



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-012-2011-00197-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Agencia de Aduanas Servade S.A.
Demandado : Dian

Tema: Ausencia de responsabilidad de las Agencias de Aduanas.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 31 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad AGENCIAS DE ADUANAS SERVICIOS ADUANEROS ESPECIALIZADOS S.A. NIVEL I – AGENCIA DE ADUANAS SERVADE S.A. NIVEL 1, por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 644-2025 del 25 de noviembre de 2010**, por medio de la cual se impuso multa a la demandante por la suma de \$125.388.618, con fundamento en la supuesta comisión prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2685 de 1999; y la nulidad de la **Resolución No. 23310041 del 8 de marzo de 2011**, la cual resolvió el recurso de reconsideración confirmando la decisión inicial. Todas ellas expedidas por la entidad demandada.

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que declare que la sociedad actora no incurrió en la falta que se le imputa mediante los actos demandados y por lo tanto no es aplicable la sanción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2685 de 1999. Que en el evento de que la libelista llegare a pagar algún valor por la sanción, se ordene la devolución debidamente indexadas o actualizadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

Tercero: Que se condene en costas, agencias en derecho a la demandada y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y demás normas concordantes del C.C.A.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra la sociedad libelista que al puerto de Cartagena arribó la mercancía que de acuerdo con el conocimiento de embarque No. SMLU 2135146A 003 del 27 de febrero de 2009, se trataba de un contenedor con 1.035 bultos con bolsas de filtro en fibra de vidrio consignada a nombre del importador SPIN OCR E.U.
2. Sostiene que para la nacionalización de dicha mercancía, el importador le entregó a la SIA demandante los siguientes documentos: (i) Registro único tributario de la empresa SPIN OCR E.U. (ii) Original del certificado de cámara de comercio, sobre la existencia y representación legal de dicha empresa, (ii) Copia de la cédula de ciudadanía del sr. Oscar Eduardo Ceron Robayo, representante legal de SPIN OCR E.U. (iv) Original de la factura comercial No. D4072 del 26 de febrero de 2009 (v) Original del conocimiento de embarque No. SMLU 2135146A 003 del 27 de febrero de 2009. (vi) Original del mandato aduanero otorgado por el representante legal de SPIN OCR E.U. a Servade S.A.

En ese orden con base en la documentación relacionada, la sociedad Servade S.A., presentó ante la Jurisdicción de Aduanas de Cartagena, la Declaración de Importación No. 23831013505276 del 7 de marzo de 2009; nacionalizando la mercancía referenciada, es decir, bolsas de filtro en fibra de vidrio

3. Advierte la actora que no hizo uso de la facultad de reconocer previamente la mercancía, conforme lo dispone el artículo 27-3 del Dto. 2685 de 1999, dado que se trata de una facultad discrecional y además porque el importador mediante carta del 6 de marzo de 2009 no lo autorizó al manifestar: *"....A su solicitud de realizar preinspección a la mercancía amparada en el B/L de la referencia, les comunicamos que esta no se autoriza en razón a que la mercancía fue contada por nosotros en origen y las descripciones solicitadas por ustedes están relacionadas en la factura comercial No. D4072..."*

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

4. Que posterior al levante de la declaración, el contenedor en el que se transportaba la mercancía, fue inspeccionado por la Policía Fiscal y Aduanera, hallándose que la mercancía físicamente no correspondía a la descrita en la declaración de importación No. 23831013505276 del 7 de marzo de 2009, ya que no se trataba de bolsas de filtro en fibra de vidrio, sino de ropa para hombre y mujer, vestidos de baños, bolsos y correas, dando lugar a que esa inconsistencia la mercancía fuera aprehendida y posteriormente decomisada mediante la Resolución No. 847 del 7 de mayo de 2009.
5. A raíz de dicha situación, la entidad demandada inició proceso administrativo contra la sociedad actora, el cual culminó con los actos administrativos objeto de juicio.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Arts. 2, 6 y 29 de la Carta Política.

Legales: Nral. 2.6 del art. 485 del Dto. 2685 de 1999.

Aduce que con la expedición de los actos acusados, se incurrió en la violación de las normas constitucionales, toda vez que al imponer la multa, sin tener en cuenta que la libelista no incurrió realmente en la infracción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2685 de 1999, la DIAN, está lesionando sin justa causa la violación de los principios de legalidad, justicia, equidad y el patrimonio económico de la sociedad actora.

Que se vulnera el principio de tipicidad dado que para que una persona pueda ser sancionada por infracción a una determinada norma de carácter legal, es importante que exista una total concordancia o coincidencia entre la conducta que se le imputa al infractor con la descrita en la norma por el legislador; debido a que si del análisis o la interpretación mental realizada por el juzgador no se establece esta total coincidencia, se dirá que no hay adecuación típica y que por tanto no hay lugar a sanción alguna.

Sostiene que en este caso no se hizo incurrir al mandante en el decomiso de su mercancía, por cuanto para la nacionalización de ella, el importador (SPIN OCR) entregó a la SIA el original de la factura No. D4072 del 26 de febrero de 2009, así como el original del documento de transporte o conocimiento de embarque No. SMLU 2135146A 003 del 27 de febrero de 2009, en lo que claramente se dice que se trataba de bolsas de filtro en fibra de vidrio, es decir, que de entrada fue el importador quien suministró una información equivocada a la actora, sobre la mercancía que realmente había importado.

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

Que el reconocimiento o la inspección previa de la mercancía para la declaración ante la aduana, no es obligatoria sino que es una facultad discrecional que tienen las agencias de aduanas de conformidad con lo previsto en el artículo 27-3 del Dto. 2685 de 1999, avalada en la Circular Externa No. 188 de 2000; Concepto Aduanero No. 090 de 2001.

Que aun cuando el reconocimiento previo de la mercancía para su declaración ante la aduana es una facultad discrecional que tienen las agencias de aduanas, la realización de la misma requiere autorización previa del importador, no solamente por tratarse del dueño de carga, sino también porque eso tiene un costo que debe sufragar el importador, por concepto de grúa para movimiento y apertura del contenedor, estiba o desestiba de la carga, valor de la mano de obra por el personal que lo debe hacer etc.

Precisa que cuando no hay reconocimiento o inspección previa de la mercancía para su declaración ante la aduana, la responsabilidad de la agencia de aduanas frente a la mercancía que declara, no va más allá de la concordancia o coincidencia que debe existir entre los documentos soporte de la declaración y los datos que al respecto consigna la agencia de aduanas en la declaración de importación.

Que dentro del expediente no obra prueba o queja del importador en el que como sujeto pasivo de la infracción que se le imputo a la demandante diga que la misma lo hizo incurrir en el decomiso de sus mercancías.

Finalmente sustenta que el propio importador no autorizó la inspección o el reconocimiento previo de la mercancía para su correcta declaración ante la aduana, mal podía en consecuencia las autoridades concluir que la sociedad actora con su actuación, hizo incurrir al importador en el decomiso de sus mercancías, cuando lo cierto es que el citado importador, al no autorizar el reconocimiento previo de la mercancía por parte de la libelista con el que se habría podido establecer la verdadera naturaleza, clase y cantidad de la mercancía importada, el mismo importador fue el que propició el decomiso de sus mercancías, no configurándose por lo tanto la conducta que se le imputó a la actora, de hacer incurrir al importador en el decomiso de sus mercancías y que por lo mismo desvirtúa en su favor, la comisión de la infracción prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2685 de 1999, por no presentarse en el caso que ocupa, la adecuación típica del hecho o la conducta de la agencia investigada con el tipo o la conducta descrita en la referida infracción como sancionable.

Que el hecho de que el importador no haya autorizado el reconocimiento previo de la mercancía, engañó e indujo en error a la demandante, al suministrarle la factura comercial D4072 del 26 de febrero de 2009 y el conocimiento de embarque No. SMLU 2135146^a0003 del 27 de febrero de 2009 con una información equivocada respecto del tipo o clase de mercancía que realmente amparaba esa documentación, ya que no se trataba realmente de bolsas filtro en fibra de vidrio.

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Sostiene que las Sociedades de Intermediación Aduaneras, son auxiliares de la función pública del Estado en materia aduanera, por tanto debe concluirse que la conducta de una SIA no es asimilable a la del usuario particular, es decir, no están limitadas, solo a la presentación de la declaración de importación y de los documentos soportes y al pago de los tributos aduaneros, sino que su actividad general de asistente de la administración le exige diligencia y total exactitud en la revisión y verificación de la declaración misma y del contenido en los documentos soportes.

Que para la administración aduanera es claro, que el declarante no es quien diligencia la factura, pero las SIAs, representación del importador y gracias al conocimiento técnico que debe tener de la normatividad y a su papel de auxiliar de la administración, quien debe verificar que dicho documento se ajuste a las normas aduaneras vigentes sobre el tema.

Que el declarante al aceptar los documentos soportes para nacionalizar la mercancía, cuenta con mecanismos de control para asegurarse de la validez de la información suministrada, por el cliente, entre los cuales se encuentran; el volumen de las declaraciones de importación en un periodo de tiempo, forma de canalización de las divisas, capacidad financiera para realizar operación de comercio exterior, el reconocimiento físico de las mercancías aunque se trata de una facultad discrecional para verificar la cantidad, peso, naturaleza y estado de las mercancías, así como los elementos que la describen, previamente a la declaración de la misma, es una de las facultades con que cuentan las agencias de aduanas para tener un mejor conocimiento de las mercancías.

Excepciones.

La DIAN como excepciones propone la *“Inepta demanda – se alegan hechos nuevos no discutidos en vía gubernativa e indebido agotamiento de la vía gubernativa”*

Lo anterior por cuanto la parte actora alega la violación de los artículos 2 y 6 de la Constitución Política, la violación de los Conceptos Aduaneros Nos. 090 de 2001, 10374 del 9 de febrero de 2009; la Circular 175 de 2001, la violación del artículo 20 del parágrafo del Dto. 4048 de 2008, cuestiones sobre las cuales la administración no tuvo oportunidad de manifestarse en vía gubernativa.

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia adiada 31 de enero de 2014, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Deduce que de los documentos soportes de la declaración de importación, como la misma declaración de importación, son totalmente diferente a la que se encontró en el proceso de control posterior realizado por la DIAN dando lugar a que la mercancía encontrada se declarará como no amparada.

Que el hecho de que la factura comercial presentada señale que la mercancía vendida son bolsas faltantes de material de fibra de vidrio, esto no es óbice para que el declarante sea eximido de responsabilidad, dado que por su característica de auxiliar de la función aduanera sobre él recae que los documentos soportes sean veraces y en el evento que esto no se dé es a él a quien se le debe imponer la sanción.

Que aun cuando una agencia de aduanas en el marco de sus funciones y atribuciones no funja como importador, dicha circunstancia no la exime de la obligación de responder por las obligaciones propias de su labor como declarante e intermediario aduanero autorizado, pues entonces perdería sentido el hecho de que tome una póliza para amparar las obligaciones a estas sociedades encomendadas dentro de la correspondiente operación de comercio exterior; de manera que responde ante la administración por la veracidad de la información que le suministre a aquella en todos los documentos relacionados con la mercancía objeto de la operación.

Que es claro que SERVADE S.A. debía atender responsabilidades y funciones propias de las agencias de aduanas, pues en dicha calidad actuó dentro de la actuación administrativa que somete a dirección judicial y que además su intervención se verifica en el marco de una operación de importación.

Que dada la naturaleza jurídica, finalidad y objeto de las agencias de aduanas, auxiliares del Estado en la función pública aduanera, con claras obligaciones y responsabilidades en el régimen de importación, bien pueden responder por las infracciones administrativas aduaneras en el estatuto aduanero, las agencias son responsables entre otras, cuando actúen como declarantes autorizados – de la veracidad o autenticidad de los datos consignados en las declaraciones de importación, así como en los demás documentos que son presentados al sistema informático aduanero o documentos soportes de la declaración de importación, entre ellos la factura comercial y con los cuales se obtiene el levante de la mercancía. (fl. 537-555)

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante, solicita su revocatoria, básicamente reiterando los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante.

Se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación. (fl. 11-31 Cdno. Segunda Instancia)

Parte demandada.

Solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 6-8 Cdno. segunda Instancia)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público, en este caso no conceptuó.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 8 de julio de 2014, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fl. 3 Cdno. Segunda instancia)

Luego, por auto del 31 de julio de 2014, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 5 Ibídem)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, pasó al despacho el expediente para resolver de fondo el proceso de referencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Rad: 012-2011-00197-01

Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.

Ddo: DIAN.

- Resolución No. **644-2025 del 25 de noviembre de 2010**, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Cartagena, por la cual se impuso multa a la sociedad actora por la suma de \$125.388.618.
- Resolución No. **223-010041 del 8 de marzo de 2011**, proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración, confirmando la sanción.

Caducidad.

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **223-010041 del 8 de marzo de 2011**, por la cual se desató el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora, se notificó el día 10 de marzo de 2011 (fl. 505) y teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación prejudicial contemplada en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se presentó el día 24 de junio de 2011, el término de caducidad de la acción quedó suspendido hasta el día 7 de septiembre de 2011, fecha en que se expidió la constancia de no conciliación ante la procuraduría (fl. 103).

Por lo que en ese sentido, la demandante tenía hasta el **26 de septiembre de 2011**, para interponer la acción de referencia; sin embargo, al revisar el introductorio nota la Sala que dicha acción se interpuso el **día 7 de septiembre de 2011**, es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Problema Jurídico.

¿Es obligación de las agencias de aduanas efectuar el reconocimiento de las mercancías que ingresan a territorio aduanero para ser posteriormente declaradas, aun cuando el importador previamente no haya autorizado tal actuación?

¿Hizo incurrir la sociedad actora a su mandante, en la infracción administrativa contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2883 de 2008 que modificó el artículo 485 del Dto. 2685 de 1999, por haber declarado una mercancía que no corresponde a la verificada físicamente por la autoridad aduanera, o por el contrario se configuró una atipicidad normativa?

Para dar respuesta a lo descrito, conviene precisar que la entidad demandada y el Juez de primera instancia, encontraron responsable a la sociedad actora de la infracción contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2685 de 1999, consistente en *“Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio que utilice sus servicios, en infracciones aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, la liquidación de mayores tributos o el decomiso de las mercancías”*; como quiera que al momento de presentar su declaración ante la autoridad aduanera, señaló que ésta se trataba de *“bolsas de filtro en fibra de vidrio”*, sin embargo una vez inspeccionada ésta por la Policía Fiscal se demostró que la misma no concordaba con la declarada, dado que

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

realmente consistía en *“ropa para hombre y para mujer, vestidos de baño, bolsos y correas.....*

En ese orden la Sala para efectos de resolver la controversia suscitada por la sociedad recurrente, inicia el estudio del caso, señalando la importancia de las sociedades de intermediación aduaneras y su actuación en las operaciones aduaneras, luego se destacará el material probatorio allegado al proceso, para finalmente adentrarse al caso concreto.

- **Generalidades sobre las Sociedades de Intermediación Aduaneras (SIA)**

Este tipo de sociedades, fueron creadas en el ordenamiento legal, con el objeto de colaborar, apoyar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en todas las gestiones concernientes a las operaciones aduaneras y al cumplimiento de las normas de comercio exterior. A través de ellas, se llevan a cabo todos los procedimientos que buscan la legalización y en consecuencia el levante de las mercancías que ingresan o salen del país; por lo que, la normatividad aplicable a este tipo de operaciones, se consagra en el Estatuto Aduanero.

El fundamento legal de estas sociedades aduaneras, se consagró en el artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, que las llamó agencias de aduanas y en el que se estipuló:

“Artículo 12. Agencias de aduanas. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las agencias de aduanas son las personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

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

En ese sentido, la Sociedad de Intermediación Aduanera o Agencia de Aduanas, es una persona jurídica que tiene como actividad principal colaborar entre el Estado representado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el importador o exportador que pretende importar o exportar mercancía desde el interior o desde el exterior del país, por lo que, el agente de aduana interviene en este procedimiento con el fin de que ese usuario aduanero cumpla con las normas aduaneras internas o

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

externas, para así legalizar y en consecuencia comercializar la mercancía de su propiedad.

En efecto, esta agencia de aduanas no es más que un interventor en la operación porque como bien lo describe la norma, su función no es ejercer actividades de comercio propiamente; aunque su naturaleza sea mercantil y de servicio, sino que velará porque la información que se consigne en los documentos que soportan la operación aduanera, sea veraz y no atente contra las normas que protejan el patrimonio económico de Estado (sea emisor o receptor)

Luego entonces, la naturaleza jurídica de este tipo de sociedades es legal, como quiera que se encuentra regulada tanto en el Código de Comercio como en el Decreto de referencia, que le otorga una categoría de entidad con funciones públicas.

- **De la Responsabilidad y las Sanciones que incurre una SIA.**

Analiza esta Sala que al tratarse de una sociedad de intermediación aduanera, de ella se derivan dos tipos de responsabilidades, una frente al particular empresario importador o exportador, y otra frente al Estado por el incumplimiento de las normas legales. En efecto en el primero de los casos, la relación es netamente privada, por lo que las normas aplicables son de derecho privado, mientras que en el segundo caso, el asunto viene dado más por la protección del fisco del Estado, circunstancia que encamina la controversia a la aplicación de las normas públicas.

En el caso particular, la Sala encausará la responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera en el incumplimiento de las normas públicas, más exactamente en la trasgresión de las normas al Estatuto Aduanero.

El Decreto **2685 de 1999**, mediante el cual se modificó la legislación aduanera; en el artículo 27-4 de esta última norma, estableció las responsabilidades que tienen las Agencias de Aduanas en el ejercicio de su actividad aduanera.

“Artículo 27-4. Responsabilidad de las agencias de aduanas.

<Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las agencias de aduanas que actúen ante las autoridades aduaneras serán responsables administrativamente por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad.

Igualmente, serán responsables por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus agentes de aduanas acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y responderán administrativamente cuando por su actuación como declarantes hagan incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios en

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

infracciones administrativas aduaneras que conlleven la liquidación de mayores tributos aduaneros, la imposición de sanciones o el decomiso de las mercancías.

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

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

Se desprende de lo anterior, que los agentes de aduanas o sociedades de intermediación aduaneras, son responsables administrativamente de toda la información que suministren a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, indistintamente de la responsabilidad que se tengan con el mandante o importador/exportador por otros hechos, es decir, estas entidades responderán directamente por las infracciones que cometan en toda la operación aduanera, donde su actuación sea indispensable o necesaria para la continuidad de dicha actividad; por ello, la labor que ejecutan las mismas, son de gran importancia, toda vez que el Estado que actúa por medio de la DIAN, le deposita la confianza a éstas para que ejerzan el control en el cumplimiento de las obligaciones aduaneras; por ejemplo; se suministre los datos correctos y claros del representante legal y domicilio del importador o exportador, se reconozca la mercancía de importación en los depósitos habilitados, se verifique el peso, el pago de los tributos, las tasas de cambio, entre otras funciones.

No obstante, en caso de que la Sociedad de Intermediación observare que dichos requisitos no se cumplen, le corresponde informarle dicha situación a la Dirección de Aduanas Nacionales, a fin que ésta como autoridad policiva de aduana, ejerza control y tome los correctivos del caso, en procura de evitar la trasgresión a las políticas económicas del país. Caso contrario, de no suministrarse esa información, la Sociedad de Intermediación, incurre en falta administrativa que conlleva a sanciones pecuniarias, como quiera que omitió el deber de informar de forma veraz lo que ocurre con el procedimiento aduanero.

Es menester recordar, que estas sociedades, tiene como fin primordial servir de colaborador al Estado, para el cumplimiento de las normas aduaneras, por lo que, son responsables de las acciones y las omisiones en el suministro de la información veraz y correcta a la entidad aduanera (DIAN), luego, de no cumplirse con dicha obligación, se hacen acreedoras de sanciones pecuniarias por su indebida actuación.

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

- **En cuanto al reconocimiento de las mercancías por parte de las SIAs.**

El artículo 24 del Dto. 2685 de 1999, modificado por el artículo 27-3 del Decreto 2883 de 2008, establece la facultad que tienen las agencias de aduanas para reconocer o inspeccionar las mercancías que se encuentra en el proceso de importación. Veamos:

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

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

Parágrafo. *Las personas jurídicas reconocidas e inscritas como usuarios aduaneros permanentes o como usuarios altamente exportadores podrán acogerse a lo previsto en este artículo.*

En ese sentido, colige la Sala de la norma transcrita que el reconocimiento de las mercancías sometidas al proceso de importación opera de manera discrecional para las sociedades de intermediación aduanera o agentes de aduanas, por lo que la ausencia de este procedimiento no obstaculiza la continuidad del proceso de importación; sin embargo, advierte la disposición en comento que en el evento de llegarse a encontrar inconsistencia durante dicho reconocimiento, éste deberá ser comunicado a la autoridad aduanera para que dicha mercancía sea reembarcada o legalizada con el pago de los tributos aduaneros correspondientes.

Pues bien es del caso resaltar que sobre esta facultad, la autoridad aduanera en sus conceptos, específicamente en la Circular Externa No. 0188 del 26 de julio de 2000; afianzó lo señalado en la norma citada, la cual es traída a colación por parte de esta judicatura, por constituir uno de los argumentos base de la sociedad recurrente. Veamos la entidad demandada en dicha circular precisó:

"1. IMPORTACION

1.3 En cuanto al reconocimiento de las mercancías que puedan efectuar las Sociedades de Intermediación Aduanera, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 68 de la Ley 488 de 1998 y los artículos 1º y 24 del Decreto 2685 de

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

1999, es preciso reiterar que se trata de una facultad discrecional para verificar la cantidad, peso, naturaleza y estado de las mercancías, así como los elementos que la describen, previamente a la declaración de la misma. De manera que no es obligatoria, en todos los casos, la realización del reconocimiento de las mercancías por las Sociedades de Intermediación Aduanera.

La responsabilidad que las Sociedades de Intermediación Aduanera tienen por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriben sus representantes, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 26 literal b) del Decreto 2685 de 1999, será por la consistencia entre los datos declarados y los documentos soporte entregados por el importador....”

En esa medida se enfatiza que los agentes de aduanas no están obligados a realizar reconocimiento o inspección de la mercancía que se someterá al proceso de importación, por cuanto se trata de una facultad discrecional, la cual no suspende el proceso de aduanero; lo importante en todo caso será que la información que suministre este colaborador de la función pública aduanera, a través de la respectiva declaración es que el contenido de los documentos sea veraz y exacta con la mercancía, cuya introducción al país va a formalizar.

Análisis del Caso.

- **¿Es obligación de las agencias de aduanas efectuar el reconocimiento de las mercancías que ingresan a territorio aduanero para ser posteriormente declaradas, aun cuando el importador previamente no haya autorizado tal actuación?**

Atendiendo el marco normativo referenciado, la Sala sin mayor discusión, encuentra que las agencias de aduanas si bien son entidades que están al servicio del Estado, tienen la obligación y responsabilidad de reportar la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban con los usuarios aduaneros, es decir, les asiste el deber de suministrar de manera correcta todo lo relacionado con las mercancías que ingresan o salen del territorio nacional durante el proceso de exportación e importación y que se encuentran bajo su responsabilidad.

Así mismo son responsables de su actuación, cuando de ella se derive una omisión o una acción que conlleve a su mandante a la imposición de sanciones, decomiso de mercancía o liquidación de mayores tributos.

En esa medida, el ordenamiento previó a favor de estas instituciones la facultad de verificar las mercancías que previamente van a ser declaradas ante la autoridad aduanera respectiva, pues, teniendo en cuenta el grado de responsabilidad que les asiste en el suministro de la información ante el Estado, tal entidad goza de esta facultad, para revisar, la cantidad, peso, naturaleza y el estado de la mercancía que

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

ingresa, así como los elementos que la describen; por ende, estas atribuciones corresponden al buen ejercicio de la actividad aduanera que busca evitar la afectación del patrimonio de la Nación.

Ahora bien, señala la misma normatividad y los conceptos emitidos por la autoridad aduanera, que el reconocimiento de las mercancías por parte de los agentes de aduanas no es una obligación legal llevarlo a cabo, sino una facultad discrecional, por lo que, deduce la Sala que tal actuación positiva o negativa por parte de las agencias de aduanas, no repercute en el proceso aduanero, dado que indistintamente a que se surta este procedimiento, dichas entidades deben suministrar la información veraz y exacta de lo que se está declarando.

Cabe hacer énfasis en este punto, toda vez que en el caso particular, la agencia de aduanas demandante, no llevó a cabo este procedimiento, en virtud de que el mismo importador, antes de la presentación de la declaración, negó al declarante la autorización para reconocer el contenido de la mercancía.

En efecto, a juicio de la Sala, pese a presentarse una negativa por parte del importador para reconocer su mercancía por parte del agente aduanero, éste bien pudo acoger de forma positiva o negativa tal autorización, como quiera que la disposición por si sola, lo autorizaba para llevar a cabo dicho reconocimiento, sin embargo, no puede perder de vista el Tribunal que el mismo importador con su actuación asumió el riesgo del contenido de la mercancía que ingresó a territorio aduanero, máxime si separó a su declarante de la posibilidad de verificarla.

En ese sentido, dando respuesta al problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión concluye que muy a pesar de que el importador relevó a la sociedad declarante de reconocer la mercancía, ésta última igualmente no tenía la obligación de verificarla, como quiera que tal actuación corresponde es una facultad discrecional que puede o no ser asumida por el agente de aduanas; puesto en que en todo caso, la obligación de esta entidad no es más que suministrar la información veraz y exacta del contenido de los documento que amparan el proceso de importación o exportación, por ello, no es dable señalar en este caso que la entidad actora y en general las agencias de aduanas, tienen la obligación de realizar el reconocimiento de las mercancías que posteriormente van a ser declaradas ante la autoridad aduanera.

- **¿Hizo incurrir la sociedad actora a su mandante, en la infracción administrativa contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2883 de 2008 que modificó el artículo 485 del Dto. 2685 de 1999, por haber declarado una mercancía que no corresponde a la verificada físicamente por la autoridad aduanera, o por el contrario se configuró una atipicidad normativa?**

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

Descendiendo al caso bajo estudio, la parte recurrente solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia, por cuanto a su juicio, no existe responsabilidad de la sociedad demandante durante el proceso de legalización de la mercancía, dado que ésta no fue previamente inspeccionada o revisada por el agente de aduanera en virtud de la no autorización dada por el propio importador, por lo que siendo así ésta confió en el contenido de los documentos entregados para ser declarados.

Adicionalmente alega que dentro del expediente no obra ningún documento, queja o prueba del importador, en el que como sujeto pasivo de la infracción que señale que dicha agencia de aduana lo hizo incurrir en el decomiso de sus mercancías; es más ni siquiera para la comprobación de la conducta que configura la autoridad aduanera como típica, citaron al representante legal del importador SPIN OCR EU, para que bajo la gravedad del juramento declarara si la citada agencia de aduanas con su actuación, los perjudicó o hizo incurrir en el mencionado decomiso.

Por consiguiente advierte que esta prueba era fundamental para demostrar o no la configuración de la infracción que se le imputó a la sociedad actora, ya que el importador, como sujeto pasivo de la infracción, era el único que estaba en capacidad de determinar el daño o perjuicio que realmente le pudo haber causado la agencia de aduana con su actuación o si realmente no lo hizo incurrir en el decomiso de sus mercancías.

Como soporte a lo precedido destaca que el importador le entregó los siguientes documentos: (i) registro tributario de la empresa SPIN OCR EU (ii) Original del certificado de cámara de comercio sobre la existencia y representación legal de dicha empresa (ii) Copia de la cédula de ciudadanía del representante legal (iv) Original de factura comercial No. D4072 del 26 de febrero de 2009, expedida por la empresa Condor RAG de Miami (fl. 403) (v) Original del conocimiento de embarque No. SMLU 2135146^a 003 del 27 de febrero de 2009 (fl.404) (vi) Original del mandato aduanero otorgado por el representante legal de SPIN OCR EU, a SERVADE S.A. (fl. 399-402)

Por otra parte manifiesta que para el diligenciamiento de la declaración de la mercancía, no hizo uso de la facultad de reconocer la mercancía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27-3 del Dto. 2685 de 1999, no solo por ser discrecional, sino porque el mismo importador mediante carta del 6 de marzo de 2009, no la autorizó.

Pues bien; la Sala de acuerdo a los documentos allegados al proceso y en vista el problema jurídico planteado, realiza las siguientes conclusiones:

El numeral 2.6 del artículo 485 del Dto. 2883 de 2003 *"Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones"*; dispuso:

"Artículo 485. Infracciones aduaneras de las agencias de aduanas y sanciones aplicables. Además de las infracciones aduaneras y sanciones previstas en los

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

artículos 482, 483 y 484 del presente decreto, las agencias de aduanas y los almacenes generales de depósito cuando actúen como agencias de aduanas, serán sancionados por la comisión de las siguientes infracciones aduaneras:

2 Graves:

(...)

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

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

De lo descrito se desprende que las agencias de aduanas responden de manera grave ante la administración aduanera, cuando con su actuación fomentan o generan la configuración de la infracción administrativa, que conlleva a la imposición de sanciones, decomiso de mercancía o la liquidación de mayores tributos aduaneros, esto es, agrava la condición de su mandante o usuario de comercio exterior.

En efecto para el caso que aquí interesa, observa la Sala que la parte recurrente advierte que con su actuación en ningún momento hizo incurrir a su mandante en la infracción aduanera señalada por la entidad demandada, dado que la libelista desconoció el contenido físico de la mercancía que declaró y que no reconoció físicamente porque pese a que era una facultad discrecional, el mismo mandante le negó esa autorización.

Pues bien a juicio de la Sala después de revisar el material probatorio allegado al proceso, encuentra que efectivamente la sociedad actora, mediante declaración de importación No. 23831013505276, declaró que al país ingreso la mercancía consistente en *"Bolsas de filtro en fibra de vidrio, aglomerada mediante aglutinantes (resina fenólica hidroxitrenzeno)...."*

No obstante, se advierte que al expediente se allegó comunicación de fecha 6 de marzo de 2009, expedida por el importador SPIN OCR EU, mediante la cual señala que no autoriza a la sociedad demandante para que preinspeccione la mercancía relacionada en la factura comercial No. D4072 (fl. 40)

En efecto, al confrontar el contenido de la norma a través de la cual se le impone la sanción a la demandante con los documentos allegados por las partes como prueba, el Tribunal observa que efectivamente durante el proceso de importación se presentó una irregularidad en la información suministrada por el agente de aduanas a la autoridad

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

aduanera y la mercancía inspeccionada físicamente, sin embargo, al verificar la sanción impuesta por la demandada como consecuencia de esa irregularidad, colige que la misma no guarda armonía con la actuación de la sociedad demandante, toda vez que la penalización impuesta, establece claramente que la infracción se causará cuando el agente de aduanas, haga incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior *que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros..*; esto es, que la agencia de aduanas despliegue una actuación dolosa o culposa contra su propio mandante que da lugar a que éste incurra en la mencionada infracción.

En el caso bajo estudio, la entidad demandada no demostró durante la actuación administrativa que realmente la sociedad actora haya hecho incurrir a su mandante en la mencionada infracción, toda vez que una cosa fue que la declaración hubiese estado mal diligenciada frente al contenido físico de la mercancía, hecho que la Sala no desconoce, pero otra cosa muy distinta es que tal actuación, se encuentre tipificada en el régimen de infracciones aduaneras, dado que al revisar todo el contenido de las infracciones señaladas por el ordenamiento aduanero aplicadas a los agentes aduaneros, la Sala observa que en ninguna de ellas se establece de manera taxativa, ni siquiera enunciativa que la sanción correspondiente a que el agente aduanero declare una mercancía distinta a la inspeccionada físicamente, mucho menos a que el hecho de que el agente de aduanas que no hizo reconocimiento de la mercancía declarada, incurra en alguna infracción cuando sobrevenga una revisión y se observare que la declaración no guarde armonía con la mercancía en física.

En ese orden de ideas, a juicio de la Sala la sanción impuesta por la entidad demandada no tiene asidero para ser aplicada a la demandante, como quiera que la misma no está amparada realmente en una actuación irregular consistente en causar un perjuicio al importador, al punto de que éste último fue quien negó autorizar a la sociedad actora la verificación de la mercancía, que insiste la Sala bien pudo ser realizada por cuenta de la actora, teniendo en cuenta la facultad legal, sin embargo, el propio importador con su actuación igualmente asumió su propio riesgo, toda vez que desligó a la demandante de esa responsabilidad, por cuanto, la negó la posibilidad de verificar y en consecuencia, ésta, bajo el principio de la buena fe, confió en la documentación entregada por su mandante.

En esa medida para esta Sala de Decisión, no cabe la menor duda que la decisión de la entidad demandada fue infundada y por consiguiente inadecuada respecto de la actuación del agente de aduanas, al punto que aplicó una sanción que no corresponde con la irregularidad presentada, y que dicho sea, no existe basamento normativo que determine con precisión que los hechos ocurridos en este asunto, acarreen una sanción, por lo que, se configura una atipicidad normativa, que entraña un desconocimiento del debido proceso de la demandante, como quiera que además del principio de legalidad; entratándose de sanciones debe darse en primer lugar la

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

adecuación típica de la conducta censurada que supuestamente de lugar al castigo que se aplica, actividad que de realizarse en el caso concreto por parte de la DIAN en vía gubernativa, hubiera dado a traste con la decisión que en esta oportunidad debe anularse.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado¹ señaló:

*“Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales. Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. **La ausencia de tipicidad** puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente...”*

Aunado a todo lo anterior y para efectos de soportar aún más esta decisión, es menester destacar que la irregularidad de la introducción de la mercancía dentro del territorio aduanero, se produjo no solo desde la declaración de importación, sino desde el mismo momento en que la mercancía ingreso al país, es decir, ésta cuando llegó al territorio nacional ya venía con la irregularidad en los documentos con que se amparaban, por lo que a partir de allí procedía su aprehensión, sin embargo, la sociedad declarante pese a desconocer tal situación procedió a legalizar su introducción y en consecuencia a continuar con su tránsito aduanero, por ello, la Sala concluye que a pesar de que la declaración fue irregular, la mercancía venía viciada incluso antes de que el declarante tuviera acceso a ella, por lo que, indistintamente a lo realizado por éste la infracción ya se había causado al momento en que arribó la mercancía al país; en ese sentido aun sin que se hubiese presentado tal declaración, la irregularidad habría existido.

Ahora bien, como en este caso lo que se estudia es que la adecuación típica no guardó relación con la sanción impuesta, este Tribunal encuentra procedente revocar la sentencia de fecha 31 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo

¹ Consejo de Estado. Sala lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C. 16 de febrero de 2012. Rad: 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09)

Rad: 012-2011-00197-01
Dte: Agencia de Aduanas Servade S.A.
Ddo: DIAN.

Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, no sin antes advertir que no se condenará en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 31 de enero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas, en su lugar **DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 644-2025 del 25 de noviembre de 2010 y la Resolución No. 223-10041 del 8 de marzo de 2011, proferida por la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la DIAN devolver la suma de \$125.388.618, por concepto del valor cobrado en los actos administrativos acusados, en el evento de que la sociedad actora hubiere realizado pago alguno; dineros estos que se devolverán debidamente indexados.

TERCERO: Sin condena en costas.

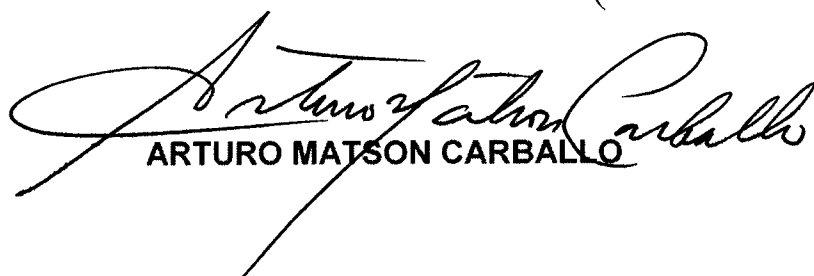
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

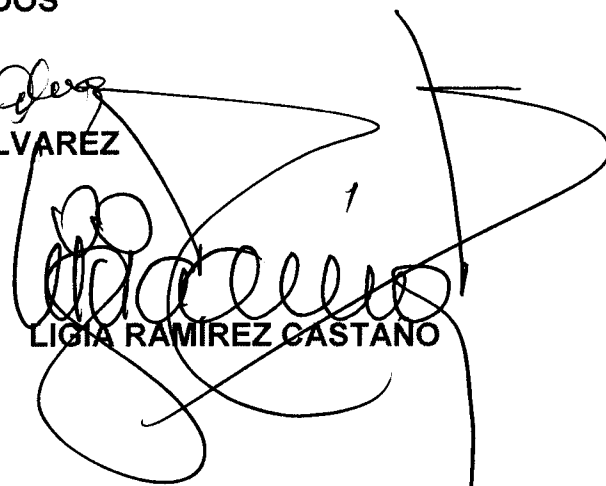
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO