

13-001-33-40-014-2016-00456-01

**Cartagena de Indias D.T y C., trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-40-014-2016-00456-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>S.P. Ingenieros S.A.S antes SUELOS PROYECTOS EXPLANACIONES S.A.</b>
<b>Demandado</b>	<b>DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL</b>
<b>Tema</b>	<b>INCUMPLIMIENTO DE IMPORTACIÓN TEMPORAL A LARGO PLAZO.</b>

*TURNO AL DESPACHO: 09 DE MARZO DE 2018*

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia No. 077 de fecha Quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA.**

#### **1.1.1. Pretensiones**

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de la Resolución No. 1838 del 6 de diciembre de 2013, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, por medio del cual se impuso una sanción a los declarantes en el régimen de importación y de la resolución 430 del 6 de marzo de 2014, por medio del cual se resolvió el recurso de reconsideración.

Solicita la accionante, a título de restablecimiento, declarar que la sociedad S.P. INGENIEROS S.A.S. no incurrió en ninguna infracción a la legislación aduanera, ni es responsable de la sanción impuesta por no estar expedida ni liquidada de acorde a la ley.

Requiere el apelante, a título de restablecimiento, el reintegro de las sumas que se han pagado o se llegaren a cancelar con ocasión de la resolución No. 1836 del 6 de diciembre de 2013, por parte de la accionante, sumados a lo que por concepto de indexación e intereses haya lugar a reconocer, de conformidad con las variaciones certificadas por el DANE.

13-001-33-40-014-2016-00456-01

Que se declare la terminación de la modalidad de importación temporal correspondiente a la Declaración de Importación en mención o en su defecto se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que proceda a declararla.

Que se ordene a la DIAN, la cancelación y devolución de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. M-100000960 de la Compañía Mundial de Seguros.

### **1.1.2. Hechos.**

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- Se señala que la sociedad SUELOS PROYECTOS EXPLANACIONES S.A., presentó ante la DIAN, Seccional Cartagena, la Declaración de Importación con aceptación No. 062007100191781 del 17 de julio de 2007 y autoadhesivo No. 238310112377753 de ese mismo día, bajo la modalidad S230, importación temporal de mercancía en arrendamiento para reexportación en el mismo estado, con un número de 8 cuotas. Dicha declaración de importación obtuvo levante el 25 de julio de 2007, por tanto, el término de dicha importación vencía el día 25 de julio de 2011, la mercancía importada fue una excavadora hidráulica sobre orugas marca Caterpillar modelo 330DL. La póliza de cumplimiento de disposiciones legales fue la No. 100000960 expedida por la Compañía Mundial de Seguros con vigencia hasta el día 29 de julio de 2011.
- Se relata que la maquina se encontraba adelantando labores de excavaciones en la obra Pescadero-Ituango, desde el 11 de noviembre de 2009 y el 18 de enero de 2011, encontrándose en el kilómetro 8+720 del frente en medio de San Andrés, en la actividad de retirar rocas de un derrumbe que se había presentado en horas de la mañana, fue impactada la retroexcavadora por una roca, causándole daños al motor, dejando la máquina inmovilizada. Se aclara que en un segundo derrumbe la maquinaria quedó totalmente cubierta, por lo que sus restos fueron trasladados a las instalaciones de la empresa Gecolsa S.A., que presentó un informe técnico sobre los daños sufridos por la excavadora el día 4 de marzo de 2011, y suministró una cotización por sus servicios y reposición.

**13-001-33-40-014-2016-00456-01**

- Se expresa que ante la destrucción total de la excavadora, la importadora reclamó ante la compañía de seguros el día 17 de marzo de 2011 y el día 06 de abril de esa anualidad solicitó indemnización por pérdida total, la aseguradora reconoció el valor total de la máquina por este concepto.
- Se precisa que el día 6 de mayo de 2011, la empresa SP INGENIEROS S.A.S. informó a la División de Gestión de Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Cartagena sobre los hechos ocurridos con la finalidad de dar por terminado la modalidad de importación temporal, solicitud que fue negada por oficio No. 1-48-201-245-01510 del 19 de julio de 2011, argumentando que no se encuentra probado ante esa entidad que el bien se encuentre totalmente destruido y menos que haya acaecido por fuerza mayor o caso fortuito.
- El 23 de agosto de 2011, se solicitó nuevamente terminar la modalidad de importación temporal, petición que fue contestada el día 19 de septiembre del mismo año, aduciendo que para la fecha se encontraba recibiendo la jefatura de la División y se estaría revisando la información sobre el caso para luego dar una respuesta, pero nunca se recibió la respuesta indicada.
- El día 30 de septiembre de 2013, la División de gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena profirió Requerimiento Especial Aduanero No. 00336 en la que propone dar aplicación a la sanción del Decreto 2685 de 1999, contenida en el numeral 1.3 del artículo 482.1 sumado a una cantidad que asciende a \$70.856. 584. oo más los intereses que se llegaren a causar, oficio que fue respondido inmediatamente esbozando las razones de improcedencia para esta decisión.
- Se enuncia que la División expidió la resolución No. 1838 del 6 de diciembre de 2013, imponiendo la sanción al declarante en el régimen de importación, decisión ante la cual se interpuso el recurso de reconsideración, decisión que fue confirmada mediante resolución No. 430 del 6 de marzo de 2014.

### **1.1.3. Normas violadas**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 156, 471 y 150 del Decreto 2685 de 1999; artículo 1061 del Código de Comercio;

13-001-33-40-014-2016-00456-01

artículo 23 de la Constitución Política; artículo 428 del Estatuto Tributario y Resolución No. 007 de 2008.

#### **1.1.4. Concepto de la violación**

Alega que los actos vulneran el artículo 156 del Decreto 2685 de 1999, porque en el caso se cumplen de manera concurrente las condiciones de imprevisibilidad, irresistible e inimputabilidad.

Acreditada la destrucción por fuerza mayor o caso fortuito del bien sometido a importación temporal, procedía la terminación de la modalidad y la cancelación y devolución de la garantía, sin proceder el cobro de tributos, ni la imposición de sanción alguna.

Se vulnera el artículo 471 del Decreto 2685 de 1999, porque se afirmó que no se había demostrado la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, sin explicar por qué esa consideración, sin análisis probatorio en los actos acusados. Ello resulta violatorio del derecho al debido proceso y de defensa, ya que se desconocieron los argumentos de debate.

Resalta que se allegaron las pruebas que acreditan la destrucción del equipo por fuerza mayor o caso fortuito, ninguno de los cuales ha sido tachada o desvirtuada por la autoridad aduanera.

Se vulnera el artículo 1081 del código de comercio, relativo a la prescripción del contrato de seguros, toda vez que el asunto en comento, el supuesto incumplimiento de la obligación garantizada habría tenido lugar el 25 de julio de 2011, fecha en la cual se vencía el término para finalizar la modalidad de importación temporal a largo plazo, es decir, a partir de esa fecha se contaba el término de prescripción de la acción.

Al iniciarse el procedimiento el 30 de septiembre de 2013, con el requerimiento especial aduanero, se produjo la prescripción de las acciones emanadas de la póliza, ya que para esa fecha habían transcurrido más de dos años y no se había expedido la resolución que declare el incumplimiento.

Se viola el derecho de petición al no dar respuesta a la solicitud formulada el 23 de agosto de 2011, frente a la cual solo se señala que se informó que se dará una respuesta luego de revisarse la información del caso.

**13-001-33-40-014-2016-00456-01**

Se infringe el artículo 428 del estatuto tributario, porque la importación temporal de maquinaria pesada se encuentra excluida del impuesto sobre las ventas, por tanto, no es entendible que frente a la maquinaria en comento habiendo informado oportunamente la terminación de la modalidad se calcule IVA y se establezca un valor a pagar, ello solo aplicaría con cambio de modalidad.

También señala frente al artículo 150 del Decreto 2685, su vulneración, porque se afirma en las resoluciones que el importador no finalizó oportunamente la modalidad, al no hacerla antes del vencimiento, pero olvida que dicho artículo prescribe que la terminación de la importación temporal se surtirá mediante la modificación de la declaración de importación temporal a ordinaria, cuando se ejerza la opción de compra y en el presente asunto ante la destrucción de la mercancía no se ejerció dicha opción, por tanto, no existe la causal para exigir la modificación.

Por último, aduce violada la resolución 007 de 2008, toda vez que acorde con dicha norma la competencia no radica en la seccional donde se presentó la declaración de importación, sino en la dirección seccional con competencia en el domicilio del presunto infractor o usuario, es decir, Medellín; por tanto, la dirección de Cartagena, no era la competente para adelantar la investigación que dio lugar a la expedición de los actos acusados.

## **2. LA CONTESTACIÓN**

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, presentó sus reparos a las acusaciones de la demanda, por medio de apoderado judicial y dentro de los términos legales.

En su escrito señala que revisado el contrato leasing internacional, se encuentra en el capítulo titulado “otras obligaciones de la arrendataria”, que dentro de los 120 días siguientes a la fecha de terminación del año fiscal, los auditores de la compañía deberán certificar el cumplimiento del plan minero de la Mina La Francia; cuando se presenta la declaración de importación, se indica en la parte de la descripción de la mercancía “Maquinaria pesada con destino a la industria de la minería y que utilizaremos única y exclusivamente en la explotación de carbón”, y en la certificación de la maquinaria pesada entregado por el Ministerio de Industria y Turismo de Colombia a la demandante, se indica que se informó que sería utilizada para la extracción del material estéril en la explotación de carbón y para el cargue de ese mineral

13-001-33-40-014-2016-00456-01

a los camiones, labor que se desarrollaba en la mina La Francia, ubicada en el corregimiento La Loma del Municipio de El Paso (Cesar).

Con ello se demuestra que si había un uso restringido de la maquinaria y no existe solicitud de cambio de ubicación, por lo tanto, no es de recibo y no podría prosperar la afirmación de la demanda relacionada con la vulneración del artículo 156 del estatuto aduanero, consistente en que no establece ninguna prohibición, ni limitación para que dicha maquinaria pueda utilizarse en otras obras de interés del importador.

La DIAN, no acepta la aseveración que no se fundamentó el desconocimiento de la causal de fuerza mayor o caso fortuito, pues, siempre se demostró que en los hechos, no se dieron los elementos constitutivos para ello, como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Ante la prescripción de la acción para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, asegura que esta se encuentra determinada por el término de la vigencia del seguro, en consideración a que las obligaciones contraídas en virtud de dicho régimen pueden configurar un incumplimiento y por tanto la ocurrencia del siniestro, en cualquiera de los momentos estipulados, bien para el pago de las cuotas de los tributos aduaneros o al final, cuando sea necesario terminar el régimen de importación.

Con relación al derecho de petición acepta que por error involuntario se omitió dar respuesta, sin embargo, se debe tener en cuenta los correos electrónicos de la entidad para aclarar la solicitud de terminación de la importación temporal y que dicha omisión estuvo desprovista de intención de daño.

En cuanto a la causación o no de impuesto sobre las ventas indica que el mismo artículo 428 del estatuto tributario contempla que para acceder a la exoneración, el declarante debe cumplir con la permanencia de la maquinaria importada dentro del patrimonio del importador durante el término de su vida útil, sin que pueda cederse su uso a terceros a ningún título, salvo cuando la cesión se haga a favor de una compañía de leasing con miras a obtener financiación a través de un contrato de leasing. En caso de incumplimiento, el importador deberá reintegrar el impuesto sobre las ventas no pagadas más los intereses moratorios a que haya lugar y una sanción equivalente al 5% del valor FOB de la maquinaria, en síntesis, concluye que con

13-001-33-40-014-2016-00456-01

ocasión del cambio de la modalidad, sea por voluntad del declarante o de oficio se debe cancelar IVA.

Finaliza el escrito asegurando que de conformidad con la resolución No. 007 de 2008 numeral 7 artículo 1, proferida por la DIAN, es la competente para conocer del presente asunto.

### **3. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia de fecha quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena se resolvió negar las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto demandado se ajusta a la normatividad vigente, toda vez que no se logró acreditar la causal de terminación de importación temporal dentro del marco de la fuerza mayor o caso fortuito que exige el artículo 156 del Decreto 2685 de 1999, se le dio la razón a la accionada al ordenar el pago de una sanción y del impuesto sobre las ventas, y declaró probada de oficio la falta de legitimación material en la causa por pasiva, en torno a la pretensión relacionada con la póliza de cumplimiento No. M-1000000960 de la Compañía Mundial de Seguros.

### **4. Recurso de apelación**

La sentencia proferida en primera instancia en el proceso de la referencia, fue apelada por la parte demandante mediante escrito radicado el día 27 de septiembre de 2017, solicitando la revocatoria de la misma, por cuanto no se apreciaron en debida forma los argumentos y las pruebas que sustentaron las pretensiones de la accionante.

Insiste el demandante en que se desestimó la fuerza mayor o el caso fortuito, como causal de la pérdida total de la mercancía, sin dar las explicaciones debidas; no se valoró adecuadamente la falta de competencia de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena dentro del asunto; se desconoció sin argumentó sólido la falta de legitimación en la causa material por pasiva y no se hizo ningún pronunciamiento sobre la violación del derecho de petición a la parte demandante.

### **5. Trámite procesal segunda instancia**

Mediante auto de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

13-001-33-40-014-2016-00456-01

Mediante auto de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **6. Alegaciones**

La parte demandante presentó alegatos de conclusión de segunda instancia, el día 11 de diciembre de 2018.

La entidad demandada, la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales DIAN, presentó alegatos de conclusión, el día 18 de diciembre de 2018.

## **7. Concepto del ministerio público**

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **3.1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

### **3.2. ASUNTO DE FONDO**

#### **3.2.1. Problema jurídico.**

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en los siguientes cuestionamientos:

1.- *Determinar si la Dirección de Aduanas Seccional Cartagena tenía la competencia para proferir la resolución 1838 del 6 de diciembre de 2013, por medio de la cual se le impuso una sanción a la parte demandante y de ser competente establecer si hay lugar a declarar su nulidad junto a la resolución 430 del 6 de marzo de 2014, que resolvió el recurso de reconsideración, por violación a las normas en que debían fundarse?*

2.- *Establecer si hay lugar a declarar la nulidad de lo decidido respecto a hacer efectiva la póliza No. M-100000960, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A.?*

### **3.3. Tesis de la Sala**

La Sala sostendrá para el primer problema jurídico, que la competente para adelantar el proceso sancionatorio era la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, debido al origen de la sanción impuesta; y respecto a declarar la nulidad y el restablecimiento del derecho de la resolución No. 1838 del 6 de diciembre de 2013 y la No. 430 del 6 de marzo del 2014, que carece de fundamento jurídico, por cuanto no se acreditó los elementos fundamentales de la fuerza mayor o el caso fortuito para ser considerados como eximentes de responsabilidad como lo son la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la inimputabilidad. Argumento por el cual se desestimarán los cargos y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Respecto al segundo problema jurídico, el Despacho encuentra que el contrato de seguro de cumplimiento que aquí nos convoca, es del tipo de contrato que se celebra por cuenta de un tercero, cuya característica principal es que al tomador le incumben las obligaciones y al tercero le corresponde el derecho a la prestación asegurada, que corresponde al interés asegurable. En el sub judice, el demandante quien funge como tomador del contrato de seguro, no logró demostrar la legitimación en la causa material por pasiva, pues la dueña del patrimonio en riesgo es la entidad pública y es ella la única que está llamada a ejercer la legitimación material por activa, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en este sentido.

## **4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.**

### **4.1 Competencia de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena.**

13-001-33-40-014-2016-00456-01

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, emitió el 04 de noviembre de 2008, la resolución No. 007, por medio del cual se determina la competencia funcional y territorial de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en dicha normativa en el artículo 7 se puede leer lo siguiente:

*"7. La competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario.*

*Exceptúense de lo dispuesto en el inciso anterior los siguientes procesos administrativos:*

*7.1. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Resolución 4387 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que deban adelantarse por situaciones advertidas en ejercicio del control previo o simultáneo a las operaciones de comercio exterior, en los regímenes de importación, exportación y Tránsito Aduanero, en cuyo caso la competencia corresponde a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas o de Aduanas en la que se haya presentado la declaración de importación, de exportación o autorizado el tránsito. "*

Como vemos, en primera medida se establece una competencia general en cabeza de la dirección seccional del domicilio del presunto infractor o usuario, sin embargo, se establece como excepción, una serie de circunstancias relacionadas con operaciones de controles de comercio exterior en regímenes de importación, exportación y otros.

#### **4.2. Modalidad de importación temporal y su terminación.**

Teniendo en cuenta que el asunto materia de estudio se enmarca en la modalidad de importación temporal de mercancías en arrendamiento para reexportación en el mismo estado, resulta pertinente traer a colación, primeramente, el artículo 142 del Decreto 2685 de 1999, referente a la modalidad de importación temporal, el cual dispone:

*"ARTICULO 142. IMPORTACIÓN TEMPORAL PARA REEXPORTACIÓN EN EL MISMO ESTADO. Es la importación al territorio aduanero nacional, con suspensión de tributos aduaneros, de determinadas mercancías destinadas a la*

13-001-33-40-014-2016-00456-01

*reexportación en un plazo señalado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal originada en el uso que de ellas se haga, y con base en la cual su disposición quedará restringida.*

*No podrán importarse bajo esta modalidad mercancías fungibles, ni aquellas que no puedan ser plenamente identificadas... "*

Igualmente nos remitimos a lo normado en el artículo 145, en cuanto a la importación a largo plazo, teniendo en cuenta que de acuerdo con la declaración de importación se estableció como código de modalidad S230, que de acuerdo con la cartilla hace parte de este tipo. Dicho artículo señala:

*"ARTICULO 145. DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN TEMPORAL DE LARGO PLAZO. En la Declaración de Importación temporal de largo plazo se liquidarán los tributos aduaneros en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a las tarifas vigentes en la fecha de su presentación y aceptación y se señalará el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional.*

*Los tributos aduaneros así liquidados se distribuirán en cuotas semestrales iguales por el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional. Las cuotas se pagarán por semestres vencidos, para lo cual se convertirán a pesos colombianos a la tasa de cambio vigente, para efectos aduaneros en el momento de su pago. "*

De otro lado con respecto de aquellas importaciones temporales que no causan impuestos el Estatuto Tributario, señala:

*"ARTICULO 428. IMPORTACIONES QUE NO CAUSAN IMPUESTO. Las siguientes importaciones no causan el impuesto sobre las ventas:*

*(. ..)*

*e. <Literal modificado por el artículo Q de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:>*

*La importación temporal de maquinaria pesada para industrias básicas, siempre y cuando dicha maquinaria no se produzca en el país. Se consideran industrias básicas las de minería, hidrocarburos, química pesada, siderurgia, metalurgia extractiva, generación y transmisión de energía eléctrica y obtención, purificación y conducción de óxido de hidrógeno. El concepto de maquinaria pesada incluye todos los elementos complementarios o accesorios*

13-001-33-40-014-2016-00456-01

*del equipo principal. "*

Del contenido de dicha norma se tiene que, cuando se trata de importación de determinada maquinaria que no se produce en el país, para las industrias de la minería, hidrocarburos, química pesada, siderúrgica, metalurgia extractiva, generación y transmisión de energía eléctrica y obtención, purificación y conducción de óxido de hidrógeno, no causa impuesto sobre las ventas.

Dado al hecho de que la presente Litis gira en torno a la forma correcta de terminación del régimen de importación temporal a largo plazo para reexportación en el mismo estado, el decreto 2685 de 1999, en su artículo 156, establece las causales, así:

"ARTICULO 156. TERMINACIÓN DE LA IMPORTACIÓN TEMPORAL. La importación temporal se termina con:

- a) La reexportación de la mercancía;
- b) La importación ordinaria o con franquicia, si a esta última hubiere lugar;
- c) La modificación de la declaración de importación temporal a importación ordinaria realizada por la Administración de Aduanas o de Impuestos y Aduanas competente en los términos previstos en el artículo 150 del presente decreto;
- d) **La destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito demostrados ante la autoridad aduanera;**
- e) La legalización de la mercancía, cuando a ella hubiere lugar. "(Negrilla fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que, en el presente asunto, se alega la configuración de la causal d, es procedente remitirnos a lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia del 03 de junio de 2010, en torno al caso fortuito y la fuerza mayor:

"Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus **dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.**"

"La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo".

**“y la irresistibilidad**, como lo dice la misma sentencia, “el hecho [. ..] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser **fatal, irresistible, incontestable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias**”.

“En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos.

Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon.”

“Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara esto es irresistible”

Así mismo, la Corporación ha establecido un tercer requisito para la configuración de la fuerza mayor: la exterioridad de la causa extraña.

(. ..) en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que **aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad**, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, **a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de**

13-001-33-40-014-2016-00456-01

**responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva**, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada". (Subrayas de la Sala)

De esta forma, los tres requisitos para que sea procedente admitir la configuración de la fuerza mayor son: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado.

En cuanto a la modificación de la modalidad, el mismo estatuto, en su artículo 150, consagra:

"ARTICULO 150. MODIFICACIÓN DE LA MODALIDAD. Cuando en una importación temporal se decida dejar la mercancía en el país el importador deberá, antes del vencimiento del plazo de la importación temporal, modificar la declaración de importación temporal a importación ordinaria o con franquicia y obtener el correspondiente levante o reexportar la mercancía, pagando, cuando fuere del caso, la totalidad de los tributos aduaneros correspondientes a las cuotas insolutas, los intereses pertinentes y la sanción a que haya lugar.

(...)

En caso de importaciones temporales a largo plazo, se proferirá acto administrativo declarando el incumplimiento y ordenando hacer efectiva la garantía en el monto correspondiente a las cuotas insolutas, más los intereses moratorios y el monto de las sanciones correspondientes previstas en el artículo 482-1 del presente decreto, dentro del proceso administrativo previsto para imponer sanciones. Ejecutoriado el acto administrativo, copia del mismo se remitirá a la jurisdicción de la Administración de Aduanas o de Impuestos y Aduanas que otorgó el levante a la declaración inicial para que proceda a proferir de oficio la modificación a la Declaración de importación temporal a importación ordinaria, a menos que el importador compruebe que en dicho lapso reexportó la mercancía.

La terminación de las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento a iniciativa del importador mediante la modificación de la declaración de importación temporal a ordinaria, se surtirá cuando se ejerza la opción de compra. De no hacerlo el importador, la modificación se surtirá

13-001-33-40-014-2016-00456-01

*de oficio con la copia del acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se imponga la sanción por no terminación de la modalidad, el cual será remitido a la jurisdicción de la Administración de Aduanas o de Impuestos y Aduanas que otorgó el levante a la declaración inicial.*

(...)

*PARÁGRAFO 2o. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá modificar de oficio la declaración de importación temporal a largo plazo para reexportación en el mismo Estado cuando se determine el incumplimiento en el pago de las cuotas causadas y debidas hasta la mitad del plazo señalado en la declaración de importación.*

*Así mismo, podrá hacer efectiva la garantía para el cobro de los tributos aduaneros, cuando tratándose de mercancías en arrendamiento se determine el incumplimiento en el pago de las cuotas causadas y debidas al vencimiento del término para la cancelación de la cuota correspondiente a la mitad del quinto año de que trata el artículo 153 del presente decreto. "*

Ahora bien, en cuanto a la sanción que se impone al demandante, nos remitimos a lo normado en el artículo 482-1 *ibídem*, que dispone:

*"ARTÍCULO 482-1. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DECLARANTES EN EL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN TEMPORAL PARA REEXPORTACIÓN EN EL MISMO ESTADO. 1.1 No terminar la modalidad de Importación Temporal para reexportación en el mismo Estado antes del vencimiento del plazo de la importación y no pagar oportunamente las cuotas de los tributos aduaneros.*

*La sanción aplicable será de multa equivalente al cinco por ciento (5%) del valor FOB de la mercancía convertido a la tasa de cambio representativa del mercado del día del vencimiento del plazo para modificar la modalidad de importación temporal, más el cinco por ciento (5%) del valor de la cuota incumplida convertido a la tasa de cambio representativa vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago de la cuota incumplida.*

*1.2 No pagar oportunamente la cuota de los tributos aduaneros, aun cuando se hubiese modificado la declaración de importación o reexportado la mercancía antes del vencimiento del plazo de la importación temporal.*

13-001-33-40-014-2016-00456-01

*La sanción aplicable será del cinco por cinco (5%) del valor de la cuota incumplida convertido a la tasa de cambio representativa vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago de la cuota incumplida.*

*1.3 No terminar la modalidad de importación temporal para reexportación en el mismo Estado antes del vencimiento del plazo de la importación, aun cuando se hubiese pagado oportunamente las cuotas de los tributos aduaneros correspondientes.*

*La sanción aplicable será de siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las infracciones y sanciones de que trata este artículo serán aplicables únicamente al importador. "*

#### **4.3 Legitimación en la causa material.**

En relación con la legitimación en la causa material, han sido muchos los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, en los cuales sostiene que, es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o demandado.

El Consejo de Estado, en su sección tercera mediante providencia de fecha 25 de junio de 2014 estipuló:

"La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante."

Acorde con lo sostenido en dichas sentencias, la legitimación en la causa por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho

13-001-33-40-014-2016-00456-01

subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado, con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho.

Aunado a ello, la legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado, la cual sólo puede definirse una vez surtido el debate procesal, en la respectiva sentencia.

#### **4.4. Del Interés Asegurable en el Contrato de Seguros por cuenta de un tercero.**

El contrato de seguro según el artículo 1037 del Código de Comercio Colombiano (C.co.), tiene dos (2) partes que son el Asegurador, que es la persona jurídica que asume los riesgos, y el Tomador que es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos hacia el Asegurador.

Sin embargo, el contrato de seguro suele tener una especialidad en tanto que, siendo bilateral, en el mismo puede haber otros intervinientes distintos de las partes como tal, siendo que los contratos bilaterales son aquellos que generan obligaciones y correlativamente derechos para ambas partes, resulta común a la naturaleza de estos convenios que solamente beneficien y obliguen a sus contratantes.

No obstante, y como bien lo enuncia el Art. 1039 del Código de Comercio Colombiano, existe una modalidad en el contrato de seguro que se denomina "Por cuenta de un tercero", consistente en contratar por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador le incumben las obligaciones, y al tercero le corresponde el derecho a la prestación asegurada.

El Artículo 1083 de la legislación comercial<sup>1</sup> dispone que el interés asegurable en un contrato de seguros se predica de toda persona cuyo patrimonio pueda verse afectado por la realización de un riesgo, con la condición de que el interés debe ser lícito y cuantificable monetariamente, huelga precisar que no se exige que el vínculo que conecta la persona con el interés asegurable, sea mediante el derecho de dominio o propiedad, sino que puede ser a través de la tenencia, usufructo, depósito, arrendamiento, y demás posibilidades que determine el giro de los negocios jurídicos.

<sup>1</sup> Decreto 410 de 1971. Código de Comercio de Colombia.

## 5. CASO EN CONCRETO

### 5.1. HECHOS PROBADOS

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

La sociedad S.P. INGENIEROS antes SUELOS, PROYECTOS, EXPLANACIONES S.A.6, presento declaración de importación temporal a largo plazo de mercancía en arriendo para reexportación en el mismo estado, modalidad S230, con número de aceptación 062007100191781-9 de fecha 17 de Julio de 2007(f.291), en la cual, como descripción de las mercancías, se señaló:

"... SIN EMBARGO DEBIDO A LOS DECRETOS RELACIONADOS A CONTINUACIÓN NO PAGA TRIBUTOS, EXCEPCIONAL ARANCEL, SEGÚN ARTICULO 9.1. DEL DECRETO 255/1992, NOS ACOGEMOS AL LITERAL (E) DEL ARTICULO 428 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO Y DECRETO 1803 DE 1194 PARA LA EXCLUSION DEL IVA, NOS ACOGEMOS A LOS ARTICULOS 142,143,145,146 Y 153 DEL DECRETO 2685 DE 1999 ...

SE ANEXA CERTIFICACION DE MAQUINARIA PESADA DEL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA y TURISMO CON NUMERO DEL RADICADO No. 2-2007-026033, COMO EMPRESA MINERA Y EN ACUERDO DE CONSORCIO CELEBRADO CON LA EMPRESA MINERA TUNELES S.A. y LA EMPRESA CONTRATISTA CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. .... "

Previo a ello, como se hace constar a folio 288 (reverso), el instituto de Investigación e Información Geocientífica, Minero - Ambiental y nuclear INGEOMINAS, expidió documento de verificación registro L1-2016-9917-05072007, cuya fecha de aprobación es 13 de junio de 2007, en el que hizo la siguiente descripción y observación:

"De acuerdo al Código de Registro Minero No. EDUH-01 cuyo titular es la COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A., Y dentro del cual se estableció un contrato con la empresa SP EXPLANACIONES S.A. ..., el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero del Servicio Minero, ... emite concepto favorable para dicha licencia de importación, la cual ampara las importaciones que realizará SP EXPLANACIONES S.A."

Posteriormente, obtuvo levante No. 062007100184773 del 25 de julio de 2007, encontrándose respaldada por la póliza No. M-1000000960, expedida por la

**13-001-33-40-014-2016-00456-01**

compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A, con vigencia hasta el 29 de julio de 2011. (f. 234 reverso).

El 15 de abril de 2011, mediante escrito radicado 014057, la demandante dio aviso a la División de Gestión de Operación Aduanera, de la destrucción de una excavadora hidráulica que correspondía a la descrita en la declaración de importación previamente mencionada, en hechos ocurridos en un derrumbe acaecido el 18 de enero de ese mismo año, en inmediaciones del kilómetro 8+720 del frente del medio de San Andrés, en la obra Pescadero-Ituango, solicitando la terminación de la modalidad debido a la configuración de la causal d del artículo 156 del decreto 2685 de 1999, es decir, destrucción por fuerza mayor o caso fortuito. (Folios 158 a 163).

En respuesta, la Dirección Seccional de Cartagena, mediante oficio No. 005232 del 11 de mayo de 2011 (folio 282), solicitó a la sociedad demandante el reconocimiento de inspección de la seccional de aduanas de la jurisdicción del lugar donde se encontraba la mercancía siniestrada.

Acorde con el acta de inspección No. 1-90-245-450-187 del 10 de julio de 2011, emitida por la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín, el funcionario Humberto Andrés Yepes Montoya, encontró la excavadora identificada en la declaración de importación 062007100191781, dejando constancia que el brazo y el balde de la excavadora se encuentran separadas a un lado de la misma y con evidencias de óxido, que la oruga se encuentra oxidada, la cabina en mal estado, al igual que la maquina en general; evidencia tierra y piedra a nivel general; no dejo entonces constancia expresa de la destrucción total de la maquinaria.

En atención a ello, en oficio del 19 de julio de 2011 No. 1-48-201-245-01510, se puso en conocimiento del actor que, no se tiene por destruida la máquina y solo probándose la destrucción de la misma, por fuerza mayor o caso fortuito se debe dar por terminada la modalidad de importación.

El día 23 de agosto de 2011, la parte demandante presentó un derecho de petición que no fue respondido en forma oportuna, clara y de fondo, por parte de la parte demandada.

La DIAN expidió requerimiento especial aduanero a la empresa importadora y a la correspondiente aseguradora, mediante acto administrativo No. 0336 del

13-001-33-40-014-2016-00456-01

30 de septiembre de 2013, (folios 186 reverso a 194), requerimiento que fue debidamente comunicado.

Consecuentemente, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, a través de su división de Gestión de Liquidación, resolvió declarar el incumplimiento de la obligación adquirida por el importador S.P. INGENIEROS S.A.S., antes SUELOS, PROYECTOS, EXPLANACIONES S.A, en suma total equivalente a 74.605.784, correspondiente a sanción y tributos sin pagar.

## **5.2. Análisis crítico de las pruebas allegadas al proceso frente al marco jurídico planteado**

Corresponde en secuencia lógica, establecer si en el caso sub judice, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, tenía la competencia para decidir sobre el asunto o en su defecto le correspondía a la Dirección Seccional de Medellín.

Al respecto se tiene como norma, la resolución 007 de 2008, que en su numeral 7 dispone lo siguiente:

*"7. La competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario.*

*Exceptúense de lo dispuesto en el inciso anterior los siguientes procesos administrativos:*

*7.1. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Resolución 4387 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que deban adelantarse por situaciones advertidas en ejercicio del control previo o simultáneo a las operaciones de comercio exterior, en los regímenes de importación, exportación y Tránsito Aduanero, en cuyo caso la competencia corresponde a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas o de Aduanas en la que se haya presentado la declaración de importación, de exportación o autorizado el tránsito. "*

De conformidad con lo anterior, es claro para esta Sala de Decisión, que existe una normatividad general que conlleva en si misma unas reglas que la

**13-001-33-40-014-2016-00456-01**

excepcionan, por lo que habría de establecerse, si el caso en comento, corresponde o no a los casos excepcionales, circunstancias que señalarían el órgano llamado a ejercer la competencia.

De la normatividad legal existente y de las pruebas allegadas en debida forma al proceso, se colige que los reproches y las sanciones que se le hicieron a la parte demandante en la resolución 1838 del 6 de diciembre de 2013, son resultados de controles realizados a las operaciones de comercio exterior en el régimen de importaciones, por lo que su competencia es la señalada en el numeral 7.1 de la Resolución No. 007 de 2008.

En el caso sub examine, se tiene a folio 286 del cuaderno No 2, que la declaración de importación se presentó en las instalaciones de la DIAN Seccional Cartagena.

Por todo lo expuesto, esta Instancia confirmará la decisión del Aquo, en el sentido que la competencia recaía en la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena y desestimará la pretensión de la accionante.

Resuelto el tema de la competencia, la Sala, ahondará en las aspiraciones de la accionante respecto a obtener la anulación de la resolución No. 1838 del 6 de diciembre de 2013 y de la resolución No. 430 del 6 de marzo de 2014, que resolvió un recurso de reconsideración, por violación a las normas en que debían fundarse.

Plantea el apelante que se ha desconocido por parte de la DIAN, el artículo 156 del Decreto 2685 de 1999, que señala la destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito, como causal para finalizar la importación temporal a largo plazo.

En este sentido se hace necesario precisar que, de la lectura del artículo referido se extraen dos condiciones o eventos necesarios para su adecuación, el primero que se presente la destrucción de la mercancía y segundo que, su deterioro sea producto de fuerza mayor o un caso fortuito.

En este orden de cosas, es ilustrativo para el Despacho traer a colación lo planteado por el Consejo de Estado en sentencia del 03 de junio de 2010 bajo radicado No.16564, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

*"Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse*

13-001-33-40-014-2016-00456-01

concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales: La Imprevisibilidad y la Irresistibilidad.

(...)

La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado .... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad".

La misma sentencia se refiere a la irresistibleidad en los siguientes términos:

"el hecho [. ..] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieves esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias".

De lo anterior, se concluye que la fuerza mayor o el caso fortuito son eximentes de responsabilidad si y solo si, cuando concurren sus dos elementos necesarios la imprevisibilidad y la irresistibleidad.

En el caso bajo estudio, se tiene que la retroexcavadora se encontraba recogiendo rocas, fruto de un primer derrumbe, cuando una roca averió su motor y la inmovilizó, luego sobrevino un segundo derrumbe y la cubrió totalmente ocasionando su destrucción.

Los derrumbes son ciertamente hechos de la naturaleza que en principio ostenta la calidad de irresistibles e imprevisibles, pero corresponde al juzgador validar estas condiciones teniendo como criterio su normalidad o su frecuencia o por el contrario su rareza y perpetuidad en cada hecho concreto.

De los hechos acreditados en el acumulativo, se evidencia que la maquina que fue destruida se encontraba en zona de alto riesgo de derrumbes, que la probabilidad de un segundo derrumbe, no era algo remoto, ni esporádico, sino, por el contrario tenía visos de normalidad, por lo que la conducta que se espera en un sujeto diligente, es la toma de acciones preventivas tendientes a

13-001-33-40-014-2016-00456-01

neutralizar sus efectos nefastos, como hubiese sido retirar la excavadora del lugar y solicitar un informe técnico sobre la estabilidad del terreno, antes de retomar la actividad extractora de piedras, medidas que no se tomaron por parte de la accionante, o si se tomaron no se acreditaron en el expediente.

La Sala precisa que el que alega la fuerza mayor o el caso fortuito, le corresponde la carga de la prueba, en ese sentido debe entenderse el contenido del artículo 100 de la resolución No. 4240 de 2000, expedida por la DIAN, cuando prescribe que el demandante deberá dar aviso de la destrucción de la mercancía y anexar las pruebas de su ocurrencia, dentro de la modalidad de importación temporal, luego le correspondía a la parte demandante, probar su buen cuidado exento de culpa en la ocurrencia de los hechos, porque el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, ha establecido un tercer elemento para la configuración de la fuerza mayor; -la exterioridad de la causa extraña:

*“(.. .) en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que **aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad**, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración” (El resaltado es nuestro).*

En el acervo probatorio reposa el registro de importación No. -20169917-05072007, en la cual se afirma por la parte demandante, que solicitará exención de derechos de aduana y del impuesto a las ventas, para los bienes maquinaria pesada con destino a la industria básica de la minería y que se utilizará exclusivamente para la explotación de carbón -maquina cuya estructura pueda girar 360º.

Lo anterior es útil para inferir que en el momento en que ocurrió la destrucción de la máquina, esta desarrollaba actividades diferentes para las cuales fue importada y exenta del impuesto a las ventas, pues se encontraba en inmediaciones del kilómetro 8+720 del frente del medio de San Andrés, en la obra Pescadero-Ituango, retirando rocas de un derrumbe presentado el 18 de enero de 2011.

Para la Sala es claro, que la retroexcavadora no solo fue expuesta negligentemente a un segundo derrumbe, por parte de la accionante, sino que su comportamiento no se haya libre de culpa, pues se encontraba realizando labores distintas a las descritas en su declaración de importación.

En este orden de ideas, se concluye, que en los hechos descritos, no concurre la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la inimputabilidad que la ley exige del sujeto que la alega, por lo que razón tiene la DIAN, cuando no acepta la destrucción de la mercancía dentro de la modalidad de importación temporal a largo plazo y profiere la resolución No. 1838 del 6 de diciembre de 2013, sancionando al importador y la resolución No. 430 del 6 de marzo de 2014, que resolvió su recurso de reconsideración.

Así las cosas, esta Instancia determinará infundado el cargo de violación al artículo 156 literal d del Decreto 2685 de 1999, que alude el apelante y en su defecto confirmará el fallo de primera instancia en este sentido.

En otra pretensión de la demanda se alega por parte del apelante, ordenar a la demandada la cancelación y devolución de la póliza de cumplimiento M-1000000960 de la compañía Mundial de Seguros.

Al respecto observa la Sala que, si bien el contrato de seguro es un contrato bilateral en donde fungen como partes el asegurador que hace de garante y el tomador, que adquiere la obligación de pagar una suma económica (prima), a cambio de trasladar el riesgo a la entidad aseguradora. Los artículos 1038 y 1039 del Decreto 410 de 1971 permiten el contrato de seguros por cuenta de un tercero.

Esta modalidad de seguro, tiene la especialidad de estipular el derecho a la prestación asegurada, en un tercero que, sin hacer parte de la relación contractual, adquiere obligaciones que solo pueden ser cumplidas por él mismo.

Bajo estas premisas se entiende que la DIAN, cumpliendo sus obligaciones de asegurado, haya notificado la Resolución No. 1838 y Resolución No. 430 del 6 de diciembre de 2013 y 6 de marzo de 2014, respectivamente, a la compañía de seguros Mundial de Seguros, quien ostenta la calidad de garante, según Póliza No. 100000960 de fecha el día 29 de julio de 2011.

**13-001-33-40-014-2016-00456-01**

Por lo que esta Colegiatura no encuentra la relación jurídico sustancial que legitime en la causa material por pasiva al señor demandante para solicitar la cancelación y devolución de la Póliza No.100000960 de fecha el día 29 de julio de 2011, por cuanto la llamada a satisfacer la prestación asegurada es únicamente la Compañía Mundial de Seguros.

La calidad de Tomador del contrato de seguro, por parte de la parte demandante, lo convierte en parte del contrato de seguro, como bien lo asegura en sus alegatos, pero eso no le da la condición de garante de la prestación asegurada.

Para la Sala esta claro, que en el contrato de seguro, las únicas entidades facultadas para oficiar de garantes y por ende asumir el riesgo asegurable son las compañías de seguros legalmente constituidas ante la Superintendencia Financiera de acuerdo al artículo 335 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, no podría entenderse que en virtud del artículo 1096 del Decreto 470 de 1971, que establece la subrogación del asegurador que paga la indemnización; el tomador de un contrato de seguro, tuviese legitimación material en la causa por pasiva, por cuanto su configuración nace a partir del pago de la indemnización por parte de la aseguradora, luego, la legitimación en la causa se mantiene perene en cabeza de la entidad aseguradora.

Por todo lo expuesto, esta Judicatura no encuentra la identidad necesaria entre la parte demandante y la entidad llamada a garantizar la prestación asegurada a través de la Póliza No.100000960 de fecha el día 29 de julio de 2011, circunstancia que obliga a denegar las pretensiones del apelante por falta de legitimación en la causa material por pasiva y confirmar la decisión de la primera instancia.

## **6. Condena en costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

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

**FALLA**

13-001-33-40-014-2016-00456-01

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de fecha quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia, de conformidad con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

### **LOS MAGISTRADOS**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

ELABORÓ: DPRB