiente, causas externas al sujeto de la obligación.
- Adicionalmente, para exonerarse de responsabilidad, el transportador debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por



13-001-33-31-013-2008-00173-00

consiguiente, le compete demostrar que el hecho que ocasiona el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador. Ello indica que, a pesar de no incluirse en forma explícita la causal de fuerza mayor o caso fortuito, es evidente que, atendiendo a los principios generales de las obligaciones, sus elementos se encuentran implícitos en la normatividad comentada.

Puede entonces, afirmarse que quienes intervienen en la operación aduanera, adquieren una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias. Frente a este último aspecto, cabe señalar que la responsabilidad de la empresa transportadora se deriva de la intervención de ésta en la operación, esto es, la declaración de la mercancía ante la autoridad aduanera y el posterior traslado de la misma a la Aduana de Destino.

7.6.2 Fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad

Ahora bien, respecto a la fuerza mayor o caso fortuito, contemplado como eximente de responsabilidad, y alegado por la sociedad actora, resulta conveniente analizar, lo que sobre este asunto ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero)¹⁵, así:

"... En este orden de ideas, la pretensión de alegar el hecho de la naturaleza como factor exonerante de la obligación del transportador, impone a este probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, en cuanto a causa del incumplimiento, pues como lo ha puesto de relieve esta misma Sala, precisamente a propósito de la responsabilidad del transportador que aduce el hecho de un tercero como causal de fuerza mayor, "... para exonerarse de responsabilidad, el transportador debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente le compete demostrar que el hecho que ocasiona el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

"... En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador..."

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero)



13-001-33-31-013-2008-00173-00

Doctrinalmente sobre la fuerza mayor se tiene que es una situación universalmente aceptada como causal eximente de responsabilidad, instituto que emerge como el desarrollo del principio de derecho que "nadie está obligado a lo imposible". Cuando se presenta esta situación se rompe el nexo causal trayendo como consecuencia la inexistencia de la conducta.

Esta se define en palabras del tratadista Jaime Ossa Arbeláez¹⁶, "como el acontecimiento impeditivo que tiene origen en hechos de la naturaleza y aún en los actos del hombre cuando estos sean obra de un tercero". Este hecho resulta una traba insalvable para el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, para que se pueda estructurar el fenómeno de la fuerza mayor es necesario que se encuentren los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad, a su paso la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

*"la fuerza mayor debe ser: 1) Exterior: Esto es que "está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor". 2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho". 3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien delega, era imposible pronosticarlo o predecirlo."*¹⁷

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar conforme a lo probado en autos, las circunstancias puntuales en las que ocurre la infracción que tuvo por demostrada la DIAN, analizando la Sala la viabilidad de aplicar el principio de favorabilidad que invoca el apelante, y que a su vez resolverá el interrogante en torno a si se dieron o no los supuestos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, las consecuencias que señalan las normas que arriba quedaron transcritas.

8.6.- Caso Concreto

PANALPINA S.A., es la operadora de transporte multimodal a quien se le encargó el traslado de mercancía procedente del exterior hasta la Ciudad de Bogotá, destino de la misma, según consta en la Continuación de Viaje, con No., de aceptación 06070001396 del 5 de enero de 2007¹⁸.

¹⁶ Derecho Administrativo Sancionador. "Una Aproximación Dogmática" Editorial Legis año 2009 pág. 319 – 320.

¹⁷ C.E. Sección Tercera Sentencia 07506 del 04/02/26. Ponente: GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Actor: ROSA ELVIRA BENAVIDES DE MUÑOZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE ANCUYA

¹⁸ Folio 59 c/no 1



13-001-33-31-013-2008-00173-00

En el mismo documento, se deja constancia de que la Empresa OTM PANALPINA S.A., subcontrató a TRANSPORTES JOALCO S.A; la carga estaba compuesta por 15 bultos carga suelta, con 3248 Kg de peso, y recinto No. 017518. La fecha límite de la operación era el 01 de febrero de 2007.

De acuerdo con lo consignado en la Resolución No. 039 de marzo de 2008, visible a folio 7-14 del C/no 1, se tiene que, con escrito radicado el 30 de enero de 2007, la Directora Operativa del Departamento de Tráfico y Seguridad de Transportes Joalco informó lo siguiente:

"lamentamos informarles que el pasado domingo 8 de enero de 2007, a las 8 de la mañana, en el sitio denominado la Bomba Móvil de Caracolí en Jurisdicción de HONDA, no fue hurtado el vehículo de placas SKI 545 el cual transporta la ruta Cartagena – Bogotá, transportando las OTM No. 0610407M000124 - 0610407M000125 - 0610407M000126 - 0610407M000127, con destino final DEPOSITO HABITADO DAPSA BOGOTÁ"

Reposa a folio 43-48 del mismo cuaderno, copia simple de diligencia de denuncia ante la Estación de Policía del Municipio de Mariquita – Tolima, de fecha 28 de enero de 2007, a las 11 horas, en la cual comparece el señor JOSÉ MANUEL SANTANA BALLESTERIOS, identificado con la cedula No. 79.160.549 de Ubaté – Cundinamarca, conductor del vehículo hurtado, quien manifestó:

"hoy, siendo aproximadamente las 08:00 horas, por el reporte de Joalco, situado en la bomba móvil de caracolí, donde se subió un muchacho, el cual me manifestó que lo llevara hasta el municipio de Honda Tolima, confiriéndole que después de que me reportara, inmediatamente se subió al carro y me dio un arma, al parecer revolver y me dijo siga, que lo está esperando el patrón, al parecer amenazado seguí, junto con el muchacho, hacia la vía a Bogotá, cruzando el puente sobre el río Magdalena en honda, cruzando puerto Bogotá, se me atravesó una camioneta negra, cuatro puertas, de donde se bajaron cuatro sujetos, el que iba conmigo, se colocó una bolsa negra en la cabeza y me bajó del vehículo, subiéndome a la camioneta, desconociendo el rumbo, aproximadamente 30 minutos después, me bajaron de la camioneta, me metieron dentro del monte, donde caminamos unos 200 metros, luego me hicieron acostar en un potrero o monte, donde me amarraron de pies y manos, quitándome la bolsa, sin lograr observar a ningún sujeto, pasando una hora, oí un ruido de una persona que me dijo ya vengo, no se vaya a soltar no a gritar porque lo matan, dejé trascurrir un largo tiempo como una hora más y como pude inicié a soltarme, haciendo todos los movimientos posibles me solté, enseguida me relajé un poquito y seguí caminando hacia donde escuchaba el ruido de los carros, saliendo a la vía que conduce al municipio de la Dorada Caldas, donde me recogió un vehículo blanco, y me trasladó hasta el puesto de control de Joalco de Caracolí, donde di la información a una muchacha que se encontraba en el puesto de control manifestándole el hurto del vehículo, quienes informaron a la central en Bogotá, siendo aproximadamente las 11:30 horas, en este lugar me encontré con el señor Jhon Robles Castro, quien era el escolta del vehículo y el



13-001-33-31-013-2008-00173-00

comenzó a preguntarme y fue cuando se conoció que el vehículo lo habían visto por los alrededores de Mariquita, encontrándonos la patrulla de Policía, quienes manifestaron que el vehículo lo tenía el DAS de Mariquita, trasladándonos al lugar. Es de anotar que cuando me bajaron del camión, les manifesté que llevaba unos pales, contestándome cálese HP que ya sabemos que es lo que lleva. Cuando llegamos al DAS, observamos el vehículo hurtado, notando que fue hurtada la mercancía transportada la cual tiene un avalúo de \$370.000.000, la cual estaba conformada por elementos 19 bultos de herramientas eléctricas, 03 bultos de neumáticos, 02 bultos de esencia de melocotón y maquinaria. El sujeto que me abordó era un joven de aproximadamente 25 a 30 años, delgado, piel color café, cabello color negro, sin bigote ni barba, sin más datos, los otros tipos no logré observarlos porque ya estaba tapado la cabeza (sic) y la cara con una bolsa plástica. No me manifestaron pertenecer a algún grupo delincuencia, además el vehículo venía escoltado pero no pude informar o alertar a la persona que escoltaba el automotor. El vehículo venía escoltado pero yo adelanté dos mulas y en ese momento él se quedó porque no alcanzó adelantarlas y fue cuando pare para reportarme que es obligatorio, fue cuando el sujeto me abordó. Después no volví a ver al vehículo de la empresa. Así mismo me hurtaron dos celulares, número 3112891473 y 3134962156 de marca Nokia Y 400.000, Elementos y dinero de mi propiedad”

Lo anterior en conjunto indica que se demuestra la ocurrencia del hurto, sin embargo, esa circunstancia por sí sola no constituye una causal exonerativa de responsabilidad respecto del Operador de Transporte Multimodal, pues como se explicó en el acápite anterior, se debe tener especial cuidado en verificar que el hurto fue irresistible e imprevisible.

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

De la revisión del plenario, se tiene que, tal y como lo advirtió la Juez a quo en la providencia de primera instancia, al proceso no se trajeron las pruebas destinadas a demostrar las medidas de seguridad que se implementaron para el cuidado de la carga transportada, pues, a pesar de que el conductor del vehículo en el que viajaba la mercancía manifestó, en su denuncia, que contaba con servicio de escolta, y que la empresa maneja unos puestos de control durante el trayecto a Bogotá, lo cierto es que en el proceso no existe ninguna otro documental que ratifique tales afirmaciones, quedando las mismas como meras enunciaciones.

De igual forma, llama la atención de este Tribunal, que en la versión rendida por el conductor del automotor que transportaba la mercancía, este deja entrever que una persona desconocida para él le solicitó que lo transportara hasta otro municipio, a lo que, confiadamente, el referido conductor aceptó, siendo



13-001-33-31-013-2008-00173-00

precisamente ésta persona quien tenía planeado realizar las maniobras intimidatorias previas al hurto de la mercancía.

La anterior conducta, resulta en un desafortunado e ingenuo actuar del conductor del vehículo hurtado – reprochable además – por cuanto éste, pese a tener la custodia y el cuidado de la mercancía, accedió a transportar a una persona ajena a la operación aduanera, sin ser él un prestador de servicio de transporte público.

Resalta la Sala que, en el evento de que la mercancía, al momento del hurto, hubiera contado con el servicio de escolta; o de haberse implementado un sistema de monitoreo y control continuo durante el recorrido vial hasta la ciudad de Bogotá (como la implementación de GPS o cualquier otro sistema de rastreo), tal vez habría sido posible evitar el resultado lesivo para la administración y la empresa OTM; en caso contrario, es decir, en el evento de no poderse evitar el hurto habiéndose implementado un buen mecanismo de seguridad, quedaría claramente demostrado para esta Corporación la ocurrencia de un caso de fuerza mayor o caso fortuito.

Para la Sala, tal y como lo consideró la Jueza *a quo*, no se encuentra demostrado en este caso que el hurto hubiera sido un hecho imprevisible o irresistible a PANALPINA S.A., como responsable de la mercancía, pues el sólo hecho de ejercer la actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional exige que se tomen todas las medidas de seguridad del caso, más aun ante la ampliamente conocida situación de orden público y delincuencia que se vive en todo el país.

Como quedó entonces evidenciado en el plenario, las medidas de seguridad con las que se afirma haber contado la operación específica de la que da cuenta la demanda, de manera que el único panorama que se abre, es que la empresa de transporte multimodal no fue lo suficientemente diligente, sin que de acuerdo con la normatividad que quedó expuesta resulte viable hacer responsable el transportador subcontratado.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por injustos ni desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición normativa que sirvió de fundamento a su decisión.



13-001-33-31-013-2008-00173-00

En resumen, descartados los argumentos de primera instancia, habrá de concluirse que no se configura la violación de las normas invocadas para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, ni se demostró la causal eximente de responsabilidad alegada.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión apelada, y así se declarará.

IX.- CONCLUSIÓN

Como corolario de todo lo expuesto, se concluye que, si es responsabilidad del transportador multimodal el cuidado de la mercancía a él encomendada, y la pérdida de la misma acarrea sanciones económicas que solo pueden ser eludidas, si se prueban circunstancias exonerantes de la responsabilidad, como lo es el caso fortuito y la fuerza mayor.

En ese sentido, se encuentra que la ocurrencia del hurto no es suficiente para tener por demostrada una causal eximente de responsabilidad pues lo que se encuentra en discusión no es el hecho delictivo, sino la acreditación ante la administración y ante esta instancia judicial, de aquellos elementos que permiten configurar la fuerza mayor en el caso concreto.

Así las cosas, al no encontrarse probados los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, se impone para esta Corporación la obligación de confirmar en su integridad la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

X. 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.

XI. DECISIÓN

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

XII. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, en fecha 29 de enero de 2016, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 00 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ