

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este Despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.

DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

RADICADO No.: 76001-33-33-003-2014-00077-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 206

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"2.1. Se decrete la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 1-88-241-06.42.03-00848 de Mayo 27 de 2013 de la División de Gestión de Liquidación y su confirmatoria la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de Agosto 20 de 2013, de la División de Gestión Jurídica Aduanera respectivamente, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2.2. Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados No. 1-88-241-06.42.03-00848 de Mayo 27 de 2013 y su confirmatoria la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de Agosto 20 de 2013, de la División de Gestión de Liquidación se declare, a título de restablecimiento del derecho, que la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. -AVIANCA, no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- por concepto de sanciones relativas a los Actos antes mencionados, ni ha incumplido ninguna obligación legal.

2.3. Sólo en caso de que durante en el transcurso del presente proceso contencioso administrativo se efectúe el pago de la sanción antes mencionadas, bien sea de manera voluntaria, con ocasión de cobro coactivo, o por cualquier otra razón, entonces se reconozca y pague, a título de restablecimiento del derecho, a favor del demandante la sociedad AEROVIAS

DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA, por parte de la DIAN, la siguiente suma:

2.3.1. CUATRO MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL PESOS M/L (\$4.911.000,00), suma que figura en los Actos Administrativos aduaneros demandados como consecuencia de la sanción impuesta, más los intereses legales. A título de daño emergente.

2.3.2. Como lucro cesante y en caso de haberse pagado por mi poderdante la suma mencionada en el numeral anterior, con intereses y actualizaciones; al momento de ordenarse el pago a favor de mi poderdante, se deberán actualizar las sumas anteriores de acuerdo con las normas que regulan la materia, no menor el IPC más un 6%, desde el momento en que dicha suma se abone a la DIAN, hasta la fecha en que efectivamente se reembolse el pago.”

1.2. HECHOS.

La parte actora fundamentó su causa petendi en los siguientes hechos que bien pueden sintetizarse así:

1.2.1. La División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, profirió el Requerimiento Especial Aduanero No. 1-88-238-419 439-3-0012 de febrero 21 de 2013 por la supuesta comisión de la infracción contemplada en el numeral 3.2.5 del Artículo 497 del Decreto 2685/99

1.2.2. El día 21 de marzo de 2013 y dentro del término legal para ello, Aerovías del Continente Americano S.A. presentó la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero No. 00012 de febrero 21 de 2013, bajo el radicado No. 2013ER18601.

1.2.3. A través de la Resolución No. 1-88-241-06.42.03-00848 de Mayo 27 de 2013, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali impone una sanción a la sociedad AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA, consistente en la suma de \$4.911.000,00, declarando la responsabilidad por la supuesta infracción contemplada en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

1.2.4. Contra la anterior Resolución se interpuso recurso de reconsideración el 20 de junio de 2013, siendo resuelto a través de la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de agosto 20 de 2013, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 1-88-241-06.42.03-00848 de mayo 27 de 2013.

1.2.5. La anterior Resolución que puso fin a la vía gubernativa fue notificada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 567 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 56 del Decreto 1232 de 2001, por correo el día 22 de Agosto de 2013, cuando fue recibida copia del Acto Administrativo en las oficinas del apoderado de AVIANCA, tal como consta en la Guía Crédito de Servientrega No. 1077254271, la cual se anexa en original con la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de agosto 20 de 2013.

1.3. NORMAS VIOLADAS.

- Constitucionales: Artículo 29.
- Legales: Decreto 4048 de 2008; artículos 318 y 531 de la Resolución 4240 del 2000; Resoluciones Nos. 007, 008 y 0011 de 2008 del Director de la DIAN; artículos 165 y 152 del C.P.C.; Artículos 1º, 125, 126, 127, 478 del Decreto 2685 de 1999; artículos 1054, 1057 y 1081 del Código de Comercio.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la entidad demandante aludió a las siguientes causales de nulidad:

.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA.

Los hechos materia de la investigación datan del 29 de marzo de 2010, cuando se diligenció el documento de tránsito, por lo tanto, al día en que quedó en firme la sanción con la Resolución 1489 de agosto 20 de 2013, transcurriendo más de los tres (3) años exigidos por la normatividad aduanera para imponer la sanción, luego operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción administrativa sancionatoria, tal y como lo dice el artículo 478 del Decreto 2685/99.

Arguyó que la caducidad no admite interrupciones ni suspensiones en la legislación aduanera, luego el tiempo máximo para imponer la sanción fue superado, lo que determina la configuración de dicho fenómeno.

La DIAN en el concepto jurídico 76 del 16 de noviembre de 2007, contrario al texto legal del artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, afirma que la caducidad se interrumpe con la notificación del requerimiento especial aduanero, por lo que hay que distinguir que esta situación sí ocurre respecto a la firmeza de la declaración de importación, por expreso mandato del artículo 131 del Decreto 2685 de 1999, pero la caducidad no contempla tal situación.

La firmeza de la declaración de importación se predica como el paso del tiempo (3 años) en el cual la Administración puede formular liquidaciones oficiales con efectos tributarios, para el cobro de impuestos, de tal manera que transcurrido ese tiempo, sin la notificación del requerimiento especial aduanero ya no puede la DIAN emitir el acto administrativo para imponer la obligación de pagos de tributos dejados de pagar, en tanto que la caducidad se predica en el artículo 478 del tiempo, igual 3 años, para imponer las sanciones ya no el cobro de tributos por medio de liquidaciones, luego se está frente a dos figuras completamente diferentes y que legalmente carecen de base legal para comunicarse sus condiciones.

.- FALTA DE COMPETENCIA.

Indicó que las normas internas de la DIAN, que se aplican para el presente caso, establecen que la Dirección Seccional competente para imponer sanciones por la

comisión de infracciones administrativas aduaneras es la que tiene jurisdicción en el domicilio fiscal del infractor, que en el caso de la demandante, es la ciudad de Barranquilla.

En este mismo sentido se pronunció la Resolución No. 1250 de 2005 y la Resolución No. 08046 de julio 21 de 2006 expedidas por el director de la DIAN y el Decreto 4048 de 2008 y las Resoluciones 007, 008 y 011 de 2008, normas que señalan como regla general que la dirección competente para imponer sanciones es la del domicilio del infractor, contando como excepción si la infracción es detectada en un control previo o simultáneo, refiriéndose a situaciones advertidas en una inspección física o documental dentro del proceso de importación o exportación; es decir, que no puede la administración de manera arbitraria asumir una competencia que no le corresponde, porque la Dirección Seccional de Aduanas Cali no es la del domicilio fiscal de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA sino Barranquilla, menos aun si la situación no se encaja en las excepciones a las normas de competencia que tiene la legislación aduanera.

.- INEXISTENCIA DE LA INFRACCION – VIOLACION DE LAS NORMAS ADUANERAS.

No existe la infracción o violación de las normas aduaneras, pues en el requerimiento especial aduanero y la resoluciones de la referencia se afirma que no se terminó oportunamente una operación de cabotaje de marzo 23 de 2010, porque la fecha de terminación autorizada por la DIAN, en este caso, era el 28 de marzo de 2010 y supuestamente fue finalizada el 30 de marzo de 2010, presuntamente fuera del término autorizado.

Tal y como se informó en sede administrativa no es posible aceptar la existencia de la infracción porque la fecha para finalizar la modalidad era el 28 de marzo de 2010, día que era domingo y de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 318 de la Resolución 4240 del 2000 al no ser un día hábil laboral el término se corre al día siguiente hábil.

Por lo anterior, la fecha para finalizar el cabotaje era el 29 de marzo de 2010, pero como esta era un cabotaje que se estaba manejando bajo la disposición de carga entrega en lugar de arribo/entrega directa, la finalización de este cabotaje se enmarcó bajo los términos establecidos en el inciso 4º del artículo 113, es decir, si dentro del día siguiente al informe de descargue e inconsistencias el declarante no obtuvo levante en el lugar de arribo, el segundo día esta carga se trasladará a un depósito aduanero que para este caso se realizó el pasado 30 de marzo de 2010.

.- IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA – VIOLACION DE LAS NORMAS DEL CONTRATO DE SEGURO.

Existe una improcedencia de la efectividad de la garantía y violación de las normas del contrato de seguros, pues el hecho por el cual se decretó la efectividad de la garantía expedida por CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS

S.A. del 31 de enero de 2012 y anexo de modificación No. 1 del 24 de febrero de 2012 por valor de \$56.939.327.636,15, no tenía cobertura bajo dicho contrato de seguro, dado que para el momento de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación consideradas dentro del expediente CU 20102013 3, no se había celebrado el contrato de seguro y no se había expedido la póliza, pues esta inició su vigencia a partir del 22 de febrero de 2012 y hasta el 01 de febrero de 2015, tal como aparece demostrado dentro del expediente y como se cita en los actos administrativos demandados, con el número de póliza. El anexo 8, certificado No. 0, póliza No. 43111834 expedido el 31 de enero de 2012 tiene como fecha de vigencia de la póliza del 01 de febrero de 2012 al 01 de febrero de 2015.

Advirtió que los actos administrativos demandados tienen que ver con la sanción impuesta por la DIAN, quien se fundamenta en el artículo 497 literal 3.2.5. del Decreto 2685 de 1999, así las cosas, el tiempo que tenía Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA para finalizar dicha modalidad estaba entre el 23 al 29 de marzo de 2010, fecha en la que aún no se había expedido la póliza No. 43111834, certificado No. 0 de enero 31 de 2012, que como se informa fue emitida cerca de dos años después de ocurridos los hechos.

La DIAN es sus conceptos jurídicos crea unas figuras bastantes exóticas, pero la plasmada en el concepto 6 del 26 de febrero de 2008, es un completo derroche de imaginación y creatividad que se traduce en una estrategia para cobrar en cualquier tiempo los siniestros que no lo fueron en forma oportuna y así dejar al arbitrio del funcionario de turno decidir cuando ocurre el siniestro, pues según su tesis, el siniestro solo ocurre con la emisión del requerimiento especial aduanero, es decir, cuando a bien le plazca a la administración, sin importar las normas que regulan el contrato de seguros en el Código de Comercio, además sin fundamento alguno en el propio estatuto aduanero.

.- NO APLICACIÓN DEL ARTICULO 1081 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Arguyó que el acto administrativo por medio del cual se pretende ordenar la efectividad de la garantía, esto es, la Resolución No. 1-88-241-06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, deber ser expedido dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro y quedar debidamente ejecutoriado, contrario sensu, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió la citada Resolución, pasados tres (3) años de ocurrido el siniestro (error en la liquidación de tributos aduaneros).

Por lo anterior, aun en el absurdo supuesto de estar vigente la garantía para la época de los hechos, la prescripción al momento del requerimiento especial aduanero y la imposición de la sanción ya había ocurrido, por lo que no podía legalmente decretarse la efectividad de la garantía.

El acto administrativo que decretó el incumplimiento de obligaciones y la efectividad de la garantía esta por fuera de los dos (2) años permitidos por el artículo 1081 del Código de Comercio y por consiguiente, los hechos no solo no

cuentan con cobertura por parte de la póliza debido a que ocurrieron por fuera de su vigencia, sino que también operó la prescripción ordinaria de los contratos de seguros.

1.5. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue admitida mediante proveído de fecha 17 de julio de 2014, de igual forma se dispuso integrar el contradictorio con la compañía CHUBB DE COLOMBIA S.A. (fls. 81-82), procediéndose a notificar a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 85-90).

Dentro del término legal, la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, a través de su apoderada judicial presentó escrito de contestación de la demanda (fls.113-120), en el cual manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su posición argumentó que la investigación aduanera tuvo su origen en el oficio No. 1 87 236 408 228 de diciembre de 2012, mediante el cual la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas Barranquilla, remite el expediente a nombre de la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 1-87201-236-601-001794 de noviembre 20 de 2012, en la cual se decidió revocar la Resolución No. 01574 de octubre 3 de 2012, considerando que la competencia para adelantar la investigación por el incumplimiento en la finalización del tránsito aduanero, corresponde a la aduana donde se finaliza, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.1 del artículo 1º de la Resolución 007 de 2008, modificado por el artículo 1º de la Resolución 4387 de 2011 y que en el presente caso es la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, por lo cual resuelve remitir el expediente a esta seccional para que se siguiera con la investigación correspondiente.

En lo que respecta con la inexistencia de la infracción, indicó que si bien es cierto, el apoderado de la empresa cita el artículo 318 de la Resolución 4240 de 2000, la entidad la realizar el análisis del acervo probatorio recaudado, considera importante citar lo establecido en el párrafo del artículo 348 de la mencionada Resolución, en atención a que la modalidad del régimen de tránsito aduanero que aquí se estudia corresponde a cabotaje.

De la mencionada normatividad se infiere, que la modalidad de cabotaje puede finalizar en el lugar de arribo de la aduana de destino, con la presentación de la declaración inicial o anticipada, sin embargo, como lo señala el apoderado, el citado párrafo dispone que se deben realizar los trámites dentro de los términos establecidos en el referido inciso, observándose entonces que la finalización de la modalidad de cabotaje en el lugar de arribo, se debió surtir la entrega de la mercancía al importador o declarante, dentro del término del inciso 4º del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, situación que no se dio, pues la mercancía fue trasladada al depósito Consimex, como se evidencia en la planilla de envío de marzo 30 de 2010.

Aclaró que la finalización de cabotaje debe darse dentro del término otorgado por la aduana de partida, así la misma se finalice en el lugar de arribo; y para el presente caso, la fecha de finalización de la modalidad era el 29 de marzo de 2010, por ser día festivo el 28 de marzo de 2010, como se señaló en la declaración de tránsito aduanero, término que no se cumplió, pues la mercancía fue entregada al depósito el 30 de marzo de 2010, como se constata en la planilla de recepción manual obrante a folio 23 y su registro en el sistema se dio el 31 de marzo de 2010.

Adicionalmente obra a folio 12 de expediente aduanero CU 2010 2013 003, escrito fechado el 26 de marzo de 2010, mediante el cual la empresa UTI Colombia Cali, solicita a Tampa Cargo el traslado de la mercancía al depósito Consimex, situación que permite evidenciar que mucho antes de la fecha de finalización cabotaje, no se pretendía finalizar dicho trámite en el lugar de arribo; así las cosas no le asiste razón al apoderado de la empresa investigada, al señalar que por tratarse de una finalización en el lugar de arribo como entrega directa, se hayan cumplido los presupuestos que se exigen para la finalización en estas condiciones.

En lo atinente a la nulidad por falta de competencia la DIAN manifestó, que de acuerdo con la Resolución 7 de 2008 por la cual se determina la competencia funcional y territorial de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, establece en el numeral 7 del artículo 1º, como norma general 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, la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario, pero así mismo estableció unas excepciones a esta regla, como lo señala el numeral 7.1, modificado por el artículo 1º de la Resolución 4387 de 2011.

Concluyó que la norma es clara al establecer la competencia por lo que no es admisible el argumento presentado por el apoderado de la sociedad investigada, tesis además presentada por el mismo apoderado en el proceso adelantado por la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, que concluyó con el envío del expediente a esta seccional, precisamente por razones de competencia.

Finalmente, en lo que respecta a la caducidad de la acción sancionatoria, consideró que el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, señala que 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 y que cuando no es posible determinar la fecha de la ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo.

Por lo anterior considera la entidad demanda, que el hecho constitutivo de infracción administrativa aduanera, se configuró cuando venció el plazo para finalizar el tránsito aduanero, el cual estaba señalado para el 28 de marzo de 2010, es decir, que los tres (3) años para determinar la caducidad de la acción

administrativa sancionatoria, se cumple el 29 de marzo de 2013 y la Resolución especial aduanera No. 1 88 238 439-3 – 0012 fue proferida el 26 de febrero de 2012, esto es, dentro de la oportunidad legal establecida en la norma señalada.

Por su parte el apoderado judicial de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., dentro del término legal establecido, dio contestación a la demanda (fls. 121-135) en el cual manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su posición argumentó, que la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA celebró con CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. el contrato de seguro documentado en la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 43111834, vigente desde el 01 de febrero de 2012 hasta el 01 de febrero de 2015, con el objeto de garantizar el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que hubiere lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que se generen en el ejercicio de la actividad como usuario aduanero permanente, de provisiones de a bordo para consumo y para llevar y declarante en el régimen de tránsito aduanero de conformidad con el Decreto 2685 de 1999, en especial las contenidas en el art. 32 de la Resolución 4240 de 2000 y demás normas que las modifiquen adicionen o complementen.

Fue así como, la seccional de aduanas Bogotá autorizó mediante declaración de tránsito aduanero y/o cabotaje del 23 de marzo de 2010 a la sociedad AVIANCA para que realizara un tránsito aduanero o cabotaje el cual debía finalizar el 28 de marzo de 2010, conforme a lo establecido en el art. 113 del Decreto 2685 de 1999; a pesar del plazo otorgado la sociedad finalizó el cabotaje el 30 de marzo de 2010 cuando la mercancía fue entregada en el depósito Consimex, presuntamente fuera del plazo otorgado.

Ante tal incumplimiento, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas profirió el Requerimiento Especial Aduanero No. 1-88-238-419-439-3-0012 del 26 de febrero de 2012, el cual no fue debidamente notificado a su representada, tal y como lo establece la Circular No. 140 del 4 de octubre de 2004 de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vulnerando de esta manera su derecho de defensa y el debido proceso.

A pesar de lo anterior y de la debida respuesta al Requerimiento Especial que presentó la sociedad AVIANCA, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas Cali, expidió la Resolución sanción No. 1-88-241-06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, ordenando a su vez la efectividad de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, en la suma de Cuatro Millones Novecientos Once Mil Pesos (\$4.911.000); acto administrativo que al igual que el requerimiento no fue debidamente notificado a su representada, vulnerado de esta manera nuevamente el derecho de defensa y debido proceso.

Por otra parte y conforme a la flagrante violación a los derechos fundamentales de la entidad aseguradora, se debe observar que la Seccional de Aduanas de Cali incurrió en un grueso error al haber ordenado la efectiva de la póliza expedida por su procurada en los actos administrativos demandados, puesto que los hechos que son materia de investigación y que sirvieron de base para sustentarlos, carecen de cobertura bajo la póliza de disposiciones legales No. 43111834, por cuanto no configura el riesgo asegurado conforme a lo establecido en el art. 1072 del Código de Comercio.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 23 de febrero de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., se fijó el litigio circunscribiéndolo a establecer si los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 1-88-241-06.42.03-00848 de mayo 27 de 2013 de la División de Gestión de Liquidación y su confirmatoria la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de agosto 20 de 2013, de la División de Gestión Jurídica Aduanera respectivamente, se encuentran viciados de nulidad y en caso positivo, ordenar el correspondiente restablecimiento del derecho disponiendo que la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN por concepto de sanciones relativas a los actos antes mencionados, ni ha incumplido ninguna obligación legal; además se declaró fallida la etapa de conciliación ante la inasistencia de la apoderada de la DIAN.

Adicionalmente, se decretaron las pruebas y tuvieron como tales las aportadas por la parte demandante (fls. 2 a 59), las aportadas por la entidad demandada DIAN (expediente administrativo contentivo de 250 folios) y por la vinculada Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. (fls. 137 a 147).

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de “Audiencia de Pruebas” y se constituyó el despacho en “Audiencia de Juzgamiento”.

Igualmente, con fundamento en el numeral 1° del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo el apoderado de la parte demandante quien se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda y el apoderado de la entidad vinculada, quien también se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 161 del informativo.

Posteriormente y teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 182 numeral 3° y atendiendo a la complejidad del asunto se dispuso dictar la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la celebración de la audiencia.

¹ Folios 151-154 del expediente.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

3. CUESTIÓN DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso insta responder si: ¿Hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 1-88-241-06.42.03-00848 de mayo 27 de 2013 de la División de Gestión de Liquidación y su confirmatoria la Resolución No. 1-88-236-408-601-01489 de agosto 20 de 2013, de la División de Gestión Jurídica Aduanera respectivamente y en consecuencia declarar que la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN por concepto de sanciones relativas a los actos antes mencionados, ni ha incumplido ninguna obligación legal?

Previamente a considerar el fondo de la *litis*, sea oportuno manifestar que el análisis que esta instancia abordará se contrae a los siguientes aspectos: i. Régimen de Tránsito Aduanero; ii. Competencia de la Administración Seccional de Aduanas para adelantar el proceso sancionatorio aduanero; iii. Caducidad de la acción administrativa sancionatoria en materia aduanera; iv. Efectividad de la garantía - prescripción de seguros frente a la declaratoria del siniestro.

3.2. REGIMEN DE TRANSITO ADUANERO.

Conceptualmente hablando el tránsito aduanero, es la modalidad establecida en el Decreto 2685 de 1999², que permite el transporte de mercancías nacionales o de procedencia extranjera, bajo control aduanero, de una aduana a otra, situadas en el territorio aduanero nacional. En este régimen se pueden dar las modalidades de: tránsito, cabotaje y transbordo.

El cabotaje, es la modalidad que regula el transporte de mercancías bajo control aduanero, cuya circulación esté restringida, por agua o por aire, entre dos puertos o aeropuertos habilitados dentro del territorio aduanero nacional (art. 353), al tiempo que el transbordo, es la modalidad que regula el traslado de mercancías

² Por el cual se modifica la Legislación Aduanera. Decreto derogado parcialmente por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, "por el cual se establece la regulación aduanera", publicado en el Diario Oficial No. 49.808 de 7 de marzo de 2016.

del medio de transporte utilizado para la llegada al territorio aduanero nacional, a otro que efectúa la salida a país extranjero, dentro de una misma aduana y bajo su control sin que se causen tributos aduaneros (art.385).

En términos muy generales y conforme a las disposiciones del Decreto 2685/99, el procedimiento para llevar a cabo el tránsito aduanero debe ser autorizado por la Aduana si la carga se encuentran debidamente sellada y precintada desde el país de procedencia, de forma tal que garantice que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la aduana de partida, salvo cuando la autoridad aduanera observe que la carga se encuentra en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo señalado en el documento de transporte, o se observen signos de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.

La autoridad aduanera determinará la duración de la modalidad de tránsito de acuerdo con la distancia que separe la aduana de partida de la de destino. Dicho término se contará a partir de la fecha de autorización del régimen y se consignará en la declaración de tránsito aduanero. Para la ejecución de la operación de tránsito aduanero, los medios de transporte deberán utilizar las rutas más directas entre la aduana de partida y la de destino.

A su vez, la modalidad de tránsito aduanero finaliza con la entrega de la carga al depósito o al usuario operador de la zona franca, según corresponda, quien recibirá del transportador la declaración de tránsito aduanero, ordenará el descargue y confrontará la cantidad, el peso y el estado de la carga con lo consignado en dicho documento. Si existiere conformidad registrará la información en el sistema informático de la aduana.

Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la declaración de tránsito aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la aduana de partida, el depósito o el usuario operador de la zona franca elaborará y remitirá a la aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero.

De manera que una de las obligaciones de las empresas transportadoras que trasladan mercancías sometidas a régimen de tránsito aduanero y/o cabotaje es la entrega oportuna de las mercancías, lo cual debe cumplir en forma estricta dentro del plazo que al efecto ha señalado la aduana de partida. Pero, además, en la medida en que transportan mercancías respecto de las cuales no se han surtido los trámites de nacionalización, y con suspensión de tributos en este caso, la

entrega debe hacerse en el lugar que corresponde, depósito habilitado, zona franca, etc., y no en cualquier sitio, obligaciones todas que deben garantizarse mediante una póliza de seguros³.

El artículo 3º del citado Decreto 2685 de 1999, señala 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.

Por su parte, el artículo 4º *ibídem* dispone que la obligación aduanera es personal, sin perjuicio de que pueda hacerse efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante abandono, aprehensión o decomiso, con preferencia a cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.

Según el artículo 356 *ibídem*, en las operaciones de tránsito aduanero, el declarante es responsable ante la aduana por la veracidad de la información consignada en la Declaración de Tránsito Aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía que no llegue a la aduana de destino. Por su parte, el transportador debe responder ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.

Sobre la obligación del transportador de entregar la mercancía al finalizar el régimen de tránsito aduanero «conforme», esto es, con la presentación del D.T.A. (Declaración de Tránsito Aduanero) y el manifiesto de carga en la aduana de destino, dentro del término fijado para el régimen correspondiente, el H. Consejo de Estado ha sido constante en aseverar⁴:

(...) La solución de la controversia implica, entonces, establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la actora en su calidad de transportadora de la mercancía sujeta al mencionado régimen. Para ello habrán de atenderse las disposiciones aplicadas en el acto demandado, cuales son los artículos 9 del Decreto 2402 de 1991, que señala las causales por las cuales se termina el Régimen de Tránsito Aduanero; 3 del Decreto 1909 de 1992, que señala al transportador como responsable de las obligaciones que se deriven de su intervención en las operaciones aduaneras.

Igualmente, los numerales 6.1 y 6.2 de la Resolución núm. 3333 de 6 de diciembre de 1991, por medio de la cual se establece el procedimiento relativo a la Tránsito Aduanero, cuyo tenor, en lo pertinente, es el siguiente:

³ Tomado de la sentencia del Consejo De Estado – Sección Primera - Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO - treinta y uno (31) de julio de dos mil tres (2003) - Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00672-01 (8955).

⁴ Ver sentencia del 1 de noviembre de 2001, Expediente 1997-4904, Actora: TRÁFICOS Y FLETES S.A., M.P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola; Sentencia de 31 de enero de 2008, Expediente: 2002-00178, Actora: TRÁFICOS Y FLETES S.A., M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade; Sentencia de 31 de julio de 2008, Expediente: 2000-01901, Actor: EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; Sentencia de 6 de mayo de 2010, Expediente: 2002-00333, Actora: ADUCARGA S.A., M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

"6. 1. Presentación en la Aduana de la mercancía en Tránsito.

Las mercancías en tránsito deberán ser presentadas en la Aduana de destino dentro del plazo establecido junto con los siguientes documentos:

- Declaración de Tránsito Aduanero (D.T.A.), original, 2ª y 3ª copia.
- Documento de transporte.

6. 2. Recepción de la mercancía

El funcionario asignado realizará las siguientes actuaciones:

Verificar la correspondencia de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero (DTA) y los documentos anexos con los de la unidad de carga y/o medio de transporte.

(...)

Avisará al Administrador o Jefe Regional de la Aduana de Partida sobre la llegada de las mercancías, vía fax, télex o por radiograma."

*También los artículos 9, numeral 2, del Decreto núm. 2402 de 1991, según el cual "la cancelación del tránsito se efectuará con la presentación conforme de la mercancía en la Aduana de destino ..."; 25 de la Resolución núm. 1794 de 1993, que señala como objeto de las garantías otorgadas en régimen de tránsito aduanero el de "amparar la obligación de finalizar el régimen de tránsito dentro del plazo autorizado y/o el pago de los tributos aduaneros que se deriven del incumplimiento"; 3, parágrafo, de la Resolución núm. 371 de 1992, que dispone que **el conductor deberá entregar la declaración de tránsito cuando la mercancía llegue a la aduana de destino, que se habilitará como manifiesto de carga; y 8 de la misma resolución, a cuyo tenor, el funcionario que reciba los documentos de viaje estampará y diligenciará el sello correspondiente en los ejemplares del manifiesto de carga. (negrilla fuera del texto)***

Además, en la Resolución núm. 000212 de 16 de febrero de 1998, mediante la cual fue decidido el recurso de reposición, se hace constar que en el contrato de seguros correspondiente a la póliza que se ordena hacer efectiva aparece como obligación garantizada la finalización del tránsito aduanero dentro del término autorizado y/o pago de los tributos aduaneros en los términos del artículo 25 de la Resolución 1794 de 1993.

De lo anterior se deduce que:

Primero, la entrega de la documentación que respalda la mercancía, consistente en el manifiesto de carga de la misma y de la D.T.A., principalmente, forma parte de los requisitos que la ley exige para que se perfeccione el cumplimiento del tránsito aduanero, esto es, para que se dé como finalizado dicho régimen, y Segundo, la obligación del transportador, en este caso de la actora en cuanto transportadora de la mercancía en tránsito aduanero, era la de finalizar el régimen mediante la entrega de la "mercancía conforme", esto es, con la presentación de la documentación respectiva - D.T.A. y manifiesto de carga -, en la aduana de destino dentro del término fijado

para el régimen correspondiente, que en su caso era hasta el 5 de septiembre de 1996. (Negrilla fuera de texto) (...)

Cabe precisar que de conformidad con lo previsto en los artículos 375 y 379 del Decreto 2685 de 1999, el cabotaje es una modalidad de tránsito aduanero y, como tal, finalizará con la entrega de la Declaración de Cabotaje junto con los documentos soporte en la Aduana de destino y la entrega de la mercancía al depósito habilitado al cual vaya consignada. Las normas en cita disponen:

“ARTÍCULO 375. Es la modalidad del régimen de tránsito aduanero que regula el transporte de mercancías bajo control aduanero, cuya circulación esté restringida -por agua o por aire- entre dos (2) puertos o aeropuertos habilitados dentro del territorio aduanero nacional.”

“ARTICULO 379. FINALIZACIÓN DEL CABOTAJE. <Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016> El cabotaje finalizará con la entrega de la Declaración de Cabotaje junto con los documentos soporte en la Aduana de Destino y la entrega de la mercancía al depósito habilitado al cual vaya consignada o al Usuario Operador de Zona Franca.”

Asimismo, el artículo 348 de la Resolución 4240 de 2000⁵ expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, establece:

“Artículo 348. Entrega de la carga al depósito y finalización de la modalidad de cabotaje. La modalidad de Cabotaje finalizará con la entrega de la Declaración de Cabotaje junto con los documentos soporte en la Aduana de Destino y la entrega de la mercancía al depósito habilitado al cual vaya consignada, o al Usuario Operador de Zona Franca.

Para tal efecto, el transportador deberá presentar la Declaración de Cabotaje y el documento de transporte en la Aduana de Destino y la entrega de la mercancía al depósito habilitado al cual vaya consignada, o al Usuario Operador de Zona Franca. Posteriormente el empleado competente de la empresa transportadora elaborará la Planilla de envío. (...)

De ahí que el trámite de finalización del cabotaje requiera además de la entrega de la mercancía transportada al depósito al cual vaya consignada, que el transportador o declarante entregue a la Aduana de destino, tanto la Declaración de Cabotaje como los documentos de transporte.

Ahora bien, a través de la Resolución No. 4240 del 2 de junio de 2000, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales fijó los plazos para la finalización de la modalidad de tránsito aduanero y en sus artículos 318 y 319 reglamentó lo referido al artículo 365 del Decreto 2685 de 1999, así:

“ARTÍCULO 318. TÉRMINO Y DURACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO. Cuando una mercancía sometida a la modalidad de tránsito aduanero deba ser

⁵ Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999.

transportada simultáneamente en varios medios de transporte, el plazo máximo de duración de la modalidad se contará a partir del momento de su autorización, y su finalización necesariamente deberá producirse antes del vencimiento del plazo otorgado, así los medios de transporte inicien la movilización de la mercancía en fechas diferentes.

PARÁGRAFO. Quando el plazo de duración de la modalidad de tránsito aduanero finalice en un día no laborable en la Aduana de Destino, dicho término se correrá hasta el día hábil siguiente.

ARTÍCULO 319. PLAZOS DE DURACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO ADUANERO. De conformidad con el artículo 365 del Decreto 2685 de 1999, se fijan los siguientes plazos de duración para la realización de la modalidad de tránsito aduanero, en días calendario:

PARTIDA DESTINO	BQVILLA	BOGOTÁ	BIMANGA	BTURA	CALI	CARTAGENA	CARTAGO	CUCUTA	IPIALES	MANIZALES	MEDELLIN	PEREIRA	RIOHACHA	STA MARTA	V/DUPAR
Barranquilla	7	6	8	8	8	4	7	7	10	7	7	7	4	4	4
Bogotá	7	6	6	6	6	7	6	7	8	6	6	6	8	7	7
Bucaramanga	6	6	8	8	8	6	6	4	10	6	6	6	7	6	4
Buenaventura	8	6	8	4	8	6	9	5	6	6	6	9	8	10	
Cali	8	6	8	4	8	5	9	5	6	6	6	9	8	10	
Cartagena	4	7	6	8	8	7	7	10	7	7	7	4	4	5	
Cartago	7	6	6	5	7	7	6	4	5	4	9	7	9		
Cúcuta	7	7	4	9	9	7	7	11	7	7	7	8	7	6	
Ipiales	10	8	10	5	5	10	6	11	6	8	6	11	10	11	
Manizales	7	6	6	6	6	7	4	7	6	5	4	9	7	9	
Medellín	7	6	6	6	6	7	5	7	8	5	5	8	7	7	
Pereira	7	6	6	6	6	7	4	7	6	4	5	9	7	8	
Riohacha, Maicao	4	8	7	9	9	4	9	8	11	9	8	9	4	4	
Santa Marta	4	7	6	8	8	4	7	7	10	7	7	7	4	4	
Valledupar	4	7	4	10	10	5	9	6	11	9	7	8	4	4	

PARÁGRAFO 1o. El plazo establecido para la duración de la operación de tránsito aduanero, se empezará a contar desde la autorización de la modalidad y deberá finalizar en el depósito o en la Zona Franca, con la entrega por parte del transportador de la Declaración de Tránsito Aduanero y de la carga.

Quando el plazo de duración de la modalidad de tránsito aduanero no se encuentre expresamente fijado para alguna Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior, o la dependencia que haga sus veces, que actúe como Aduana de Partida lo establecerá.

PARÁGRAFO 2o. Los plazos de duración establecidos para la modalidad de tránsito, se aplicarán igualmente para las operaciones de tránsito aduanero internacional y Transporte Multimodal.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Resolución 9822 de 2011.> Cuando se trate de transporte terrestre de carga relacionada en la Resolución 4959 del 2006 expedida por el Ministerio de Transporte, de carga indivisible extra pesada o extra dimensionada, los plazos de duración establecidos para las operaciones de Tránsito Aduanero Nacional, Transporte Internacional de Mercancías por Carretera y Transporte Multimodal serán fijados

por la Dirección Seccional competente, de conformidad con la carga transportada y la información suministrada por el usuario.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el presente párrafo, los usuarios al momento de la solicitud de la aceptación de la declaración de tránsito aduanero nacional, continuación de viaje o de la autorización de una operación transporte internacional de mercancías por carretera, según sea el caso, deberán presentar copia de la resolución expedida por el Ministerio de Transporte, en la que se concede el término especial para el transporte terrestre de carga indivisible extra pesada o extra dimensionada por las carreteras de la red vial nacional.”

De la normativa en cita, se observa que el término de duración de la modalidad de tránsito aduanero se inicia desde el momento en que se autoriza la solicitud de la modalidad y se finaliza hasta antes del vencimiento del plazo otorgado, a su vez, dicho plazo será variable, dependiendo de la ubicación de la aduana de partida y de la aduana de destino.

3.3. ADUANA COMPETENTE PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES Y MULTAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN ADUANERA.

El H. Consejo de Estado puntualizó sobre la competencia para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera por hechos constitutivos de falta administrativa o infracción aduanera, así⁶:

“A fin de dilucidar el asunto competencial planteado, es del caso partir de lo dispuesto por la Resolución 007 de 2008, la cual, en los términos señalados por la recurrente y por el a quo regula la materia así:

Artículo 1º. Competencia en materia tributaria y aduanera.

(...)

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. (Subrayado fuera de texto).

La anterior norma consagró unas excepciones a la competencia atribuida a la dirección seccional de impuestos y aduanas con jurisdicción en el domicilio del presunto infractor, en los numerales 7.1 a 7.3, cuyo texto vigente para la época señalaba:

“7.1. Los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que en desarrollo del control previo o simultáneo a las operaciones de comercio exterior, deban adelantarse por situaciones advertidas en una inspección física o documental dentro del proceso de importación, exportación y tránsito aduanero en cuyo caso la competencia corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas

⁶ Consejo de Estado – Sección Primera - Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO - veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00297-01.

o a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas en la que se haya presentado la declaración de importación, exportación y tránsito aduanero.

7.2. Los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que en desarrollo del control posterior deban adelantarse contra dos o más infractores o usuarios que tienen domicilio en el lugar que corresponda a la competencia territorial de más de una Dirección Seccional, o cuando el domicilio del presunto infractor no se encuentre en el territorio nacional, en cuyo caso la competencia la tendrá la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de Importación, de exportación o de tránsito aduanero, o en su defecto, la Dirección Seccional que primero tenga conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción.

7.3. Los procesos de formulación de liquidaciones oficiales cuando se hubiere adoptado algún tipo de medida cautelar sobre mercancías que registran precios por debajo de los precios indicativos o del margen inferior de los precios estimados, estará a cargo de la Dirección Seccional de Aduanas o de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, que hubiere adoptado dicha medida. (...)"

Aun cuando la Sala observa que los numerales anteriores no consagran ninguna situación que se hubiere presentado en la investigación administrativa objeto de estudio, como sugiere el recurrente, es de señalar que la referencia a las normas de la Resolución 007 de 2008 se efectúa en la alzada dada la alusión que a ellas se hace por el apelante y el a quo. Sin embargo, es de observar que aquellas no son, en el presente caso, determinantes para definir la cuestionada competencia, por cuanto esta se halla, en efecto, radicada en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Santa Marta, en atención a lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 4048 de 2008, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuyo contenido, aunque no fue advertido por la Entidad recurrente, no puede ser ignorado por la Sala al decidir la materia. Así, la norma, en su versión vigente para la época de la investigación administrativa⁷, atribuía la competencia en razón del territorio o lugar de la infracción en los siguientes términos:

"Artículo 39. Direcciones Seccionales de Impuestos, Direcciones Seccionales de Aduanas y Direcciones Seccionales de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Conforme a las políticas e instrucciones del Nivel Central y de acuerdo con la naturaleza de cada Dirección Seccional, son funciones de las Direcciones Seccionales las siguientes:

(...)

13. Prevenir, reprimir, investigar y sancionar las infracciones a la legislación tributaria, aduanera y cambiaria en su territorio, conforme a las normas vigentes.

(...)

⁷ Con anterioridad a la modificación introducida por el Decreto 1321 de 2011.

15. Adelantar las acciones encaminadas a prevenir, reprimir, investigar y sancionar las infracciones a la legislación Tributaria, Aduanera y Cambiaria en su territorio..." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Obsérvese que el Decreto 4048 de 22 de octubre de 2008 es norma superior frente a la Resolución 007 de 4 de noviembre de 2008, la cual, aun cuando fue emitida posteriormente con el propósito de determinar la competencia funcional y territorial de las direcciones seccionales de la DIAN, conforme a la potestad atribuida para el efecto al Director General de la Entidad⁸, la misma no tiene la potencialidad de modificar lo dispuesto expresamente por el Decreto, al haberse regulado allí la competencia del nivel local para la investigación y sanción de las infracciones aduaneras cometidas en el respectivo territorio.

Así las cosas, es claro que la Resolución 007 de 2008 no debió contravenir lo dispuesto por el Decreto 4048, pues aquella debía sujeción a la norma superior que reguló, con vocación preferente, la competencia en razón del territorio para sancionar las infracciones aduaneras.

Nótese que un cambio de criterio en la asignación competencial del nivel local de la DIAN para adelantar los procedimientos administrativos sancionatorios, efectuado mediante una Resolución, desborda la facultad del Director de la Entidad para establecer tales competencias, cuando las mismas han sido ya determinadas por el Decreto que, no obstante, le otorga a dicho funcionario una facultad para ese efecto. Ello, se reitera, ha de significar que el legislador optó por regular directamente la temática en cuestión, y por ende, la mencionada Resolución, al impartir las instrucciones competenciales u organizativas de las direcciones seccionales, debía sujeción a lo dispuesto en la norma superior en lo que atañe a los criterios allí preestablecidos sobre la materia.

De ahí que la Sala deba, indefectiblemente, preferir la aplicación de la regla de competencia establecida en el Decreto 4048 de 2008, y declarar de oficio la excepción de ilegalidad del numeral 7º del artículo 1º de la Resolución 007 de 2008, para que este se inaplique en el presente caso, y en su lugar, se obedezca lo regulado en aquel." (Se subraya por el Despacho).

Concluyó la Alta Corporación que la competencia territorial por infracción aduanera corresponde a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos objeto de infracción, en virtud de la competencia asignada en los numerales 13 y 15 del artículo 39 del Decreto 4048 de 2008⁹ expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3.4. CADUCIDAD DE LA ACCION ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA EN MATERIA ADUANERA.

En el procedimiento administrativo sancionatorio aduanero establecido en el Decreto 2685 de 1999, la autoridad aduanera se encuentra facultada para proferir requerimiento especial aduanero, en el cual puede proponer la imposición de las

⁸ "Artículo 6º. Funciones de la Dirección General. Son funciones de la Dirección General las siguientes:(...) 23. Determinar la jurisdicción y organizar funcionalmente las Direcciones Seccionales..."

⁹ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

sanciones respectivas ante una posible infracción administrativa aduanera, o para proponer la Liquidación Oficial de Corrección o de Revisión de Valor, si hay lugar a ello.

Así, la oportunidad para formular el requerimiento especial aduanero se da luego de la culminación del proceso de importación de la mercancía o en desarrollo de programas de fiscalización, según corresponda, tal como lo dispone el artículo 508 ibídem, advirtiendo la facultad de fiscalización aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con el artículo 469 del citado decreto, el cual señala:

“ARTICULO 469. FISCALIZACIÓN ADUANERA. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá competencia para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras, simultáneamente al desarrollo de las operaciones de comercio exterior, o mediante la fiscalización posterior que se podrá llevar a cabo para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, o integralmente, para verificar también el cumplimiento de las obligaciones tributarias y cambiarias de competencia de la entidad.

Para el ejercicio de sus funciones contará con las amplias facultades de fiscalización e investigación consagradas en el presente Decreto y las establecidas en el Estatuto Tributario.

La única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio aduanero nacional, será la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Las mercancías extranjeras que se encuentren en el territorio aduanero nacional, salvo los equipajes de viajeros, deberán estar amparadas por uno de los siguientes documentos:

a) Declaración de régimen aduanero

b) Planilla de envío o,

c) Factura de Nacionalización, en los casos expresamente consagrados en este Decreto.”

Tal como se indicó, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- cuenta con la facultad de iniciar los procedimientos de fiscalización aduanera ya sea al momento del desarrollo de las operaciones de comercio exterior, o posteriormente con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, de igual manera, dentro de las actividades que la autoridad aduanera puede adelantar en virtud de la facultad de fiscalización aduanera, el artículo 470¹⁰ del Estatuto Aduanero enuncia las siguientes:

“ARTICULO 470. FACULTADES DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL. Dentro de las facultades de fiscalización y control con que cuenta la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá:

¹⁰ Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016.

a) Adelantar políticas preventivas tendientes a mejorar el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras;

b) Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones aduaneras, no declaradas.

c) Verificar la exactitud de las declaraciones, documentos soporte u otros informes, cuando lo considere necesario para establecer la ocurrencia de hechos que impliquen un menor monto de la obligación tributaria aduanera o la inobservancia de los procedimientos aduaneros;

(...)

l) En general, efectuar todas las diligencias y practicar las pruebas necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos aduaneros y la aplicación de las sanciones a que haya lugar.”

En tratándose de la formulación del Requerimiento Especial Aduanero, la autoridad competente cuenta con un término de 30 días a partir del momento en que se haya establecido la supuesta comisión de la infracción aduanera o de las causales que den lugar a la expedición de una Liquidación Oficial. Sobre este punto, indica el artículo 509 del Estatuto Aduanero:

“ARTICULO 509. TÉRMINO PARA LA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO Y CONTENIDO DEL MISMO. <Artículo modificado por el artículo 17 del Decreto 4431 de 2004> Establecida la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales, la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento, relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, las normas presuntamente infringidas, las objeciones del interesado y la relación de las pruebas allegadas en desarrollo de la facultad de fiscalización e investigación o en cumplimiento del deber de información conforme a las normas legales, en las cuales se funda el requerimiento.”

Conforme a las preceptivas en cita, la autoridad aduanera cuenta con la facultad de adelantar el Requerimiento Especial Aduanero cuando se esté frente a un posible incumplimiento de las obligaciones aduaneras, ya sea al momento de la culminación del proceso de importación de la mercancía o en desarrollo de programas de fiscalización, teniendo en cuenta que la fiscalización aduanera se puede presentar tanto durante el desarrollo de las operaciones de comercio exterior o posteriormente y que el término de treinta (30) días para expedir efectivamente el aludido requerimiento empieza a contar una vez se establece la presunta comisión de la falta o identificadas las causales que den lugar a la expedición de una Liquidación Oficial, por ende, el citado término puede empezar a contabilizarse en cualquier momento, siempre y cuando se establezca una presunta comisión de una infracción aduanera a través de un proceso de fiscalización.

El H. Consejo de Estado¹¹ ha indicado que, si bien en el requerimiento especial se anuncian sanciones aduaneras, es sólo con la expedición de la Resolución que ordena una sanción, que puede afirmarse que se ha ejercido la facultad sancionatoria, por cuanto se ha definido que la conducta del importador es contraria a derecho, siendo el momento de notificación de dicho acto, que se enerva la caducidad de la acción administrativa sancionatoria, y no con la notificación del requerimiento especial que se insiste no fija o impone sanciones aduaneras.

Al respecto, el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, en materia de caducidad de la acción administrativa sancionatoria, dispone lo siguiente:

"ARTICULO 478. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA¹². La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. 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. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.

La acción administrativa sancionatoria prevista en el artículo 482-1 del presente Decreto caduca en el término de tres años contados a partir del vencimiento del plazo de la importación temporal señalado en la declaración¹³."

La Alta Corporación en la sentencia en cita precisó, que no puede incluirse para el conteo del término de los 3 años de que trata el citado artículo 478, el tiempo que la Administración tomó para resolver el recurso de reconsideración. Ello, por cuanto el acto que impone la sanción es el inicial (liquidación oficial de revisión de valor), y no el que resuelve el recurso de reconsideración.

No obstante, la misma Corporación¹⁴ en sentencia del 19 de junio de 2014 varió su tesis al indicar, que el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999 establece el término de caducidad para el inicio de la acción administrativa y no para imponer la sanción, por ende, el término de caducidad de los tres años, se contabiliza entre la fecha de la comisión de la infracción aduanera y la fecha de inicio de la actuación con la notificación y respuesta del Requerimiento Administrativo Especial. Veamos algunos apartes:

"(...) De lo expuesto, así como de una lectura del artículo 478 ídem, esta Sala concluye que la norma en cita hace expresa referencia al término de que dispone la Administración Aduanera para iniciar la acción administrativa sancionatoria,

¹¹ Consejo de Estado – Sección Cuarta - Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA - veintinueve (29) de septiembre dos mil once (2011) - Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00048-01(17970).

¹² Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016.

¹³ Inciso adicionado por el artículo 14 del Decreto 4136 de 2004.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA - diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DRA. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. REF: Expediente núm. 2008-00860-00.

esto es, la iniciación del procedimiento administrativo que, con el respeto al debido proceso y al derecho de audiencia y de defensa, podrá concluir con resolución sancionatoria o absolutoria, de conformidad con lo que se haya probado dentro del mismo. Es por ello que no comparte la Sala la posición del a quo cuando señala en la sentencia recurrida que “una interpretación acorde con la teleología de la disposición transcrita indica que, en términos generales, la caducidad de la acción administrativa sancionatoria en asuntos aduaneros se configura cuando transcurrido el término de tres (3) años, contados a partir de la comisión del hecho u omisión, objeto de la infracción aduanera, la Administración Aduanera debió notificar la sanción dentro de dicho término” (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, muy diferente es el escenario que se presenta en el artículo 38 del C.C.A., pues dicha norma establece que: “Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”.

Como puede observarse, la anterior disposición, en primer lugar, establece la posibilidad de que una norma de naturaleza especial, disponga lo contrario a lo en ella previsto, y, como segunda medida, prevé un término de tres (3) años para imponer la sanción administrativa respectiva.

Esta regla general, encuentra excepción en la disposición especial del artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, que establece el mismo término de caducidad pero para el inicio de la acción administrativa y no para imponer la sanción.

En el caso concreto, encuentra la Sala que la omisión constitutiva de la infracción aduanera alegada por la DIAN, Seccional Buenaventura, consistió en la no presentación del certificado de origen en el momento de la presentación y aceptación de la declaración de importación, situación que ocurrió el 8 de febrero de 2005.

La Administración de Aduanas de Buenaventura inició la investigación aduanera con el radicado núm. IS2005-2007-00996 y expidió contra la sociedad demandante el Requerimiento Especial Aduanero núm. 004215 de 30 de noviembre de 2007, por la no presentación del certificado de origen chileno en la importación presentada en nombre y representación de CORPACERO, el cual le fue notificado a la actora el 7 de diciembre de ese año.

El 27 de diciembre de 2007, la sociedad UTI COLOMBIA S.A. presentó su respuesta al anterior Requerimiento Especial Aduanero.

Observa la Sala, que entre la fecha de la comisión de la infracción aduanera endilgada a la demandante (8 de febrero de 2005) y la fecha de inicio de la acción administrativa sancionatoria (30 de noviembre de 2007) con la notificación² y respuesta del Requerimiento Administrativo Especial (27 de diciembre de 2007) no transcurrieron más de los tres (3) años a que se refiere el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999. Lo que pone de manifiesto que la DIAN, Seccional Buenaventura, se encontraba dentro del término de caducidad para el inicio de dicha actuación administrativa.

En esta oportunidad resulta pertinente traer a colación apartes de la sentencia de 27 de octubre de 2011 (Expediente núm. 2003-01631-02, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), en la cual se tuvo, para los efectos del artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, como inicio del procedimiento administrativo el requerimiento administrativo especial, como ocurre en este caso. (...)" (Se subraya por el Despacho).

3.5. EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA - PRESCRIPCIÓN DE SEGUROS FRENTE A LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO.

El artículo 357 del Decreto 2685 de 1999, establece que toda operación de tránsito aduanero deberá estar amparada con las garantías que a continuación se señalan:

a) Garantía a cargo del declarante, para respaldar el pago de tributos aduaneros y sanciones a que haya lugar. Cuando el declarante sea una Sociedad de Intermediación Aduanera, un Usuario Aduanero Permanente o un Usuario Altamente Exportador, la garantía global constituida con ocasión de su autorización o reconocimiento e inscripción, respaldará el cumplimiento de sus obligaciones como declarante en el régimen de tránsito aduanero. En los demás casos, el declarante deberá otorgar garantía específica equivalente al 40% del valor FOB de la mercancía.

b) Garantía por la finalización de la modalidad, a cargo del transportador, para respaldar las obligaciones de finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero. Las empresas transportadoras inscritas y autorizadas para realizar tránsitos aduaneros, deberán garantizar sus operaciones mediante la constitución de una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando excepcionalmente la operación de tránsito aduanero se realice en medios de transporte pertenecientes a las empresas declarantes, estas deberán garantizar la finalización de la modalidad a través de la constitución de una garantía específica, bancaria o de compañía de seguros, por un valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su turno, el artículo 480 ibídem señala que siempre que se haya otorgado garantía para respaldar el pago de tributos aduaneros y sanciones por el incumplimiento de obligaciones, si se configura una infracción, se hará efectiva la garantía otorgada por el monto que corresponda, salvo que el garante efectúe el pago correspondiente antes de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento de una obligación o imponga una sanción. En estos casos no procederá la imposición de sanción pecuniaria adicional.

Sobre el tema de la declaratoria del siniestro, en caso de incumplimiento del término fijado por la Aduana en el régimen de tránsito aduanero, ha dicho el H. Consejo de Estado que no constituye propiamente una sanción de las que se

imponen por la comisión de faltas aduaneras, sino simplemente, la declaración de que el hecho garantizado no se efectuó o se efectuó tardíamente¹⁵.

También ha indicado¹⁶ la Alta Corporación, que la empresa transportadora responde por la finalización del régimen en el término autorizado y el Declarante por el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la autorización del régimen, de lo cual se deduce que son dos tipos separados y distintos de responsabilidades, uno para el transportador y otro para el declarante de las mercancías, concluyendo puntualmente que *"De lo anterior mana con claridad las diferencias que existen entre la garantía a cargo del transportador y la garantía a cargo del declarante y los casos en que deben hacerse efectivas, lo que hace independientes las actuaciones que se surten frente a cada sujeto procesal, aunque el hecho originario del incumpliendo sea el mismo, pues se trata de dos tipos de obligaciones o responsabilidades totalmente independientes la una de la otra"*.

Los artículos 530, 531, 531-1 y 532 de la Resolución 4240 de 2000 (Reglamentaria del Decreto 2685 de 1999), señalan el procedimiento para declarar el incumplimiento de obligaciones y la efectividad de las garantías, en los siguientes términos:

"Artículo 530°. Procedimiento para hacer efectivas garantías cuyo pago no está condicionado a un procedimiento administrativo sancionatorio previo. En aquellos eventos en los que las garantías deban hacerse efectivas, sin que medie un procedimiento administrativo para la imposición de sanción por infracción aduanera o para la definición de la situación jurídica de una mercancía, o para la expedición de una liquidación oficial, la Dependencia competente deberá, dentro del mes siguiente a la fecha en que establezca el incumplimiento de la obligación garantizada, comunicar al usuario o responsable este hecho, otorgándole un término de diez (10) días para que de respuesta al oficio o acredite el pago correspondiente o el cumplimiento de la obligación, si a ello hubiere lugar.

Vencido el término anterior, si el usuario no responde el oficio, no acredita el pago o el cumplimiento de la obligación, se remitirá el expediente a la División de Liquidación para que dentro de los quince (15) días siguientes profiera la resolución que declare el incumplimiento de la obligación y, en consecuencia, ordene hacer efectiva la garantía por el monto correspondiente.

Esta providencia se notificará conforme a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo y contra ella procederán los recursos previstos en el mismo Código. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la citada resolución, el usuario, el Banco o la Compañía de Seguros deberá acreditar, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos la cancelación

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Primera - 31 de julio de 2003, radicación No. 8955, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero: *"...siendo la declaratoria del siniestro, en este caso el incumplimiento por la Aduana de Partida en el régimen de cabotaje (tránsito aduanero), no constituye propiamente una sanción de las que se imponen por la comisión de faltas aduaneras, sino, simplemente, la declaración de que el hecho garantizado no se efectuó o se efectuó tardíamente, no debía la Administración Aduanera adelantar toda una actuación administrativa..."* Reiterada por en sentencia del 15 de septiembre de 2011, Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO -Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01483-01.

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Primera - 15 de septiembre de 2011, Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO -Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01483-01.

del monto correspondiente. Vencido este término, sin que se hubiere producido dicho pago, se remitirá el original de la garantía y copia de la resolución con la constancia de su ejecutoria a la División de Cobranzas.

“Artículo 531°. Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante. Si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de que trata el inciso anterior, el usuario, el Banco o la Compañía de Seguros no acredita, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos, la cancelación del monto correspondiente, remitirá a la División de Cobranzas el original de la garantía y copia del acto administrativo donde se ordena su efectividad, para que se adelante el correspondiente proceso de cobro.

“Artículo 531-1. Procedimiento para hacer efectiva la garantía de pleno derecho de que trata el capítulo VIII de la Decisión 477 de 2001 y en el capítulo XI de la Decisión 399 de 1997, de la comunidad andina¹⁷. En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de la sanción para el transportador, se ordenará hacer efectiva la garantía de pleno derecho, dando aplicación a lo previsto en los artículos 504 y 505 del Decreto 2685 de 1999.

En firme el acto administrativo que decreta el incumplimiento y ordenada la efectividad de la garantía de pleno derecho, esta se hará efectiva por el monto adeudado, debiendo reintegrarse el remanente a la empresa transportadora a quien se haya hecho efectiva la garantía.

“Artículo 532. Conformación de antecedentes en las pólizas globales¹⁸. Sin perjuicio del deber de comunicar los montos de las multas impuestas, para deducir de las pólizas globales y ordenar su ajuste, las divisiones competentes remitirán a la Subdirección de Fiscalización Aduanera o las Divisiones de Fiscalización o a la Dependencia que haga sus veces de la Administración, copia de las resoluciones ejecutoriadas que imponen multas u otras sanciones, a efecto de mantener un archivo sobre los antecedentes, con el propósito de iniciar los procesos de suspensión o cancelación de los registros de reconocimiento, autorización, habilitación e inscripción.

En el evento de las garantías específicas, la dependencia que inicie procesos tendientes a declarar la ocurrencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones amparadas, deberá comunicarlo a la División de Servicio al Comercio Exterior o a la dependencia que haga sus veces, con el propósito de que se efectúen los controles de vigencia de la póliza.”

El H. Consejo de Estado¹⁹ ha manifestado que en cuanto a la efectividad de la garantía, es un asunto que concierne directamente a la compañía aseguradora en calidad de garante y en esa medida, el cobro de la póliza se puede hacer efectivo

¹⁷ Artículo adicionado por el artículo 11 de la Resolución 904 de 2004.

¹⁸ Artículo modificado por el artículo 12 de la Resolución 904 de 2004.

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Cuarta - Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS - Veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) -Radicación numero: 13001-23-31-000-2003-00194-01(17399).

de manera directa a ella, por eso, el artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000, reglamentaria del Decreto 2685 de 1999 dispuso que: *“En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación oficial, se ordenará hacer efectiva la garantía, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante”,* caso en el cual, debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 530 de la misma resolución. De esa manera, se garantiza el derecho al debido proceso y el derecho de defensa.

Al mismo tiempo sostiene, que en cuanto a lo que debe entenderse por siniestro y el monto que corresponde hacer efectivo por ocurrencia del mismo, el artículo 1072 C.Co. define el siniestro como la realización del riesgo asegurado, por ello, *“(…) la responsabilidad de la aseguradora (…) se concreta a la ocurrencia del siniestro, que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada.”*²⁰

En otra providencia sostuvo que el siniestro equivale al momento del incumplimiento: *“...la efectividad de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales como la aquí estudiada, se constituye por virtud de la inobservancia de una obligación aduanera, es decir, que “...la ocurrencia del siniestro en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales, es el hecho en sí del incumplimiento”*²¹

De igual manera, la Máxima Corporación²² ha señalado que la prescripción de la acción de cobro, conforme con el artículo 1081²³ del Código de Comercio, es un aspecto distinto del término de vigencia o cobertura de la póliza. De ahí que la orden de hacer efectiva la garantía, no necesariamente debe proferirse dentro del término de vigencia de la póliza, pues puede ser posterior, en la medida que se trata de la reclamación del pago como consecuencia de que ha ocurrido el riesgo asegurado. Veamos algunos apartes del pronunciamiento en comento:

“También la Sección Primera de la Corporación ha considerado que uno es el término de vigencia de la garantía, dentro del cual debe ocurrir el siniestro y otro el correspondiente a la prescripción de la acción de cobro. Así, en sentencia del 11 de julio de 2002 manifestó²⁴:

“En la contestación de la demanda la DIAN aduce el artículo 1081 del Código de Comercio para justificar dicha situación, en cuanto señala un término de dos (2) años para la prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguros, pero la Sala observa que esa norma no es pertinente al punto, por cuanto una cosa es la prescripción de tales acciones y otra, la del alcance en el

²⁰ Consejo de Estado – Sección Cuarta - Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS - Veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) -Radicación numero: 13001-23-31-000-2003-00194-01(17399).

²¹ Consejo de Estado – Sección Primera - 6 de junio de 2013, Expediente No. 2009-00245-01, M.P. Dra. María Elizabeth García González.

²² Consejo de Estado – Sección Cuarta - Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ - (19) de agosto dos mil diez (2010) - Radicación número: 13001-23-31-000-2000-00082- 01(17018).

²³ ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

²⁴ Consejo de Estado, 11 de julio de 2002. Rad: 11001-03-24-000-1999-0376-01(7255). C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

tiempo de la cobertura o el amparo pactado en el aludido contrato, o lo que es igual, la vigencia del mismo. Dicho artículo, en lo pertinente, señala lo siguiente:
(...)

Como se puede apreciar, se trata de un término que empieza a correr desde la ocurrencia del siniestro objeto del amparo, que para el caso viene a ser el hecho que daría base a la acción correspondiente, la cual sería la de cobro coactivo, sin que aparezca relacionado con la vigencia de la póliza. Este último tópico cuenta para determinar si el siniestro queda o no cobijado por el seguro de que se trate.

La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente.

(...)

En el presente caso, como se observó, el siniestro tuvo lugar cuando el contrato de seguro ya no estaba vigente, luego la póliza no tenía validez alguna, de modo que no era procedente ordenar su cumplimiento. Justamente para evitar situaciones como esa, el precitado artículo 24 de la Resolución Núm. 1794 de 1993, prevé que la garantía pueda renovarse si fuere necesario, posibilidad que la DIAN no aprovechó para mantener la garantía del presente caso”.

4. EL CASO CONCRETO.

De las pruebas aportadas al plenario se destacan las siguientes:

1. Mediante la Resolución Sanción No. 1 88 241 06.42.03 – 00848 del 27 de mayo de 2013, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas Cali, se impone una sanción de \$4.911.000 a la Sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. – Avianca, por incurrir en la infracción aduanera señalada en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 y en consecuencia, se ordena la efectividad de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 43111834 expedida por la sociedad Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. (fls. 16-35).
2. Contra la anterior resolución la Sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. – Avianca, por conducto de apoderado, presentó el recurso de Reconsideración (fls. 36-40).
3. A través de la Resolución No. 01-88-236-408-601-01489 del 20 de agosto de 2013, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas Cali resuelve el recurso de reconsideración, confirmando en su totalidad la Resolución No. 1 88 241 06.42.03 – 00848 del 27 de mayo de 2013 y su respectiva constancia de notificación (fls. 41-56).

4. La sociedad Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., expidió el día 24 de febrero de 2012, la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 43111834 en la que figura como tomador Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca con vigencia desde el 1º de febrero de 2012 hasta el 1º de febrero de 2015. El objeto es garantizar el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que se generen en el ejercicio de la actividad de usuario aduanero permanente, de conformidad con el Decreto 2685 de 1999 en especial las contenidas en el artículo 32, Resolución 4240 de 2000 y demás normas vigentes (fls. 57-58; 137-147).

Asimismo fue allegado en cuaderno anexo, el expediente administrativo No. AA121200457 adelantado por Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contra la Sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. – Avianca, de cual se destaca las siguientes actuaciones:

1. La Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali de conformidad con lo establecido en el artículo 1, numeral 7 de la Resolución 0007 de noviembre 4 de 2008, remitió mediante oficio No. 1-88-238-0716 del 20 de marzo de 2012, a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, los documentos necesarios para adelantar la actuación contra AVIANCA por incumplimiento en el término para finalizar el régimen de tránsito aduanero autorizado con No. 0300010C1001075 del 23 de marzo de 2010 con el fin de establecer la infracción aduanera estipulada en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, en el entendido que el domicilio fiscal es la ciudad de Barranquilla según el RUT (fl.6).
2. A folio 12 del cuaderno anexo obra copia de la Declaración de Tránsito Aduanero y/o Cabotaje No. 650800126014, en el que se consigna como transportador a la sociedad AVIANCA S.A. y tiene como fecha límite para finalizar la modalidad (entrega directa) el día 28 de marzo de 2010 y como fecha de entrega de la carga el día 30 de marzo de 2010, datación en que se consignó que se había comunicado a la aduana de partida.
3. A folio 13 obra copia de la Guía de transporte No. 20470138298 de fecha 16 de marzo de 2010.
4. A folio 14 obra copia de oficio suscrito por la Gerente de UTI Colombia Cali de fecha 26 de marzo de 2010, dirigido a TAMPA CARGO importaciones en la que solicita el traslado de la carga amparada bajo la guía No. 20470138298 al depósito de aduana Consimex.
5. A folio 25 obra la planilla de recepción depósito habilitado o zona franca de la DIAN de fecha 30 de marzo de 2010, en la que se consignó que la carga amparada con la guía No. 20470138298 transportada por la empresa U. TAMPA se recibió en el depósito Consimex con los términos vencidos.

6. A folio 26 obra acta de inconsistencias de la DIAN de fecha 30 de marzo de 2010, en la que se consignó que la carga amparada con la guía No. 20470138298 transportada por la empresa U. TAMPA se recibió en el depósito Consimex por fuera de los términos acordados por la aduana de partida, con irregularidades en los empaques o embalajes y con peso inferior al registrado en el Documento o planilla de envío.
7. A folio 27 obra el Registro de Finalización de Cabotaje en el que se deja la observación por la aduana de llegada que faltaban 13 kilos y que se finaliza sin autorización en el sistema por traslado a depósito.
8. A folio 31 obra el formulario de Registro Unico Tributario de fecha 22 de agosto de 2011 correspondiente a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA en el que se registra como domicilio la Calle 82 50 50 50 30 local 2 de Barranquilla – Atlántico.
9. Mediante el auto de apertura de fecha 04 de mayo de 2012, la Dirección de Fiscalización y Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla dispuso iniciar investigación a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA (fls. 32-32 bis).
10. Mediante Requerimiento Especial Aduanero No. 162 de fecha 24 de julio de 2012, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla propuso a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA sancionarla con multa de \$15.450.000 por incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje fijado por la aduana de partida de acuerdo a lo estipulado en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 (fls. 34-40). A vuelta de hoja aparecen las guías de envío de la empresa de mensajería SERVIENTREGA dirigidas a CHUBB DE COLOMBIA y a AEROVIAS DEL CONTINENTE con domicilio en Bogotá D.C. con fechas de recibo a conformidad del 01 de agosto de 2012.
11. A través de apoderado, la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, dio respuesta al requerimiento especial (fls.48-51).
12. Mediante la Resolución No. 01574 del 03 de octubre de 2012, la Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla impuso sanción a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA con multa de \$ 15.450.000, por incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje fijado por la aduana de partida de acuerdo a lo estipulado en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 y en consecuencia ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 43086527 expedida por la Compañía Chubb de Colombia (fls.70-79). A vuelta de hoja aparece la guía de envío de la empresa de mensajería SERVIENTREGA dirigida a CHUBB DE COLOMBIA con domicilio en Bogotá D.C. con fecha de recibo a conformidad del 08 de octubre de 2012. E igualmente la guía de envío al apoderado de la demandante con

domicilio en Bogotá D.C. con fecha de recibo a conformidad del 08 de octubre de 2012 (fl. 82).

13. A través de su apoderado, la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, presentó recurso de reconsideración contra la resolución sanción (fls.85-88). En dicho documento el apoderado alegó la violación de derecho de defensa y el debido proceso y la nulidad por falta de competencia alegando que correspondía a la Aduana de Cali por ser la seccional donde se presentó la declaración de importación.
14. Mediante la Resolución No. 001794 del 20 de noviembre de 2012, la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla resolvió el recurso de reconsideración presentado por el apoderado de AVIANCA. En dicho documento se alude a la competencia de la Aduana donde finaliza la modalidad de tránsito aduanero y se revoca la resolución sanción disponiendo remitir el expediente a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali (fls. 91-96).
15. Mediante el auto de apertura No. 3 de fecha 01 de abril de 2013, la Dirección de Fiscalización y Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali dispuso iniciar investigación a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA (fl. 100).
16. Mediante oficio 100210228345-000597 radicado el 30 de marzo de 2012, la Coordinadora de Sustanciación de la Subdirección de Gestión de Registro Aduanero de la DIAN certificó a la Representante Legal de AVIANCA que la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 43111834 certificado No. 0 del 31 de enero de 2012 y el certificado de modificación del 01 de marzo de 2012, expedidos por Chubb de Colombia S.A. con vigencia del 01 de febrero de 2012 al 01 de febrero de 2015 ha sido aprobado (fl. 113-114).
17. Mediante la Resolución No. 00012 del 26 de febrero de 2013, la Jefe de Investigación Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali realizó requerimiento especial a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA y propuso sancionarla con multa de \$4.911.000 por incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje fijado por la aduana de partida de acuerdo a lo estipulado en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 con la modificación introducida por el artículo 10 del Decreto 380 de 2012 (fls. 115-126). A vuelta de hoja aparece la guía de envío de la empresa de mensajería SERVIENTREGA dirigida a AVIANCA y a su apoderado con domicilio en Bogotá D.C. con fecha de recibo a conformidad del 11 de marzo de 2013 (fls. 127 y 128).
18. A través de apoderado, la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, dio respuesta al requerimiento especial (fls.134-137). En dicho documento se alude a la inexistencia de la infracción, nulidad por falta de competencia y a la caducidad de la acción sancionatoria.

19. Mediante la Resolución No. 1 88 241 06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, la Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali impuso sanción a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA con multa de \$4.911.000 por incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje fijado por la aduana de partida de acuerdo a lo estipulado en el numeral 3.2.5. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 y en consecuencia ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 43111834 expedida por la Compañía Chubb de Colombia (fls.170-189). A folio 194 obra la guía de envío de la empresa de mensajería SERVIENTREGA dirigida a CHUBB DE COLOMBIA con domicilio en Bogotá D.C. con fecha de recibo a conformidad del 04 de junio de 2013. E igualmente la guía de envío al apoderado de la demandante con domicilio en Bogotá D.C. con fecha de recibo a conformidad del 04 de junio de 2013 (fl.193).

4.1. ANALISIS DEL CASO CONCRETO.

Esta instancia se pronunciará frente a cada una de las censuras formuladas por la parte demandante contra los actos administrativos demandados, así:

- CADUCIDAD DE LA ACCION SANCIONATORIA: Consistente en que los hechos materia de la investigación datan del 29 de marzo de 2010, cuando se diligenció el documento de tránsito, por lo tanto, al día en que quedó en firme la sanción con la Resolución 1489 de agosto 20 de 2013, transcurriendo más de los tres (3) años exigidos por la normatividad aduanera para imponer la sanción, luego operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción administrativa sancionatoria, tal y como lo dice el artículo 478 del Decreto 2685/99.

Al respecto cabe acoger la tesis que sostuvo el H. Consejo de Estado²⁵ en la sentencia del 19 de junio de 2014, al referir que el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999 establece el término de caducidad para el inicio de la acción administrativa y no para imponer la sanción, por ende, el término de caducidad de los tres años, se contabiliza entre la fecha de la comisión de la infracción aduanera y la fecha de inicio de la actuación con la notificación y respuesta del Requerimiento Administrativo Especial.

Verificados los documentos allegados, se constata que la fecha de la infracción aduanera data del 29 de marzo de 2010, hecho que no es negado por las partes y la fecha en que se notifica a la demandante el primer Requerimiento Especial Aduanero No. 162 del 24 de julio de 2012 (fls. 34-40), fue el 1° de agosto de 2012, mediante remisión por correo a través de la empresa de mensajería SERVIENTREGA dirigida a CHUBB DE COLOMBIA y a AEROVIAS DEL CONTINENTE con domicilio en Bogotá D.C., luego entonces, no habían transcurrido los tres (3) años de que trata el citado artículo 478 del Decreto 2685 de 1999.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA - diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DRA. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. REF: Expediente núm. 2008-00860-00.

Incluso, sin en gracia de discusión se aceptara que el primer requerimiento no es válido debido a la declaratoria de falta de competencia de la Seccional de Aduanas de Barranquilla, se observa que la Resolución No. 00012 del 26 de febrero de 2013, expedida por la Jefe de Investigación Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali que realizó requerimiento especial a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA y propuso sancionarla con multa de \$4.911.000 (fls. 115-126), le fue notificada a AVIANCA y a su apoderado con domicilio en Bogotá D.C. el día 11 de marzo de 2013 (fls. 154 y 155), es decir, dentro de los tres años, luego entonces, la acción administrativa emprendida por la DIAN no estaba caduca.

2. FALTA DE COMPETENCIA: Se arguye que las normas internas de la DIAN establecen que la Dirección Seccional competente para imponer sanciones por la comisión de infracciones administrativas aduaneras es la que tiene jurisdicción en el domicilio fiscal del infractor, que en el caso de la demandante, es la ciudad de Barranquilla, por ende, no era la Dirección Seccional de Aduanas de Cali la competente, dado que el domicilio fiscal de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA es Barranquilla.

En el expediente administrativo está acreditado que la Autoridad Aduanera que inicialmente adelantó la actuación administrativa fue la Dirección de Fiscalización y Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, quien a través del auto de apertura de fecha 04 de mayo de 2012, dispuso iniciar investigación a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA (fls. 32-32 bis).

No obstante, el apoderado de AVIANCA en el escrito del recurso de reconsideración contra la resolución sanción (fls.85-88), alegó la violación de derecho de defensa y el debido proceso y la nulidad por falta de competencia en el entendido que correspondía a la Aduana de Cali por ser la seccional donde se presentó la declaración de importación, aseveración a la cual accedió la administración aduanera en Resolución No. 001794 del 20 de noviembre de 2012, proferida por la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Barranquilla, a través de la cual revocó la resolución sanción disponiendo remitir el expediente a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali (fls. 91-96).

Como se dejó expuesto, el H. Consejo de Estado²⁶ puntualizó que la Aduana competente para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera (competencia territorial) corresponde a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los hechos objeto de infracción, en virtud de la competencia asignada en los numerales 13 y 15 del artículo 39 del Decreto 4048 de 2008²⁷ expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por esta razón, correspondía a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali adelantar la actuación administrativa, en el entendido que, el

²⁶ Consejo de Estado – Sección Primera - Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO - veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014) - Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00297-01.

²⁷ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

destino de la mercancía transportada era la ciudad de Cali y fue allí donde se produjo la infracción por incumplimiento del término fijado por la Aduana de Partida, según se desprende del documento obrante a folio 27 del expediente, en el que se consigna el Registro de Finalización de Cabotaje.

3. INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN – VIOLACIÓN DE LAS NORMAS ADUANERAS: Se aduce que no es posible aceptar la existencia de la infracción porque la fecha para finalizar la modalidad era el 28 de marzo de 2010, día que era domingo y de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 318 de la Resolución 4240 del 2000, al no ser un día hábil laboral el término se corre al día siguiente hábil.

Por lo anterior, la fecha para finalizar el cabotaje era el 29 de marzo de 2010, pero como este se estaba manejando bajo la disposición de carga entrega en lugar de arribo/entrega directa, la finalización se enmarcó bajo los términos establecidos en el inciso 4° del artículo 113, es decir, si dentro del día siguiente al informe de descargue e inconsistencias el declarante no obtuvo levante en el lugar de arribo, el segundo día esta carga se trasladará a un depósito aduanero que para este caso se realizó el pasado 30 de marzo de 2010.

Alude la parte demandante al artículo inciso 4° del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, el cual es del siguiente tenor:

“ARTICULO 113. ENTREGA AL DEPÓSITO O A LA ZONA FRANCA. <Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 771 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de este decreto, las mercancías deberán ser entregadas por el transportador o los Agentes de Carga Internacional, según corresponda, al depósito habilitado señalado en los documentos de transporte, o al que ellos determinen, si no se indicó el lugar donde serán almacenadas las mercancías, o al usuario operador de la zona franca donde se encuentre ubicado el usuario a cuyo nombre se encuentre consignado o se endose el documento de transporte.

(...)

Dentro del día hábil siguiente a la presentación del informe de descargue e inconsistencias de la mercancía en el aeropuerto, o dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la presentación del informe de descargue e inconsistencias de la mercancía en el puerto, el transportador o el Agente de Carga Internacional o el puerto podrá entregar la mercancía al declarante o importador, en el respectivo aeropuerto o puerto, cuando haya procedido el levante respecto de una Declaración Inicial o Anticipada, o cuando así lo determine la autoridad aduanera en los casos de entregas urgentes. Vencidos estos términos, el importador o declarante solo podrá obtener el levante de la mercancía en el depósito habilitado.(...)”

Sobre el tema, se dejó expuesto en el marco normativo que la duración de la modalidad de tránsito aduanero (cabotaje) lo fija la autoridad aduanera de acuerdo con la distancia que separe la aduana de partida de la de destino y que dicho término se cuenta a partir de la fecha de autorización del régimen y finaliza con la entrega de la carga al depósito o al usuario operador de la zona franca, según

corresponda, quien recibirá del transportador la declaración de tránsito aduanero; si la entrega se produce por fuera de los términos autorizados por la aduana de partida, el depósito o el usuario operador de la zona franca elaborará y remitirá a la aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero.

También se dijo, que una de las obligaciones de las empresas transportadoras que trasladan mercancías sometidas a régimen de tránsito aduanero y/o cabotaje es la entrega oportuna de las mercancías, lo cual debe cumplir en forma estricta dentro del plazo que al efecto ha señalado la aduana de partida y hacerse en el lugar que corresponde, depósito habilitado, zona franca, etc., y no en cualquier sitio²⁸.

Asimismo, se aludió a lo afirmado por el H. Consejo de Estado²⁹ en lo atinente a la obligación del transportador de entregar la mercancía al finalizar el régimen de tránsito aduanero «conforme», esto es, con la presentación del D.T.A. (Declaración de Tránsito Aduanero) y el manifiesto de carga en la aduana de destino y dentro del término fijado para el régimen correspondiente, plazos para la finalización de la modalidad de tránsito aduanero que se encuentran fijados en el artículo 319 de la Resolución No. 4240 del 2 de junio de 2000.

Por lo anterior, no resulta de recibo que se arguya el inciso 4° del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, dado que esta norma está referida a la entrega de la mercancía al depósito o a la zona franca, pero sin hacer referencia expresa a los plazos autorizados por la aduana de partida en la modalidad de tránsito aduanero.

Por eso, considera la instancia que en este caso resulta aplicable la norma especial referida a los plazos de la modalidad de tránsito aduanero (cabotaje), esto es, el artículo 319 ibídem, resultando evidente que la demandante tenía como plazo máximo el día 29 de marzo de 2010 y la finalización se dio hasta el día 30 del mismo mes y año, según se corrobora de los documentos visibles a folios 12, 13, 14, 25 y 26 del informativo, que registran la Declaración de Tránsito Aduanero y/o Cabotaje No. 650800126014, en el que se consigna como transportador a la sociedad AVIANCA S.A. y como fecha límite para finalizar la modalidad (entrega directa) el día 28 de marzo de 2010 y como fecha de entrega de la carga el día 30 de marzo de 2010, datación en que se consignó que se había comunicado a la aduana de partida, además del Registro de Finalización de Cabotaje, en el que se dejó la observación por la aduana de llegada que faltaban 13 kilos y que se finaliza sin autorización en el sistema por traslado a depósito.

²⁸ Tomado de la sentencia del Consejo De Estado – Sección Primera - Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO - treinta y uno (31) de julio de dos mil tres (2003) - Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00672-01 (8955).

²⁹ Ver sentencia del 1 de noviembre de 2001, Expediente 1997-4904, Actora: TRÁFICOS Y FLETES S.A., M.P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola; Sentencia de 31 de enero de 2008, Expediente: 2002-00178, Actora: TRÁFICOS Y FLETES S.A., M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade; Sentencia de 31 de julio de 2008, Expediente: 2000-01901, Actor: EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; Sentencia de 6 de mayo de 2010, Expediente: 2002-00333, Actora: ADUCARGA S.A., M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Y si bien a folio 14 del plenario, existe un oficio suscrito por la Gerente de UTI Colombia Cali de fecha 26 de marzo de 2010, dirigido a TAMPA CARGO importaciones en la que solicita el traslado de la carga amparada bajo la guía No. 20470138298 al depósito de Aduana Consimex, no existe certeza de su radicación ante la autoridad aduanera, como tampoco que la aduana de partida haya convenido en que la mercancía fuera entregada en dicho depósito, provocando la variación del plazo autorizado para la finalización del cabotaje, confirmando que sí existió la infracción aduanera.

4. IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTIA – VIOLACION DE LAS NORMAS DEL CONTRATO DE SEGURO: Existe una improcedencia de la efectividad de la garantía y violación de las normas del contrato de seguros, dado que para la época de los hechos no se había celebrado el contrato de seguro y no se había expedido la póliza, pues esta inició su vigencia a partir del 22 de febrero de 2012 y hasta el 01 de febrero de 2015, tal como aparece demostrado dentro del expediente.

Tal y como se indicó en el marco normativo, el H. Consejo de Estado entiende que el siniestro equivale al momento del incumplimiento: *“...la efectividad de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales como la aquí estudiada, se constituye por virtud de la inobservancia de una obligación aduanera, es decir, que “...la ocurrencia del siniestro en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales, es el hecho en sí del incumplimiento”³⁰*, de donde puede aseverarse que, en este caso, a la sociedad demandante se la sancionó por el incumplimiento en el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje fijado por la Aduana de partida de acuerdo a lo estipulado en el numeral 3.2.5 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999³¹, luego entonces, fue en el momento en que se incumplió el plazo fijado por la aduana de partida (28 de marzo de 2010) cuando se configuró el siniestro.

En la Resolución No. 1 88 241 06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, mediante la cual se impuso sanción a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA con multa de \$4.911.000 por incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito y/o cabotaje, se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 43111834 expedida por la Compañía Chubb de Colombia (fls.170-189 cuaderno anexo), la cual tenía vigencia desde el 1º de febrero de 2012 hasta el 1º de febrero de 2015 (fls. 57-58; 137-147), por ende, se colige que el siniestro se configuró de manera previa a la vigencia de la póliza y, por tanto, ésta no amparaba tal riesgo.

Según se expuso, es diferente el momento en el cual ocurre el siniestro al momento en que la Administración declara su configuración, en tanto que el

³⁰ Consejo de Estado – Sección Primera - 6 de junio de 2013, Expediente No. 2009-00245-01, M.P. Dra. María Elizabeth García González.

³¹ ARTÍCULO 497. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TRANSPORTADORES Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes: (...) 3.2.5 Incumplir con el término para finalizar los regímenes de tránsito aduanero, cabotaje o la operación de transporte multimodal fijado por la aduana de partida. La sanción a imponer será multa equivalente a doscientas (200) Unidades de Valor Tributario - UVT, por cada infracción.

sinistro acontece en el instante en el cual acaece el riesgo asegurado, que para el caso del seguro de cumplimiento de disposiciones legales, acontece cuando se incumple la norma, por consiguiente, para que la Administración pueda hacer efectiva dicha póliza, debe declarar la ocurrencia del siniestro por medio de un acto administrativo, de tal forma que, para que la póliza ampare la configuración del riesgo, lo que debe suceder dentro de su vigencia es el siniestro y no su declaración, la cual puede ser posterior.

Cosa distinta es, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que, como ya se dijo, es un aspecto distinto del término de vigencia o cobertura de la póliza y por ello, la orden de hacer efectiva la garantía no necesariamente debe proferirse dentro del término de vigencia de la póliza, pues puede ser posterior, en la medida que se trata de la reclamación del pago como consecuencia de que ha ocurrido el riesgo asegurado.

Sin embargo, dado que en este caso se constató que la póliza no estaba vigente al momento en que se ocasionó el siniestro, no habría lugar a estudiar la referida prescripción.

Finalmente, se aduce por la compañía aseguradora CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que el Requerimiento Especial Aduanero No. 1-88-238-419-439-3-0012 del 26 de febrero de 2012, no le fue debidamente notificado, al igual que no fue debidamente notificada de la Resolución sanción No. 1-88-241-06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, a través de la cual se ordenó la efectividad de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, vulnerado de esta manera su derecho de defensa y el debido proceso.

Al respecto, se constató que la Resolución No. 00012 del 26 de febrero de 2013, a través de la cual se realizó requerimiento especial a la sociedad Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA (fls. 115-126), fue notificada a AVIANCA y a su apoderado el día 11 de marzo de 2013, a través de la empresa de mensajería SERVIENTREGA (fls. 127 y 128 cuaderno anexo) y que la Resolución No. 1 88 241 06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, mediante la cual se impuso sanción a la sociedad AVIANCA por incumplir con el término para finalizar el régimen de transito y/o cabotaje (fls.170-189), le fue notificada a CHUBB DE COLOMBIA, el 04 de junio de 2013., según guía obrante a folio 194 de la empresa de mensajería SERVIENTREGA.

Por lo anterior, se concluye que el hecho de que el Requerimiento Especial Aduanero no haya sido notificado a CHUBB DE COLOMBIA, no lo vicia de nulidad sino que le resulta inoponible, pues el sujeto con interés en el mismo era AVIANCA a quien se le notificó por asistirle interés y quien tenía la posibilidad de responder, como al efecto lo hizo. Adicionalmente, a la compañía aseguradora le fue notificada la resolución sanción, esta sí de interés para ella, en la medida en que se dispone la efectividad de la póliza por ella expedida.

Asimismo, conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, cuando la DIAN adelanta la acción derivada del contrato de seguros como consecuencia de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro, no tiene la obligación legal de notificar a la aseguradora el requerimiento especial que se surte válidamente frente al importador o al transportador.

En suma, en el sub lite el único cargo llamado a prosperar es el de la no vigencia de la póliza al momento de ocurrir el siniestro, dado que se comprobó que el incumplimiento ocurrió de manera previa a la vigencia de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 43111834 expedida por la Compañía Chubb de Colombia (fls.170-189 cuaderno anexo), lo cual da lugar a la declaración de nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 1 88 241 06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, mediante la cual se impuso sanción a la sociedad AVIANCA y la nulidad parcial de la Resolución No. 01-88-236-408-601-01489 del 20 de agosto de 2013 proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas Cali y que resolvió el recurso de reconsideración, pero solo en la parte en que confirma el numeral tercero de la Resolución No. 1 88 241 06.42.03 – 00848 del 27 de mayo de 2013, referido a la efectividad de la póliza de cumplimiento.

5. CONDENA EN COSTAS.

En atención a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, se condenará en costas a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, conforme lo señala el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del Código General del proceso, mismas que se liquidarán por secretaría. De conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho la suma del 3% del valor de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 1 88 241 06.42.03-00848 del 27 de mayo de 2013, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas Cali, en tanto ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 43111834 expedida por la Compañía Chubb de Colombia y la nulidad parcial de la Resolución No. 01-88-236-408-601-01489 del 20 de agosto de 2013 proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas Cali, que resolvió el recurso de reconsideración, pero solo en la parte en que confirma el numeral tercero de la Resolución No. 1 88 241 06.42.03 – 00848 del 27 de mayo de 2013, referido a la efectividad de la póliza de cumplimiento, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00077-00

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

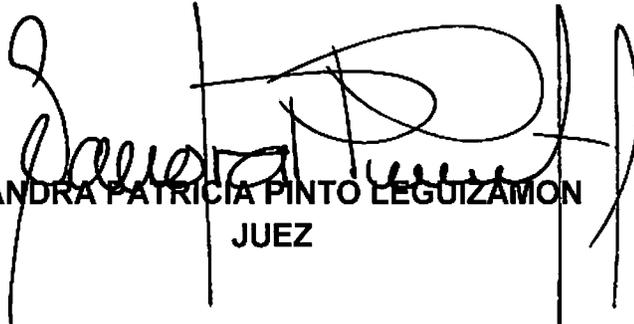
TERCERO: CONDENAR a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** al pago de costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

CUARTO: CONDENAR en agencias en derecho a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** y a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa. El Despacho fija el quantum en un tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones. Su liquidación deberá realizarse por secretaría e incluirse en la liquidación de las costas.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G. del P.

SEXTO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMÓN
JUEZ