

Cartagena de Indias, D T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2017-00983-00
Demandante	AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.
Demandado	UAE DIAN
Tema	<i>Responsabilidad de la agencia de aduanas en operaciones de comercio exterior cuando hay inconsistencias en los documentos soporte</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de Decisión 004¹, a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, iniciado por AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A., contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA²

3.1.1 Pretensiones³

Se transcriben literalmente:

PRIMERA. Se declare la Nulidad de:

- La Resolución Número 1-48-201-241-644-01-000030 del 10 de Enero de 2017, proferida por el Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual resolvió, entre otras cosas, sancionar a la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2 con NIT. N° 900.398.556-6, por la suma de MIL CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (1.183.284.674,00); y

- La Resolución Número 003372 del 16 de Mayo de 2017, proferida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica U.A.E DIAN,

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-22

³ Folio 2 cdno 1.

13001-23-33-000-2017-00983-00

mediante la cual resolvió el Recurso de Reconsideración interpuesto contra Resolución Número 1-48-201-241-644-01-00030 del 10 de enero de 2017, confirmando la sanción contra ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2.

SEGUNDA. Como restablecimiento del derecho de la declaratoria de nulidad, respetuosamente se solicita:

- 1) Se exonere de toda responsabilidad a ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2.
- 2) Se declare que no hay lugar al pago de ninguna sanción por parte de ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2 y se archive el expediente correspondiente.
- 3) Condenar en costas y agencias del derecho a la U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN).
- 4) Si al momento de la sentencia se hubiere realizado pago alguno, se ordene a la U.A.E. DIAN la devolución de las sumas pagadas, junto con sus respectivos intereses, indexaciones, actualizaciones y demás valores a los que haya lugar.
- 5) Como medida de resarcimiento moral se ordene a la U.A.E. DIAN publicar en su página de internet la nulidad de las actuaciones por medio de las cuales se impuso la sanción objeto de demanda y las respectivas disculpas, expedir un Comunicado de Prensa en el mismo sentido, así como publicar en un diario de amplia circulación tal situación por dos fines de semana.

3.1.2. Hechos⁴

En la demanda se expuso que, la Agencia de Aduanas, en desarrollo de su objeto social recibió en noviembre de 2013, mandato aduanero del importado por DINÁMICA COMERCIAL AM S.A.S, para realizar las gestiones aduaneras necesarias en relación con las mercancías amparadas en los documentos de transporte CHKÜBUN1301149 y CHKUBUN1301128, endosadas por el consignatario TARIK BUSINESS GLOBAL S.A.S.

Que, en cumplimiento de lo señalado en la normativa aduanera, la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2 realizó las investigaciones correspondientes orientadas al conocimiento del cliente, su ubicación y domicilio, posición en el mercado, estados financieros, solvencia moral y económica a través de todos los procedimientos para el caso específico, de conformidad con la normatividad correspondiente. Una vez recibidos los documentos para la importación, se requirió al importador para la realización de un reconocimiento previo de la mercancía, al tenor de lo señalado en el artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999 y le solicitaron su autorización para efectuar el movimiento de la carga al lugar de pre-inspección, ante lo cual el importador se rehusó, manifestándonos su negativa por escrito.

⁴ Folios 4-7 cdno 1.

13001-23-33-000-2017-00983-00

Declarada la mercancía, la entidad demandada, en control posterior, realizó aprehensiones de las mismas con actas números 13500326 POLFA de diciembre 13 de 2013 y 13500007 POLFA del 9 de enero de 2014. Posteriormente, mediante Resolución número 0151 del 22 de enero de 2014 y Resolución número 0473 del 18 de febrero de 2014, ordenó el decomiso de la mercancía anteriormente aprehendida.

La Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2, presentó ante la entidad demandada Recurso de Reconsideración contra la resolución de decomiso de mercancía del 22 de enero de 2014. La Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, mediante Resolución número 135-201-236-602-0735 del 14 de marzo de 2014, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto. Adicionalmente se adelantaron un sin número de actuaciones administrativas tendientes a la recuperación de la mercancía y la revocatoria de los actos mencionados.

Por otra parte, la autoridad aduanera adelantó investigación contra la Agencia de Aduanas, por presuntas infracciones establecidas en el numeral 2.6 del artículo 485 de Decreto 2685 de 1999. El 23 de noviembre de 2016, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante Requerimiento Especial Aduanero N° 0479, propuso sancionar a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2, por la presunta comisión de la infracción aduanera citada.

El día 10 de enero de 2017, mediante Resolución número 1-48-201-241-644-01-000030, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena resolvió sancionar a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2 con multa de \$1.183.2284.674 pesos. En el mismo acto administrativo, se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento número 18-43-101004866 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. En el acto administrativo, se indicó que era obligación de las Agencias de Aduanas, al momento de presentar las declaraciones de importación, contar con todos los documentos soportes requeridos para amparar la mercancía que se estaba nacionalizando y que la Agencia de Aduanas con su omisión provocó el posterior decomiso de la mercancía, incumpliendo con el deber de responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, en los términos establecidos en la Legislación Aduanera.

13001-23-33-000-2017-00983-00

El 31 de enero de 2017 y el 2 de febrero de 2017, la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S Nivel 2 y el apoderado especial de Seguros del Estado presentaron, respectivamente, Recurso de Reconsideración contra el acto administrativo sancionatorio. El 16 de mayo de 2017, la DIAN, mediante Resolución número 003372, resolvió los Recursos de Reconsideración interpuestos de la siguiente manera: Por un lado, confirmó la sanción interpuesta a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2, por otro lado, desvinculó a Seguros del Estado S.A. del proceso sancionatorio.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

En el concepto de la violación, la parte actora sostuvo lo siguiente:

Atipicidad por falta de adecuación de la conducta sancionada: Expresa que la sanción descrita en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685/99 está encaminada es a responsabilizar a la Agencia de Aduanas cuando, por su actuación, hace incurrir a su mandante en infracciones aduaneras que conllevan al decomiso de la mercancía; es decir, que se exige que la actuación de la agencia de aduanas sea la determinante para que se genere el decomiso; por lo tanto, si existe un decomiso, pero el mismo no se origina por la actuación de la Agencia de Aduanas, ésta no puede ser sancionada.

Agregó que la función de la agencia se limita a analizar la información suministrada por el cliente para luego reproducir estos datos en la respectiva declaración presentada ante la DIAN; pero, que la Agencia no conoce la información de primera mano solo lo que se expone en los documentos a ella entregados. En cuanto al reconocimiento previo de la mercancía indicó que, este es facultativo, no obligatorio, por ello no puede derivarse una responsabilidad por el hecho de que el mismo no se realizó; tampoco puede obligarse a la empresa intermediaria para que ejerza un poder coercitivo sobre el importador para obligarlo a que acepte la realización del reconocimiento previo, pues en este caso el mismo se solicitó, pero el importador no lo autorizó.

Sostiene que, el reconocimiento de la mercancía es una operación que necesariamente involucra el cubrimiento de costos, dado que la mercancía debe ser desembalada, re-embalada, cargada y descargada, trasladada a zonas especiales, etc; por lo tanto, el que está llamado a cubrir los costos de dicha operación es el importador; sin embargo en este evento la importadora

13001-23-33-000-2017-00983-00

DINÁMICA COMERCIAL AM S.A.S., no accedió a dicho reconocimiento, aun cuando se le solicitó.

Cumplimiento de obligaciones por parte de la Agencia de Aduanas - Indebida motivación de los actos administrativos emitidos por la DIAN: La empresa demandante reitera que cumplió con su deber, toda vez que los datos consignados en las declaraciones de importación presentadas por la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2, estaban en consonancia con los documentos soporte de la operación.

Señala que los actos sancionatorios emitidos por la DIAN incurren en “indebida motivación” o falsa motivación, pues los hechos que tuvo en cuenta la Administración para emitir el Requerimiento Especial Aduanero y la resoluciones que se demandan, han sido apreciados equívocamente pues no es cierto que se haya incurrido en inexactitud o error en el diligenciamiento de las respectivas declaraciones de importación de la mercancía decomisada, razón por la cual, no se incurrió en la comisión de la infracción que se pretende endilgar a mi representada. Alega que la Agencia actuó de buena fe y en virtud del principio de confianza legítima.

Principio de favorabilidad: Solicita que el presente caso sea resuelto bajo el principio de favorabilidad, teniendo en cuenta que el Decreto 390 de 2016, que clarifica el alcance de la responsabilidad de las Agencias de Aduanas.

Explica que, en la norma citada se especifica que las Agencias de Aduana no actúan como declarantes, igualmente, el artículo 40 ibidem, establece que cuando el declarante actúe por intermedio de una Agencia de Aduanas, el declarante responde por la autenticidad de los documentos soporte y por la entrega de la información sobre los elementos de hecho y circunstancias comerciales de la negociación. Así las cosas, en el presente caso, sería el importador DINÁMICA COMERCIAL AM S.A.S. el llamado a responder por los documentos entregados a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX, quien se limitó a actuar acorde a dichos documentos.

Agrega que, el numeral 3 del artículo 538 del mismo estatuto señala que la Agencia de Aduanas comete infracción cuando incurre en inexactitud o error en los datos contenidos en la declaración aduanera, pese haber recibido la información correcta y completa por parte del declarante. Lo anterior, permite tener en claro que no hay lugar a la sanción objeto de la controversia,

13001-23-33-000-2017-00983-00

puesto que, en el presente caso, la información dada por el importador DINÁMICA COMERCIAL AM S.A.S. no correspondía con los parámetros de exactitud puesto que la misma no fue entregada a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2 de manera correcta y completa.

Caducidad: Expone que las aprehensiones a las mercancías se efectuaron con actas números 13500326 POLFA del 13 de diciembre de 2013 y 13500007 POLEA del 10 de enero de 2014; y que el acto administrativo que impuso la sanción a la Agencia es de fecha 10 de enero de 2017, siendo notificado el 12 de enero de 2017, de tal manera que, entre las fechas en las que se efectuó la aprehensión de las mercancías y la notificación del acto administrativo sancionatorio, transcurrieron más de 3 años. Por ende, la facultad sancionadora de la entidad demandada se encontraba bajo el fenómeno jurídico de la caducidad, por consiguiente, debe ser declarada su nulidad.

3.2 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue presentada el día 27 de octubre de 2017 (folio. 1), siendo repartida con acta del 27 de octubre de 2017, siendo asignada al Tribunal Admirativo de Bolívar (folio 194).

La demanda fue admitida el 17 de agosto de 2018 (folio 196-197); la DIAN y al Ministerio Público se notificaron el 22 de noviembre de 2018 (Fol. 201-204).

La demanda fue contestada por la UAE DIAN, el 1 de marzo de 2019, proponiendo excepciones de mérito (folio 206-230 c. 2), a las cuales se les corrió traslado entre el 14 y el 18 de marzo de 2019. (ver Fol 243).

El 23 de mayo de fijó fecha para celebrar la audiencia inicial (fl. 259) la cual se llevó a cabo el 3 de julio de 2019 (fl. 262-265). En la misma se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito y el 13 de agosto de 2019 ingresó el proceso al despacho para sentencia (fl. 323)

3.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S. Nivel 2., por considerarlas improcedentes, en atención a que no tienen fundamento fáctico ni jurídico

⁵ Fl. 206-230 cdno 2

13001-23-33-000-2017-00983-00

para prosperar, dado que los actos administrativos cuya nulidad se pretende fueron proferidos con estricto apego a la ley; y no se ha causado al demandante perjuicio alguno que deba ser restablecido por la Entidad.

En relación con los hechos manifestó que la mayoría de ellos eran ciertos y expuso que, en sede administrativa, el administrado no logro demostrar la ausencia de responsabilidad por los cargos imputados. En cuanto a las situaciones que no le constan, expuso que se limitaba a lo que resultara probado.

Alega que, el hecho de que en el proceso de decomiso se haya investigado y sancionado la responsabilidad del importador, no quiere decir que la autoridad aduanera se exima de adelantar el proceso que corresponde por lo señalado en el artículo 27-4 del Decreto 2685 de 1999; por lo expuesto, en aplicación de las normas vigentes al momento de ocurrencia de los hechos, la autoridad aduanera competente debe adelantar la investigación correspondiente e imponer las sanciones a que haya lugar.

Explica, que las Agencias de Aduanas tienen como fin esencial colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados con el mismo. A la luz de lo expuesto, las Agencias de Aduanas en su condición de auxiliares de la función aduanera tienen la obligación de conocer las normas que regulan su actividad, además, deben realizar todos los trámites ceñidas a lo establecido por dichas normas, dada la tecnicidad de las mismas. En ese orden de ideas, la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2, como auxiliar de la función pública aduanera, pudo haber adelantado el reconocimiento previo de la mercancía con anterioridad a su presentación ante la autoridad aduanera y, el hecho de haberse limitado a "recomendar" al importador el reconocimiento previo de la mercancía y que por el simple hecho de su negativa la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2 hubiera continuado con el procedimiento de nacionalización, no la exonera de sus responsabilidades, por cuanto es evidente que dicho intermediario aduanero claramente asumió las responsabilidades frente a ese hecho.

Sostiene que, la demandante, en su condición de Agencia de Aduanas, no ejerce una función de simple tramitador ejecutivo comprometido a realizar por cuenta y en representación de su mandante, el diligenciamiento y

13001-23-33-000-2017-00983-00

presentación de la documentación exigida por las autoridades en los trámites de comercio exterior, sino que por el contrario, tiene la obligación de colaborar con la autoridad aduanera en la estricta aplicación de la normas, lo que de suyo implica que su responsabilidad no se subsume por el mandato dado por los usuarios que utilizan sus servicios, por el contrario, como auxiliares de la función aduanera, las agencias de aduanas son una garantía para el usuario, de que por su conocimiento de las normas que regulan todo lo atinente a los trámites a realizar, sus actuaciones serán llevadas a cabo de tal manera que se cumpla con todas las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero o cualquier operación o procedimiento aduanero atinente a las actividades que le son propias.

Añade que, en este caso, la infracción sí se encuentra tipificada, pues la Agencia de Aduanas ASENCOMEX SA NILVE 2., en las labores propias de su agenciamiento, al realizar el proceso de nacionalización de la mercancía, incurrió en una causal de aprehensión previstas en el Decreto 2685 de 1999; pues tal como se ilustró o lo largo del proceso de sede administrativa algunas mercancías encontradas físicamente no se encuentran amparadas en el Documento de Transporte, ni en la declaración de importación; por ello, la División de Gestión de Fiscalización dispuso el decomiso de la mercancía.

Asevera que, en el caso de marras la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales impuso sanción a la sociedad demandante con fundamento en una conducta típica sancionable y en sustento a un acervo probatorio que demostró que la misma incumplió con su obligación como auxiliar de la gestión aduanera, por lo tanto, debe entenderse que el acto administrativo está debidamente motivado.

En lo que se refiere a la caducidad, sostuvo que la misma no tenía lugar como quiera que las Resoluciones de Decomiso Nos. 0151 del 22 de enero de 2014 y 0473 del 18 de febrero de 2014, que dieron origen a la investigación en contra de la agencia de aduanas demandante, quedaron ejecutoriadas el 3 de marzo y 15 de agosto de 2014, respectivamente; mientras que el acto administrativo que decidió de fondo la sanción en contra de la agencia de Aduanas fue proferido el 10 de enero de 2017 y notificado al interesado el 12 de enero de 2017, por lo tanto no había transcurrido el término descrito en el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999.

13001-23-33-000-2017-00983-00

Frente al tema de la favorabilidad expuso que, la misma tiene aplicación cuando se expide una norma que favorezca al Interesado y la autoridad aduanera no haya emitido el acto administrativo que decide de fondo, pues en ese caso se deberá aplicar obligatoriamente la nueva norma que es más favorable, aún cuando no se haya solicitado.

Sostiene que, si bien el Decreto 390 de 2016 no contempla la sanción de "Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros", sí señaló, como infracción aduanera para las agencias de aduanas, el "incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en la declaración aduanera, no obstante haber recibido la información correcta y completa por parte del declarante, cuando tales inexactitudes o errores conlleven un menor pago de los derechos e impuestos a la importación, o a la violación de una restricción legal o administrativa." Adicionalmente agrega que el artículo 674 del citado Decreto 390 de 2016, dispuso para la entrada en vigencia del mismo una aplicación escalonada; por lo tanto, para la fecha en la que se dictó el acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración, la norma aún no había entrado en vigencia.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: alegó de conclusión ratificándose en los argumentos de la demanda⁶.

3.6.2. Parte demandada⁷: alegó de conclusión ratificándose en los argumentos de la defensa.

3.6.3 Ministerio Público: El Procurador Delegado ante este Tribunal no presentó concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

⁶ Fl. 300-322 cdno 2

⁷ Fl. 267-272 cdno 2

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5.2. Problema jurídico

Atendiendo los extremos de la demanda y la contestación, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Se encuentran ajustados a derecho los actos administrativos por medio de los cuales la UAE DIAN le impone una sanción a la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S., por haber hecho incurrir a su mandante en infracciones administrativas aduaneras que conllevan la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros?

Para analizar el problema jurídico anterior, se hace necesario establecer lo siguiente:

¿La conducta en la que incurrió la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S., corresponde a la que se encuentra tipificada en el numeral 2.6 del art. 485 del Decreto 2685 de 1999?

¿Se encuentra demostrado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Agencia de Aduanas ASENCOMEX S.A.S., como intermediaria aduanera?

¿Existe caducidad de la acción sancionatoria de la DIAN? ¿Aplica el principio de favorabilidad al caso concreto?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sostendrá como tesis que, la labor de la demandante, como intermediaria en el proceso de nacionalización de mercancías, no se limita a la presentación de la declaración de importación y a la simple transcripción de los datos contenidos en los documentos soporte suministrados por el importador, sino que, en virtud de su rol de auxiliar de la función pública aduanera, le corresponde constatar que la información en ellos consignada sea veraz, lo que no se hizo en este caso.

Adicionalmente, concluirá que sí se configuró en este caso la infracción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y había lugar a imponer la sanción, toda vez que, la sociedad demandante, en su condición de agente de aduanas, no actuó con la debida diligencia al momento de verificar la información contenida en los documentos soporte, por lo tanto, aunque pudo haber hecho uso de la facultad de reconocimiento de la mercancía, no lo hizo, y no advirtió el error que produjo como consecuencia de que su mandante incurriera en una infracción administrativa que conllevó al decomiso de la mercancía.

De igual forma, en el caso en comento no ha operado la caducidad de la acción sancionatoria de la DIAN y el principio de favorabilidad no es aplicable al caso concreto puesto que el Decreto 390/16 no se encontraba vigente para la fecha en la que se prohirieron los actos demandados.

Por las anteriores razones, se negarán las pretensiones de la demanda.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Responsabilidad de la agencia de aduanas en operaciones de comercio exterior cuando hay inconsistencias en los documentos soporte

El artículo 3 del Decreto 2685 de 1999 dispone que serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, **serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención**, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, **intermediario y el declarante**, en los términos previstos en el mismo Decreto.

13001-23-33-000-2017-00983-00

El artículo 10 del mismo decreto establece que las agencias de aduanas, quienes actúan a nombre y por encargo de los importadores y exportadores, podrán actuar ante las autoridades aduaneras como declarantes, con el objeto de adelantar los procedimientos y trámites de importación, exportación o tránsito aduanero.

Por su parte, el artículo 12 define las Agencias de Aduana en los siguientes términos:

*“Artículo 12. Agencias de aduanas. Las agencias de aduanas son las personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para **ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación**, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.*

Las agencias de aduanas tienen como fin esencial colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos” (resaltado fuera de texto).

Respecto de las Agencias de Aduanas el artículo 27-2 ibídem señala que, en ejercicio de su actividad, a través de sus representantes legales, administradores, agentes de aduanas o auxiliares, dichas agencias tienen entre sus obligaciones, la de “4. Responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, exportación, tránsito aduanero y demás documentos transmitidos electrónicamente o suscritos en desarrollo de su actividad, en los términos establecidos en el artículo 27-4 del presente decreto;” y “6. Contar al momento de presentar las declaraciones de importación, exportación o tránsito, con todos los documentos soporte requeridos;”.

A su turno, el artículo 27-4 del referido Decreto establece las responsabilidades de las agencias de aduana, en los siguientes términos:

*“Artículo 27-4. Responsabilidad de las agencias de aduanas. Las agencias de aduanas que actúen ante las autoridades aduaneras **serán responsables administrativamente por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad.***

*Igualmente, **serán responsables por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus agentes de aduanas acreditados ante***

13001-23-33-000-2017-00983-00

la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y responderán administrativamente cuando por su actuación como declarantes hagan incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la liquidación de mayores tributos aduaneros, la imposición de sanciones o el decomiso de las mercancías.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones legales que puedan adelantar los mandantes o usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios contra las agencias de aduanas.

Parágrafo. Las agencias de aduanas responderán directamente por el pago de los tributos aduaneros y sanciones pecuniarias que se causen respecto de operaciones en las que el usuario de comercio exterior sea una persona inexistente” (Resaltado fuera de texto).

En cuanto a la facultad de reconocimiento de mercancías, el artículo 27-3 dispone:

“Artículo 27-3. Reconocimiento de las mercancías. Las agencias de aduanas tendrán la facultad de reconocer las mercancías que se someterán al proceso de importación, en zonas primarias aduaneras y zonas francas, con anterioridad a su declaración ante la aduana.

Si con ocasión del reconocimiento de las mercancías las agencias de aduanas detectan mercancías en exceso respecto de las relacionadas en la factura y demás documentos soporte, o mercancías distintas de las allí consignadas, o con un mayor peso en el caso de las mercancías a granel, deberán comunicarlo a la autoridad aduanera y podrán ser reembarcadas o legalizadas con el pago de los tributos aduaneros correspondientes, sin que haya lugar al pago de suma alguna por concepto de rescate. Para todos los efectos, la mercancía así legalizada se entenderá presentada a la autoridad aduanera”.

En el artículo 485 del mismo decreto, se establecen las infracciones aduaneras y sanciones aplicables a las agencias de aduanas, en los siguientes términos:

“Artículo 485. *Infracciones aduaneras de las agencias de aduanas y sanciones aplicables. Además de las infracciones aduaneras y sanciones previstas en los artículos 482, 483 y 484 del presente decreto, las agencias de aduanas y los almacenes generales de depósito cuando actúen como agencias de aduanas, serán sancionados por la comisión de las siguientes infracciones aduaneras:*
(...)

2 Graves:

2.6 *Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros;*

13001-23-33-000-2017-00983-00

La sanción aplicable para la falta grave señalada en el numeral 2.6 será de multa equivalente al veinte (20%) del valor de la sanción impuesta, del valor de la mercancía decomisada o del mayor valor a pagar determinado en la liquidación oficial, incluida la sanción".

De lo anterior, es dable concluir que las Agencias de Aduanas, como intermediarios en la obligación Aduanera, actúan como auxiliares del Estado en la función pública aduanera, con claras obligaciones y responsabilidades en régimen de importación y por tanto, bien pueden responder por las infracciones administrativas aduaneras que surgen como consecuencia del decomiso de mercancías, puesto que es claro, que no son simples interlocutores, sino que ejercen funciones de auxiliares de administración aduanera, e intervienen en la legalización de las mercancías que ingresan al país, debiendo colaborar con las autoridades en la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior y el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás procedimientos aplicables.

Frente al régimen de responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera –hoy Agencias de Aduana-, el Consejo de Estado ha considerado⁸:

"[...] En el régimen de importación, según lo dispone el artículo 87 del Estatuto Aduanero, la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, y comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

Como sociedad de intermediación aduanera Acoexal Ltda. está sujeta a las responsabilidades y obligaciones que prevé el Estatuto Aduanero, entre estas las establecidas en los artículos 22, 23 y 26, literales a), b) y c), vigentes para la fecha de la presentación de la declaración de importación de que tratan los actos acusados, disposiciones cuyo tenor literal es el que sigue:

(...)

De acuerdo con lo anterior, es claro para la Sala que el deber de las agencias de aduanas, en la condición de declarante en la operación de comercio exterior, va más

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1º de junio de 2020, número de radicado: 13001233100020110079801, actora: Agencia de Aduanas ACOEXAL LTDA. NIVEL II, demandado: DIAN, C.P.: Oswaldo Giraldo López.

13001-23-33-000-2017-00983-00

allá de la sola presentación de la declaración de importación y de sus documentos soporte, debiendo responder incluso por la veracidad y exactitud de la información que registra en tales declaraciones, como es el caso de la que proviene de las facturas comerciales, por así disponerlo expresamente el Estatuto Aduanero.

El citado deber, aunque puede considerarse exigente, debe entenderse ligado al propósito fundamental que tiene la intermediación aduanera, actividad que ejerce libremente la demandante, que no es otro que colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos. En tal sentido, para el logro de dicho cometido es necesario que la agencia de aduanas aplique medidas de control rigurosas que le permitan verificar que los datos que consigna en las declaraciones que presenta ante la autoridad aduanera correspondan en realidad a la operación de comercio exterior efectuada, pues, de lo contrario, puede comprometer su responsabilidad”.

Del criterio jurisprudencial citado, puede colegir la Sala que a las Agencias de Aduanas, en virtud del rol que desempeñan como Auxiliares de la Función Administrativa Aduanera, sí les asiste la obligación de responder por la veracidad y exactitud de los documentos que constituyen el soporte de la operación de comercio exterior, es decir, si tienen a su cargo el diligenciamiento de las declaraciones de importación, más aún deben velar porque la totalidad de la información en ellos contenida sea veraz.

5.4.2 Decreto 390 de 2016 y el principio de favorabilidad

De acuerdo con el artículo 520 del Decreto 2685/99, si antes de que la autoridad aduanera emita un acto administrativo que decida de fondo determinado asunto, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera se encuentra obligada a aplicarla, aunque ello no se haya mencionado en la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero.

Por otra parte, el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, por medio del cual se expidió el nuevo Estatuto Aduanero, estableció, en su artículo 2, lo siguiente:

Artículo 2º. Principios generales. *Sin perjuicio de los principios constitucionales y los previstos en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la Ley 1609 de 2013 y del Código General del Proceso, las disposiciones contenidas en este decreto se aplicarán e interpretarán teniendo en cuenta los siguientes:*

b) Principio de favorabilidad. Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso se expide una norma que favorezca al

13001-23-33-000-2017-00983-00

interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente, aun cuando no se hubiere solicitado;

Frente a la responsabilidad de las agencias aduaneras expuso:

Artículo 57. Ámbito de responsabilidad. La agencia de aduanas será responsable ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el cumplimiento de las formalidades aduaneras derivadas de su actuación y por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad conforme a la regulación aduanera.

A estos efectos, **será responsable por la exactitud y veracidad de los datos e información, contenidos en la declaración aduanera, incluida la correcta determinación de la base gravable y de la liquidación de los derechos e impuestos, sanciones y rescate a que hubiere lugar. De igual forma, responderá por la obtención, cumplimiento de requisitos legales, autenticidad y entrega de los documentos soporte de la declaración aduanera que sean obtenidos por él, en cumplimiento del mandato aduanero que se le otorga.**

Cuando la agencia de aduanas elabore y firme la declaración de valor, responderá por el lleno total de los datos exigidos en la misma, por la correcta determinación del valor en aduana, atendiendo a la técnica establecida por las normas de valoración vigentes y por lo señalado en el artículo 176 de este decreto. Para el efecto, debe hacer una solicitud expresa al importador, de la totalidad de la información sobre los elementos de hecho y circunstancias comerciales de la negociación a efectos de la valoración aduanera. De igual manera, responderá cuando por su actuación se produzca el abandono o decomiso de las mercancías. Esta responsabilidad aplica sin perjuicio de las acciones penales, judiciales y demás que se deriven de su actuación como agencia de aduanas.

Artículo 538. Infracciones de las agencias de aduana. Sin perjuicio de la responsabilidad derivada de otra calidad de operador de comercio exterior que se le hubiere otorgado, al agente de aduanas que incurra en una de las siguientes infracciones se le impondrá la sanción que en cada caso se indica:

3. Incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en la declaración aduanera, no obstante haber recibido la información correcta y completa por parte del declarante, cuando tales inexactitudes o errores conlleven un menor pago de los derechos e impuestos a la importación, o a la violación de una restricción legal o administrativa. La sanción a imponer será de multa equivalente trescientas Unidades de Valor Tributario (300 UVT).

Ahora bien, en cuanto a la entrada en vigencia del Decreto en mención, el artículo 674 dispone:

Artículo 674. Aplicación escalonada. La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

13001-23-33-000-2017-00983-00

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del **artículo 35; 36 a 41; 43, 44;** 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; **505 a 510; 550 a 561;** 611 a 673. (Conc. Resolución 42 de 2016. Resolución 41 de 2016, DIAN.).

2. Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto. (Conc. Resolución 41 de 2016, DIAN.).

3. En caso de requerirse la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses, con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses. En este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático.

Conforme con el Oficio Aduanero N° 0020 del 11 de enero de 2017, expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, se tiene que:

Es así como, en el marco normativo precedente y en desarrollo de lo determinado por el numeral 2, esta entidad expidió las resoluciones: **41 del 11 de mayo de 2016, 42 del 13 de mayo de 2016, 64 del 28 de septiembre de 2016 y 72 del 29 de noviembre de 2016,** con las cuales se reglamentaron todos los artículos del Decreto 390 de 2016 que pueden regir sin que el nuevo sistema informático electrónico de la DIAN sea implementado.

Los artículos que no fueron objeto de reglamentación en las resoluciones enumeradas en el aparte anterior, requieren para su aplicación el desarrollo e implementación del nuevo modelo de sistematización informático de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el cual la entidad viene trabajando.

Es por lo precedente que el numeral 3 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, establece que "[E]n este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático".

En este orden de ideas, los artículos del Decreto 390 de 2016 que, en virtud de la reglamentación a que hace referencia el numeral 2 del artículo 674 ibídem, rigen a la fecha, son aquellos que fueron reglamentados mediante resoluciones: 41 del 11 de mayo de 2016, 42 del 13 de mayo de 2016, 64 del 28 de septiembre de 2016 y 72 del 29 de noviembre de 2016 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

5.4.3 Caducidad de la acción administrativa sancionatoria

Conforme con el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, la acción administrativa sancionatoria caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Ahora bien, cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo.

Acerca de la configuración de este término de caducidad, la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado⁹:

“58. Con relación al conteo del término de la caducidad, esta Sección ha indicado que este empieza a correr desde la ocurrencia del hecho u omisión constitutivo de la infracción administrativa aduanera y, cuando no sea posible establecer la fecha del hecho, se tendrá como fecha cuando la parte demandada tuvo conocimiento de tal circunstancia, hasta que se inicie el procedimiento administrativo sancionatorio, es decir, que la parte demandada dentro del término de **tres (3) años debe dar inicio al procedimiento administrativo dirigido a sancionar al presunto infractor de las normas aduaneras**, so pena de que, si no lo hace, se configura la caducidad de la acción administrativa sancionatoria.

(...)

61. Con el propósito de determinar, en el caso sub examine, si se configuró o no el término de caducidad de la acción administrativa sancionatoria, se debe tomar como fecha inicial el momento en el que la parte demandada identificó o tuvo conocimiento de la infracción hasta que inició el procedimiento administrativo, para lo cual es pertinente analizar los hechos y las actuaciones que se surtieron en vía gubernativa, para efectos de contabilizar el respectivo término.

(...)

73. La Sala reitera que la sanción impuesta se debió a que la parte demandante no puso a disposición de la parte demandada la mercancía solicitada; sin embargo, no hay que perder de vista que, esa sanción se deriva de un proceso de fiscalización realizado porque los soporte de la declaración de importación presentaban inconsistencias, **por lo que la ocurrencia de los hechos en el caso sub examine, se centra en el momento en que la parte demandada tuvo conocimiento de las falencias de la factura como soporte de la declaración de importación.**

(...)

76. De acuerdo con lo expuesto, la Sala observa que, entre la fecha que tuvo conocimiento de la infracción la parte demandada (22 de febrero de 2008) y la fecha de inicio de la acción administrativa sancionatoria (10 de diciembre de 2010) no transcurrieron más de los tres (3) años a que se refiere el artículo 478 del Decreto 2685

⁹ Sentencia del 28 de enero de 2021, Sección Primera, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado 13001-23-31-000-2012-00215-01.

13001-23-33-000-2017-00983-00

de 1999. Lo que pone de manifiesto que la parte demandada, se encontraba dentro del término de caducidad para el inicio de dicha actuación administrativa".

Así las cosas, se tiene que la caducidad de la acción sancionatoria se debe contabilizar desde la fecha del acaecimiento del hecho constitutivo de sanción o desde que la administración aduanera tuvo conocimiento; por lo tanto, dentro de los 3 años siguientes a dicha circunstancia, se debe iniciar la investigación tendiente a imponer la sanción so pena que se pierda la facultad para ello.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

De acuerdo con las pruebas presentadas en el proceso de tienen por demostrados los siguientes hechos.

- La empresa Dinámica Comercial AM SAS., el 21 de noviembre de 2013, otorgó poder especial a la Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2, para que en su nombre y representación ejecutara ante la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA., los trámites de importación en relación con la mercancía identificada con el BL CHKUBUNI301128 y el BL N° CHKUBUN1301149¹⁰.
- El 9 de noviembre de 2013, la sociedad Dinámica Comercial SAS, manifestó a la Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2, que renunciaba expresamente a la facultad legal otorgado por la agencia, para efectuar el reconocimiento físico, previo a la nacionalización, de la mercancía identificada con los BL N°- CHKUBUNI301128 y N°- CHKUBUN1301149; en consecuencia, expuso que exoneraba de responsabilidad a la agencia y se asumían los pagos que debieran realizarse por sanciones, rescates y demás que se generen por la comisión de infracciones administrativas por inconsistencias que se presenten entre la mercancía física y la declarada¹¹.
- La mercancía descrita con el **BL N°- CHKUBUN1301149** fue nacionalizada mediante las Declaraciones de importación No. 352013000378365,

¹⁰ Folio 46-55 cdno 1 y fl. 2 rev y 3 cdno 3

¹¹ Folio 57 cdno 1 y fl. 3 rev cdno 3

13001-23-33-000-2017-00983-00

352013000378367 y 352013000378366 del 21 de noviembre de 2013, presentada por Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2 como declarante y Dinámica Comercial AM SAS como importadora¹². De acuerdo con el Documento de transporte identificado con el BL N **CHKUBUN1301149**, la mercancía en referencia correspondía a estatuillas de plástico, artículos de belleza de plástico, peines, balacas, pinzas, pico de loro, artículos plásticos de mano y tocador, carpetas plásticas, artículos de ferretería, martillos candados, destornilladores, cuchillos etc¹³.

- Mediante las Declaraciones de importación No. 352013000377758, 352013000377759 y 352013000377761 del 21 de noviembre de 2013, se nacionalizó la mercancía descrita con el Documento **BL N°-CHKUBUN1301128**¹⁴; en dicho documento se indicó que los artículos importados correspondían a elementos de cocina plásticos y de pasta: vasos plásticos, coladores, kit escolar, pinzas, cortinas de baño, alicates, cerraduras, llaves, martillos, etc¹⁵.

- Se encuentran también en el proceso las Facturas No. 28436 del 8 de octubre de 2013, No. 28490 del 10 de octubre de 2013, en las que se describe la siguiente mercancía: llaves T de metal, manteles, destornilladores, cortinas plásticas, martillos, dispensadores de jabón, tapetes plásticos¹⁶.

- Declaración Andina de Valor presentada por Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2 en la que se transcribe y declara la misma mercancía descrita en las facturas¹⁷

- Con acta de aprehensión No. 1350007 POLFA del 9 de enero de 2014, la DIAN procedió a realizar la aprehensión de 498 cajas que contenían calzado, prendas de vestir, cintas pegantes, teatro en casa, lámparas recargables, limpiadores de CD, organizadores de CDs, baterías recargables, gafas para niños y adultos, cigarrillos electrónicos; que contaban con la Declaraciones de importación No. 352013000378365, 352013000378367 y 352013000378366 del 21

¹² Folio 62-64 cdno 1 y fl. 26 cdno 3

¹³ Folio 26 rev. Cdno 1

¹⁴ Folio 59-61 cdno 3

¹⁵ Folio 29 rev. Cdno 3

¹⁶ Folio 157-162 cdno 1

¹⁷ Folio 164-175 cdno 1

13001-23-33-000-2017-00983-00

de noviembre de 2013. Ello, con fundamento en la causal 1.6 del Dec. 2685/99¹⁸.

- Con acta de aprehensión No. 1350326 POLFA del 13 de diciembre de 2013, la DIAN procedió a realizar la aprehensión de 499 cajas que contenían calzado, prendas de vestir, cintas pegantes, que contaban con la Declaraciones de importación No. 352013000377758, 352013000377759 y 352013000377761 del 21 de noviembre de 2013. Lo anterior, con fundamento en la causal 1.6 del Dec. 2685/99, y por no encontrarse amparada la mercancía con un documento de envío¹⁹.
- Como resultado del proceso de investigación adelantado por la Administración Aduanera, se expidió la Resolución 0151 del 22 de enero de 2014²⁰ y Resolución 00735 del 14 de marzo de 2014, se resolvieron de fondo el asunto en comento, ordenándose el decomiso de la mercancía, aduciéndose lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el artículo 504 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 12 del Decreto 4431 de 2004, establece que el proceso para definir la situación jurídica de mercancías se inicia con el Acta de Aprehensión, este Despacho continúa la investigación con base en el Acta N° 13500326POLFA del 15/10/2013 (fis. 49 a 51), con la que la autoridad aduanera toma medida cautelar sobre las mercancías consistentes en "CALZADO Y PRENDAS DE VESTIR" del consignatario DINÁMICA COMERCIAL AM S.A.S con NIT 900.622.270, embaladas en el contenedor BMOU496785-5, toda vez que en la diligencia de Inspección física, se establece por parte del funcionario de control posterior que las mismas no se encuentran amparadas en factura comercial N° N28436 del 08/10/2013 (fis. 3) del Proveedor GUANGZHOU FENGLIN TRADE CO, LTD, ni en declaración de importación, factura de nacionalización o planilla de envío, siendo procedente su aprehensión bajo la causal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por considerarse mercancía "NO DECLARADA" a la autoridad aduanera.

De las normas anteriormente citadas podemos deducir claramente que para efectos aduaneros la legal Introducción de una mercancía al país se demostrará con la declaración de Importación, documento que contiene los datos relevantes de la operación de importación y con el cual se ampara legalmente la mercancía, ya que contiene la Información que permite establecer la correspondencia entre la mercancía física y lo indicado en dicha declaración, de tal manera que no subsistan dudas de que la misma corresponde indiscutiblemente a la que se pretende declarar.

¹⁸ Folio 83-87 cdno 1

¹⁹ Folio 89-92 cdno 1

²⁰ Folio 94-98 cdno 1

13001-23-33-000-2017-00983-00

En el presente caso, las mercancías objeto de Investigación no se encuentran amparadas en una declaración de Importación, factura de nacionalización o planilla de envío, considerándose por consiguiente mercancía no declarada a la autoridad aduanera, siendo necesario definir su situación jurídica mediante el decomiso, con fundamento en la causal de aprehensión consagrada en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999”.

- Contra las decisiones anteriores la Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2 presentó recursos de reconsideración, manifestando que, efectivamente, ninguno de los elementos encontrados en el container decomisado correspondía a los descritos en el Documento de Transporte BL ni a las declaraciones de importación; que ello obedeció, según su dicho, a que la mercancía negociada por el importador fue enviada a Colombia con documentos diferentes, que en realidad corresponden a otra mercancía enviada a otro país, por un error logístico del exportador al momento de despachar la mercancía. También presentó solicitud de revocatoria directa²¹.
- Con Resolución 0735 del 1 de abril de 2014 se rechazó el recurso de reconsideración, por extemporáneo, presentado frente a la Resolución 0151 del 22 de enero de 2014²²; y con Resolución 1159 del 18 de junio de 2014 se resolvió la solicitud de revocatoria directa²³.
- Mediante **Requerimiento Especial Aduanero No. 0479** ²⁴ **del 23 de noviembre de 2016**, la DIAN informó formalmente a la Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2, de la investigación abierta en su contra, por haber incurrido en la infracción aduanera contemplada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, y proponiendo una sanción de \$1.181.284.674 millones de pesos. El sustento fáctico de esta decisión fue el siguiente:

De conformidad con la legislación aduanera vigente al momento del decomiso, es obligación de las Agencias de Aduanas contar al momento de presentar las declaraciones de importación, con todos los documentos soportes requeridos para amparar la mercancía que se estaba nacionalizando, es este el caso del presunto infractor quien por su omisión provoco el posterior decomiso de la mercancía, incumpliendo con el deber de responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, en los términos establecidos en la legislación aduanera.

²¹ Folio 100-109 y 134-143 cdno 1

²² Folio 122-125 cdno 1

²³ Folio 146-150 cdno 1

²⁴ Folio 70-78 cdno 1

13001-23-33-000-2017-00983-00

Con respecto a la responsabilidad de los declarantes, en relación con el diligente ejercicio de las actividades de intermediación de las sociedades de intermediación aduaneras ahora agencias de aduanas, el Concepto 041 de 2003 aclara lo siguiente:

"... De las normas transcritas se concluye, que si el gobierno nacional atribuyó a estas Sociedades autorización para adelantar ante la DIAN los trámites inherentes a los regímenes aduaneros, se parte del principio que éstas cuentan con el suficiente conocimiento y experiencia; y es por ello que están obligadas al diligente cumplimiento de las normas aduaneras vigentes en el ejercicio de su actividad, ya que su inobservancia les genera responsabilidad. De lo expuesto se concluye que dichas Sociedades en su labor de intermediación, tienen la obligación de revisar que los datos contenidos en las respectivas declaraciones de importación se ajusten a la ley; como sería en el presente caso, una debida clasificación arancelaria (artículo 22 del Decreto 2685 de 1999). Lo contrario significa, que de no actuar estas Sociedades con la debida diligencia y de incurrir por ello en errores o inexactitudes que generen violación al régimen aduanero, tal circunstancia les traerá como consecuencia, la imposición de las sanciones por las obligaciones que se deriven de su intervención".

Analizando los hechos y con base en el acervo probatorio que obra en el expediente, este Despacho encontró que la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2, Nit. 900.398.556-6, **con su conducta incurrió en la infracción aduanera contemplada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999**²⁵, actuando como declarante. Es por eso que este Despacho procederá de conformidad con lo establecido en el Artículo 507 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Artículo 16 del Decreto 4431 de 2004; a proponer a la División de Gestión de Liquidación de esta Dirección Seccional mediante la formulación del presente Requerimiento Especial Aduanero, imponer al declarante AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2, Nit. 900.398.556-6, una sanción por valor de MIL CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$1.183.284.674) equivalente al 20% del valor del avalúo de los dos decomisos, por incurrir en la infracción establecida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999."

- La Agencia demandante presentó escrito de contestación al RAE el 28 de diciembre de 2016²⁶.
- A través de Resolución 000030 del 10 de enero de 2017, la DIAN sancionó a la Agencia actora, por los hechos antes mencionados²⁷. Contra la anterior

²⁵ 2 Graves:

2.6 Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros;

²⁶ Folio 46-53 cdno 3

²⁷ Folio 97-102 cdno 3

13001-23-33-000-2017-00983-00

decisión la interesada presentó recurso de reconsideración²⁸, siendo resuelto el mismo por medio de Resolución No. 003372 del 16 de mayo de 2017²⁹

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Aplicado el marco jurídico expuesto a los hechos relevantes probados, procede la Sala a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados. Para ello, debe advertir la Sala, en primer lugar, en el presente asunto, la DIAN impuso a la Agencia de Aduanas Asenxomex SAS Nivel 2., la sanción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por considerar la entidad que hizo incurrir a su mandante en una infracción administrativa que conllevó al decomiso de la mercancía, por cuanto no se realizó la verificación de la mercancía previo a la legalización de la mismas, a fin de asegurarse que esta correspondiera con los documentos de legalización (declaración de importación – documento transporte o BL).

- **De la atipicidad de la conducta – cumplimiento de las obligaciones aduaneras y falsa motivación.**

Como argumentos de defensa, la Agencia de Aduanas demandante alega que existe atipicidad de la conducta por cuanto la sanción contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, se genera cuando la agencia con su actuación, **hace incurrir al mandante** en una infracción aduanera que genera el decomiso de la mercancía; sin embargo ello no aplica para los eventos en los que es la actuación de un tercero la que genera ese decomiso, como por ejemplo, cuando la agencia es víctima de engaños, es mal informada o inducida a error.

Agregó que la función de la agencia se limita a analizar la información suministrada por el cliente para luego reproducir estos datos en la respectiva declaración presentada ante la DIAN; pero, que la Agencia no conoce la información de primera mano solo lo que se expone en los documentos a ella entregados. En cuanto al reconocimiento previo de la mercancía indicó que, este es facultativo, no obligatorio, por ello no puede derivarse una responsabilidad por el hecho de que el mismo no se realizó; tampoco puede obligarse a la empresa intermediaria para que ejerza un poder coercitivo sobre el importador para obligarlo a que acepte la realización del

²⁸ Folio 76-84 cdno 3

²⁹ Folio 34-43 cdno 1

13001-23-33-000-2017-00983-00

reconocimiento previo, pues en este caso el mismo se solicitó, pero el importador no lo autorizó.

La DIAN por su parte expone que la agencia de aduanas incurre en la infracción aduanera mencionada, cuando actúa como declarante e incurre en actuaciones como errores, inconsistencias o imprecisiones que conllevan a la imposición de sanciones, decomiso de la mercancía o pago de mayores tributos.

Ahora bien, para efectos de resolver el primer problema jurídico, esta Sala debe precisar que, conforme con el artículo 29 de la constitución, el debido proceso debe ser aplicado a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, por lo que constituye una limitación a los poderes del Estado y garantiza la protección de los derechos de los administrados, de manera que ninguna de las actuaciones de la autoridad pública dependa de su propio arbitrio, sino se encuentre sometida a los procedimientos establecidos en la ley; de igual forma, el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política, prescribe que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, todo ello, con el fin de garantizar el debido proceso, dentro del cual se reconoce como pilar fundamental el principio de legalidad.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-713/12 expuso que, *“el principio de legalidad exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable”*.

En cuanto al principio de tipicidad la H. Corte expone que éste *“se concreta a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto - la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción - y de la sanción - la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto - y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria.*

13001-23-33-000-2017-00983-00

Partiendo de lo anterior, se tiene que, el Decreto 2685 de 1999, consagra en el artículo 485 las infracciones aduaneras de las agencias de aduanas, y las sanciones aplicables a las mismas. En ese sentido, se consagra en el numeral 2.6 lo siguiente:

“ARTÍCULO 485: INFRACCIONES ADUANERAS DE LAS AGENCIAS DE ADUANAS Y SANCIONES APLICABLES. Además de las infracciones aduaneras y sanciones previstas en los artículos 482, 483 y 484 del presente decreto, las agencias (...) serán sancionados por la comisión de las siguientes infracciones:

2.6 hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros”.

A su turno, la Resolución 000030 del 10 de enero de 2017, por medio de la cual la DIAN sancionó a la Agencia actora, por los hechos antes mencionados³⁰; para efectos de determinar la responsabilidad de la misma expuso:

*La División de Gestión de Fiscalización de esta Dirección Seccional abrió investigación contra la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2, Nit. 900.398.556-6, por las infracciones establecidas en el en los numerales **1.1 y 2.6 del Artículo 485 del Decreto 2685 de 1999**. Esa división consideró que no era procedente, seguir la investigación por la infracción establecida en el numeral 1.1 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y expidió Requerimiento Especial Aduanero por violación al numeral 2.6 del artículo 485 del decreto 2685/99, teniendo en cuenta el proceso de definición de situación jurídica de las mercancías fueron aprehendidas por medio de las Actas 13500326POLFA del 16 de diciembre de 2013 y 13500007POLFA del 10 de enero de 2014, actuaciones resueltas con resoluciones 0151 del 22 de enero de 2014 y 0473 del 18 de febrero de 2014, al considerar esa Dirección Seccional que la mercancía no cumplía con los requisitos que le permiten circular libremente dentro del territorio aduanero nacional, debido a que está incurso en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1.999, al encontrarse en la Inspección física mercancías diferentes a las declaradas, que no estaban amparadas en las facturas comerciales, tampoco en las declaraciones de Importación*

*De conformidad con la legislación aduanera vigente al momento del decomiso, es obligación de las Agencias de Aduanas contar al momento de presentar las declaraciones de importación, con todos los documentos soportes requeridos para amparar la mercancía que se estaba nacionalizando, **es este el caso del presunto infractor quien por su omisión provoco el posterior decomiso de la mercancía, incumpliendo con el deber de responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, en los términos establecidos en la legislación aduanera.***

³⁰ Folio 97-102 cdno 3

13001-23-33-000-2017-00983-00

Este Despacho considera correcto los argumentos planteados en el Requerimiento Especial Aduanero, en el que se demostró que la AGENCIA DE ADUANAS ASENCOMEX S.A.S. NIVEL 2, Nit. 900.398.556-6, incumplió lo preceptuado en los artículos 27-2 y 27-4 del decreto 2685 de 1999, lo que lo hace acreedor a la sanción establecida en el 2.6 del artículo 485 del decreto 2685 de 1999.

Adicionalmente expuso que:

- 1. La autorización del importador de omitir el reconocimiento físico exonerando a la agencia de aduanas de esta responsabilidad, no exime a la agencia de responsabilidades aduaneras, toda vez que por tratarse de un documento privado solo vincula a las partes que lo suscribieron, pero no a la autoridad aduanera.*
- 2. Es facultativo de la agencia de aduanas, practicar el reconocimiento de la mercancía, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999, no obstante, si el reconocimiento no se realiza por orden de declarante, como se dijo anteriormente se tiene que, esta decisión no es oponible a la autoridad aduanera y la agencia será responsable por las infracciones que se deriven de su acción u omisión.*
- 3. Finalmente, se nota la independencia de los procesos penal y administrativo que puedan generarse en las actuaciones tendientes a efectuar los controles respecto de las mercancías que se encuentren dentro del TAN. El resultado del proceso penal tampoco exime de la responsabilidad a la agencia de aduanas por omitir, así sea por orden expresa del declarante, efectuar el reconocimiento de la mercancía.*

De lo anterior encuentra esta Corporación que, en efecto, la Agencia de Aduanas es responsable por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación. Esto por cuanto, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en la jurisprudencia antes citada, con ocasión de la actividad especializada que desarrollan, se espera de ellas que desarrollen las diligencias necesarias y pertinentes para determinar que la información suministrada por el importador –quien es su cliente- es la correcta, y ello debe hacerse antes de continuar con los trámites de nacionalización de la mercancía declarada.

En ese sentido, la labor de la demandante, como intermediaria en el proceso de nacionalización de mercancías, no se limita a la presentación de la declaración de importación, y a la simple transcripción de los datos contenidos en los documentos soporte suministrados por el importador, como se afirma en la demanda, sino que, en virtud de su rol de auxiliar de la función pública aduanera, le corresponde constatar que la información en ellos consignada sea veraz. Por lo tanto, en el evento en el que proveedor en el exterior cometa un error al identificar la mercancía, la Agencia de Aduanas

13001-23-33-000-2017-00983-00

se encuentra en la capacidad de identificar dicha falencia a efectos de impedir que se configure la comisión de una infracción a las normas aduaneras.

Precisamente la facultad de reconocimiento de mercancías que le es propia a la agencia de aduanas, constituye un instrumento fundamental que les confiere el legislador en su función de apoyo a la autoridad aduanera, pues su uso le permite detectar si hay mercancías distintas a las consignadas en los documentos soporte, como sucedió en este caso, y actuar de manera más diligente en aras de evitarle a su mandante incurrir en infracciones aduaneras que tengan como resultado el decomiso de su mercancía.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que, si bien la facultad del reconocimiento previo de la mercancía no es obligatoria, no se debe pasar por alto su importancia en la tarea encomendada a la agencia de aduanas, que lejos de lo planteado por la demandante, no se limita a ser un simple transcriptor del contenido de los documentos soporte, sino que le corresponde verificar la exactitud de la información que ella misma consigna en las declaraciones de importación; de modo que, al no hacer uso de ella, con dicha omisión contribuye a que la mercancía incurra en una causal de decomiso, por lo que claramente se configura respecto de ella una infracción administrativa aduanera que da lugar a sanción.

En ese orden, no debe pasarse por alto que las obligaciones otorgadas por el ordenamiento jurídico a las agencias de aduanas implican un mayor grado de especialidad y cotejo. Por ende, tales entidades deben efectuar un análisis exhaustivo de la documentación que diligencian, de forma anticipada al registro de la declaración, en su rol de auxiliares de la función pública aduanera³¹, sin que puedan escudarse en que sus facultades se limitan a transcribir los datos contenidos en los documentos soporte.

Por lo tanto, considera la Sala que le asiste razón a la entidad demandada en cuanto a que en el presente caso sí se configuró la infracción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y había lugar a imponer la sanción, por las siguientes razones:

³¹ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de fecha 6 de noviembre de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicado No. 13001-33-31-004-2012-00238-01.

13001-23-33-000-2017-00983-00

(i) La sociedad demandante, en su condición de agente de aduanas, no actuó con la debida diligencia al momento de verificar la información contenida en los documentos soporte, puesto que entre la información contenida en los BL y las facturas se puede evidenciar una primera inconsistencia, puesto que en unos se relacionan que la mercancía importada son productos plásticos de belleza, peines, balacas, pinzas, pico de loro, artículos plásticos de mano y tocador, carpetas plásticas, artículos de ferretería, martillos candados, destornilladores, cuchillos etc³²; así como elementos de cocina plásticos y de pasta: vasos plásticos, coladores, kit escolar, pinzas, cortinas de baño, alicates, cerraduras, llaves, martillos, etc³³; mientras que **en las facturas solo se relacionaron artículos de ferreterías, como llaves de metal tipo T, martillos, destornilladores, manteles y cortinas de baño**, materiales éstos que nada tiene que ver con los relacionados en el BL; es decir, desde el inicio, el BL y las facturas no coincidían completamente en cuanto a los productos importados; situación que no fue advertida por la Agencia.

(ii) Para evitar que dicha situación se presentara, pudo haber hecho uso de la facultad de reconocimiento de la mercancía, pero no lo hizo, y no advirtió el error que produjo como consecuencia de que su mandante incurriera en una infracción administrativa que conllevó al decomiso de la mercancía. En otras palabras, de haber hecho uso de la facultad de inspección, la Agencia de Aduanas se habría percatado de que la totalidad de los productos importados eran diferentes a los que se consignaban en los documentos utilizados para la legalización de la mercancía; a pesar de ello, decidió asumir el riesgo, bajo el amparo de la autorización dada por el cliente, en la que éste asumía ante la Agencia la responsabilidad por omitir la inspección de la mercancía.

En este punto debe detenerse el Tribunal para explicar que, la infracción que se le imputa a la Agencia de Aduanas, es un tipo en blanco, para el cual es necesario acudir al artículo 27-4 del Decreto 2685/99, que se refiere a la responsabilidad de estas sociedades de intermediación y, cuyo incumplimiento genera la sanción que contempla el artículo 485 #6 del decreto en mención. Así las cosas, se tiene que la conducta que se le reprocha a la Agencia es haber actuado negligentemente y con ello haber provocado el decomiso de la mercancía.

³² Folio 26 rev. Cdno 3

³³ Folio 29 rev. Cdno 3

13001-23-33-000-2017-00983-00

En ese orden de ideas, no tiene razón la empresa demandada cuando alega que su actuar no ocasionó el decomiso de la mercancía, pues la infracción administrativa imputada se genera tanto por acción como por omisión; así las cosas, cuando el importador se negó a realizar la inspección de la mercancía y la agencia convino con dicha situación, esta última asumió al riesgo derivado de tal conducta.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, según el artículo 12 del Decreto 2685/99 la accionante es una auxiliar de la función aduanera y, en su calidad de intermediaria hizo incurrir al importador en una infracción que generó el decomiso de la mercancía, lo cual se hubiese podido evitar si que se hubiese realizado la verificación previa de la misma; en ese sentido, puede concluirse que con su actuar, la Agencia de Aduanas asumió un riesgo, que finalmente se concretó con la sanción impuesta.

Ahora bien, no puede perderse de vista que la autorización en la que en el que se le autoriza a la agencia de aduanas proceder con el trámite de nacionalización omitiendo el reconocimiento físico de las mercancías y exonerándola de toda responsabilidad, no es oponible a la DIAN, por tratarse de un documento privado que solo vincula a las partes y no a la autoridad aduanera; en otras palabras, lo anterior quiere decir que, la voluntad privada de los intervinientes en ese acuerdo, no puede estar por encima de la ley, y las sanciones que esta imponga no pueden sujetarse a la voluntad de los particulares; cosa diferente es que Agencia de Aduanas quiera repetir en contra de Dinámica Comercial AM SAS., y con ello consiga que se le reembolsen los dineros pagados en virtud de la sanción en comento; pero ese ya es un asunto que no atañe a este proceso.

(iii) Por último, es pertinente resaltar que en el plenario no quedó demostrado que la Agencia de Aduanas demandante hubiese sido engañada en su buena fe, que se le hubiese hecho incurrir por parte de un tercero, en errores que la eximieran de responsabilidad; por el contrario, lo cierto es que la Sociedad de intermediación asumió un riesgo, fundamentado en la autorización dada por el importador y no adelantó la inspección previa de la mercancía a fin de asegurarse de que la misma correspondiera con los documentos entregados antes de ser declarada ante la DIAN; hecho que generó que no se advirtiera a tiempo el "error logístico cometido por el exportador" y se decomisara la mercancía.

13001-23-33-000-2017-00983-00

En consecuencia, debe concluirse que la Agencia De Aduanas Asencomex S.A.S. Nivel 2, sí incumplió los deberes y obligaciones contenidos en las normas aduaneras, y que la sanción impuesta es pertinente por haber incurrido en la infracción contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

De otro lado, se advierte que los actos demandados sí fueron motivados por la entidad demandada, pues de ellos se desprenden claramente las razones que dieron lugar a la imposición de la sanción a la Sociedad de intermediación aduanera en mención.

- **Decreto 390 de 2016 y el principio de favorabilidad**

La parte actora solicita que se le aplique el principio de favorabilidad en relación con el Decreto 390 de 2016, por medio del cual se expide el nuevo Estatuto Aduanero, pues considera que dicha legislación es más beneficiosa.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se refirió en providencia del 5 de noviembre de 2020³⁴, para explicar lo siguiente:

“No obstante, dado que la misma disposición constitucional preceptúa, de manera expresa, que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable», esta Judicatura advirtió, y aquí se reitera, que el fundamento de tal favorabilidad está relacionado con los fines que justifican la imposición de penas o sanciones, pero, de ningún modo, se trata de una regla que resuelva los conflictos sobre la eficacia de la ley en el tiempo en materia tributaria y aduanera, sino que obedece a una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta punible o infractora cuando la ley que establecía su desvalor, para el momento en que fue realizada, varía por cuenta de una decisión legislativa posterior, que merma o elimina el reproche. 3.4- En ese orden, no es posible aplicar el principio constitucional de favorabilidad en conflictos normativos cuya naturaleza es distinta a la sancionadora, como sería el caso de los tributos aduaneros y, para el caso concreto, la responsabilidad directa de las intermediarias aduaneras en relación con el pago de los mayores tributos aduaneros. De allí que, a pesar de que el artículo 520 antes citado establezca una cláusula general de favorabilidad, su alcance no puede predicarse de los tributos aduaneros y demás obligaciones surgidas de la realización de presupuestos de hecho distintos las infracciones administrativas aduaneras. Entender ese precepto como una cláusula de retroactividad (en este caso propia), respecto de los tributos aduaneros, daría lugar a vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica, en sus vertientes de certeza y predeterminación, puesto que el artículo 338 superior ordena que «las normas tributarias no se aplicarán con retroactividad». (...) Por todas las anteriores

³⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00015-00(22392)

13001-23-33-000-2017-00983-00

razones, la Sala precisa su jurisprudencia frente a la interpretación del artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, a fin de indicar su ámbito de aplicación, habida consideración de los anteriores criterios de decisión. Así, se sostiene que el artículo 520 del Decreto 2685 de 1999 ratifica el principio constitucional de favorabilidad previsto en el artículo 29 de la Constitución y, en esa medida, su aplicación debe estar restringida a eventos de naturaleza sancionadora y no de eficacia temporal de la normativa que modifica las obligaciones de tipo tributarias, aduaneras o de otro orden legal”.

En conclusión, debe entenderse que el principio de favorabilidad de que trata el artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, hace relación es la condición más beneficiosa en cuanto a la imposición de sanciones administrativas aduaneras; en ese sentido, el principio de favorabilidad obedece es a una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta punible cuando la ley varía por cuenta de una decisión legislativa posterior, que termina por disminuir o eliminar el reproche.

En el sub lite, el Decreto 2685/99 establece que, si antes de que la autoridad aduanera emita un acto administrativo que decida de fondo determinado asunto, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera se encuentra obligada a aplicarla, aunque ello no se haya mencionado en la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero. Por su parte, el Decreto 390 de 2016 expone que, si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente, aun cuando no se hubiere solicitado.

Ahora bien, el artículo 674 del Decreto 390 expedido el **7 de marzo de 2016**³⁵, propuso una entrada en vigencia escalonada; en ese sentido los artículos del 1 al 4; 7; del 9 al 34 numeral 2.1; del **35 a 41; 43, 44**; del 111 al 113; del 155 al 166; del 486 al 503; del **505 al 510; del 550 al 561** y del 611 al 673, entraron a regir quince (15) días después de su publicación.

Por otro lado, los demás artículos entrarán a regir una vez fueran reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, lo cual debía ocurrir dentro de los 180 días siguientes a la publicación del decreto. En caso de requerirse la incorporación de ajustes al sistema informático

³⁵ Parte considerativa de la Resolución 041 de 2016: “Que al ser publicado el Decreto número 390 de 2016 en el **Diario Oficial** número 49.808 del 7 de marzo del 2016, el término de quince días comunes empezó a correr desde el día siguiente a su publicación, debiendo entrar a regir las disposiciones indicadas en el numeral 1 del artículo 674, a partir del 22 de marzo del 2016”

13001-23-33-000-2017-00983-00

electrónico de la DIAN, o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses, con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses. En este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático.

Conforme con el Oficio Aduanero No. 0020 del 11 de enero de 2017, expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, se tiene que, en desarrollo de lo determinado por el numeral 2 del artículo 674, la Administración aduanera expidió las siguientes resoluciones, con las cuales se reglamentaron todos los artículos del Decreto 390 de 2016 que podían regir sin que el nuevo sistema informático electrónico de la DIAN fuera implementado:

- **Resolución 41 del 11 de mayo de 2016** “por la cual se reglamentan unos artículos del Decreto número 390 del 7 de marzo de 2016”, reguló los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 38, 42, 45, 96, 111, 113, 140, 280, 494, 526, 656, 665, 663, 672 y 675.
- **Resolución 42 del 13 de mayo de 2016** “Por la cual se desarrollan los sistemas de facturación, los proveedores tecnológicos, el registro de la factura electrónica de venta como título valor, se expide el anexo técnico de factura electrónica de venta y se dictan otras disposiciones en materia de sistemas de facturación”, en su artículo 96 dispuso: “vigencia y derogatorias. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga la Resolución 000055 de 14 de julio de 2016 y todas las que le sean contrarias”.
- **Resolución 64 del 28 de septiembre de 2016** “Por la cual se reglamentan unos artículos del Decreto 390 del 7 de marzo del 2016, relacionados con el control posterior y aspectos procedimentales”, en su artículo 51 establece: “vigencia: Con la entrada en vigencia de la presente Resolución, y de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, entran a regir los artículos 513 al 519, 522, 524, 534 para los Centros de Distribución Logística Internacional salvo el numeral 10, 562 al 598, 601 al 610, del Decreto 390 de 2016”.
- **Resolución 72 del 29 de noviembre de 2016** “Por la cual se reglamentan unos artículos del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 relacionados con origen, clasificación arancelaria, valoración, otras disposiciones y se modifica la

13001-23-33-000-2017-00983-00

Resolución 41 del 11 de mayo de 2016 y la Resolución 000064 del 28 de septiembre de 2016”, en su artículo 63 dispone: “Vigencia. Con la entrada en vigencia de la presente resolución y de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, entran a regir, el inciso primero y los numerales 1; 2.3; 2.6 y 2.9 del artículo 35, numerales 2, 3 y 4 del artículo 42, numeral 11 del artículo 50, los artículos 149, 151, artículos 152, 153, 154, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, numeral 2.2 del artículo 215, 220, 429, numerales 7 y 11 del artículo 527, numerales 12, 15, 24 y 33 del artículo 528, 529, numeral 11 del artículo 530, 541, 599 y 600 del Decreto 390 de 2016”.

Ahora bien, se tiene que la actividad de las Agencias de Aduanas y sus obligaciones se encuentran regulados en los **artículos 54 al 62 del Decreto 390 de 2016**; y lo relativo a las infracciones aduaneras que estas sociedades puedan cometer, se encuentran regulados en los **artículos 538** del mismo estatuto.

Así las cosas, de una revisión de las normas que entraron en vigencia, conforme a las disposiciones del artículo 674 ibidem, se tiene que, lo relacionado con las agencias de aduanas y las sanciones aduaneras no entró en vigencia en conforme los numerales 1 y 2 de la norma en mención; sino que, por el contrario, estas temáticas quedaron sujetas a la vigencia establecida en el numeral 3 del artículo 674, es decir, que comenzaban a regir 2 años después de la expedición del nuevo estatuto, lo cual se cumplía el **7 de marzo de 2018**.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, debe concluirse que en este caso no es procedente la aplicación del principio de favorabilidad que pretende el accionante, como quiera que las normas que son más benévolas para su condición no se encontraban vigentes para la fecha en la que se resolvió de fondo la situación jurídica.

Debe resaltar esta Sala que el Decreto 390 de 2016, fue modificado en gran parte por el Decreto 349 de 2018 y, posteriormente, fue derogado por el 1165 de 2019.

- **Caducidad de la acción administrativa sancionatoria**

En el caso de marras, la parte actora alega la caducidad de la acción sancionaría de la DIAN, pues a su juicio los actos demandados se expedieron

13001-23-33-000-2017-00983-00

con posterioridad a los 3 años desde cuando se dio el trámite de aprehensión de la mercancía.

Conforme con el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, la acción administrativa sancionatoria caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Ahora bien, cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo.

Debe aclararse en este punto que, así como lo expresó el Consejo de Estado en sentencia 28 de enero de 2021³⁶, la acción sancionatoria caduca en el evento en el que transcurran los 3 años que dispone el artículo 478 del Decreto 2685/99, **sin que se haya dado inicio a la investigación** tendiente a imponer la respectiva sanción; por lo tanto no tiene razón la parte demandante, cuando da a entender que, es dentro del plazo de los 3 años antes referenciado que la Administración Aduanera tiene la obligación de imponer la sanción respectiva.

En el caso en concreto, encuentra esta Judicatura que el término para iniciar la acción sancionatoria, tuvo su génesis cuando quedaron ejecutoriados los actos administrativos que resolvieron el decomiso de la mercancía, ello, teniendo en cuenta que es con dicha actuación que se configura la causal de infracción tipificada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685/99.

En ese orden de ideas, se tiene que, el recurso de reconsideración presentado por la Agencia de Intermediación Aduana contra la Resolución 0151 del 22 de enero de 2014³⁷, mediante la cual se ordenó el decomiso de la mercancía, se resolvió a través de la **Resolución 0735 del 14 de abril de 2014**³⁸; por lo tanto, a partir de esa fecha fue que la DIAN tuvo certeza de la existencia de una infracción administrativa aduanera por parte de la Agencia de Aduanas Asenxomex SAS Nivel 2, en consecuencia, era a partir de esa calenda que se iniciaban a contabilizar los 3 años que trata el artículo 478 del Decreto 2685/99; venciéndose dicho plazo el **14 de abril de 2017**.

³⁶ Ver referencia # 9

³⁷ Folio 94-98 cdno 1

³⁸ Folio 174

13001-23-33-000-2017-00983-00

Respecto a lo anterior, encuentra esta Judicatura que, el Requerimiento Especial Aduanero No. 0479³⁹ que dio inicio a la investigación en contra de la Agencia de Aduanas Asencomex SAS Nivel 2, fue expedido el **23 de noviembre de 2016**, y **notificado el 25 de noviembre del mismo año**⁴⁰, a Seguros del Estado y a la empresa actora; por lo tanto, debe entenderse que la DIAN dio inicio a la actuación sancionatoria antes del vencimiento de los 3 años que establece el artículo 478 del Decreto 2685/99.

Así las cosas, no existe caducidad de la acción sancionatoria, en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda, toda vez que ninguno de los argumentos de la parte accionante prosperó.

5.6 Condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código*".

En los términos de los citados artículos, se condenará en costas en primera instancia la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales en primera instancia, a la parte demandante, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

³⁹ Folio 70-78 cdno 1

⁴⁰ Folio 38 rev. Cdno 3

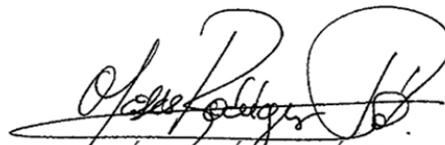
13001-23-33-000-2017-00983-00

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual No. 023 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ