



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 11001-33-34-002-2019-00201-00
Demandante: Avianca S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró Avianca S.A. en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“2.1.

2. DECLARACIONES Y CONDENAS

Se decrete la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 1-03-241-201-642-0-1236 de agosto 14 de 2018 de la División de Gestión de Liquidación y la Resolución No. 03-236-408-601 000115 de enero 16 de 2019 de la División de Gestión Jurídica, ambas de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, UAE adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2.2. Como consecuencia de lo anterior se declare que la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.-AVIANCA S.A., no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN por concepto de sanciones relativas a los Actos Administrativos a declarar nulos, ni ha incumplido ninguna obligación legal.

2.3. Sólo en caso de que durante o en el transcurso del presente proceso contencioso administrativo se efectúe el pago de la sanción impuesta en los actos administrativos aquí demandados, 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 S.A., por parte de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN- del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al pago de las siguientes sumas:

2.3.1. *Por daño emergente: La suma de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$25.774.000, 00), suma que consta dentro del expediente administrativo aduanero en los actos emitidos como consecuencia de la sanción impuesta, más el incremento de intereses y actualizaciones. Hacemos énfasis que a la fecha de presentación la demanda, aún no se ha pagado esta multa, porque mi poderdante optó por acudir a este medio de control en sede contenciosa para discutir la legalidad de los actos administrativos que la impusieron.*

2.3.2. *Por lucro cesante y en caso de haberse pagado por mi poderdante la suma mencionada en el numeral anterior, durante el desarrollo del proceso contencioso administrativo; se le reintegre la suma pagada, más intereses y actualizaciones. Al momento de ordenarse el pago a favor de mi poderdante, se deberán actualizar las sumas anteriores, según el índice de precios al consumidor, más un 6% desde el momento en que dicha suma se abone a la DIAN hasta el día en que se realice efectivamente el reintegro al demandante”.*

2. Cargos

Sostuvo, que los actos enjuiciados se habrían proferido con falsa motivación, habida cuenta que, si bien la demandada habría solicitado la inclusión forzada del manifiesto de carga No. 116575006408108 17 de septiembre de 2015, no se habría considerado que la demandante modificó dicho manifiesto, de ahí que las guías No. 729-83326655 y BCNAE15002697, habrían quedado amparadas bajo el manifiesto No. 116575006408154

En ese orden, dijo, que, para realizar la inclusión forzosa de la mercancía, la DIAN debió considerar el cambio de radicado del manifiesto de carga que hizo la empresa demandante.

Así, explicó que el perfilamiento de inclusión forzosa realizado por la DIAN se habría hecho a las 16:58 del 17 de septiembre de 2015, en tanto que, el reemplazo del manifiesto de carga que generó el cambio de radicado del mismo se habría realizado antes, esto es, a las 16:10 de ese mismo día, por lo que, en su criterio, la autoridad aduanera debió tener en cuenta ese cambio.

De otro lado, indicó que la demandada habría incurrido en violación del artículo 73 de la Resolución No 4240 de 2000, puesto que la carga amparada con la guía No. 729-83326644 fue trasladada al depósito y la carga amparada en guía No. BCNAE15002697, habría sido entregada con orden de levante, de ahí que esta no habría sido sacada de control aduanero, pues el traslado al depósito solo significaría el cambio de zona primera aduanera (lugar de arribo), a otra zona primaria aduanera (zona franca). Aunado a ello, dijo que la entrega con levante se habría hecho cumplimiento una orden del funcionario competente.

Así mismo, puso de presente, que respecto a las guías antes señaladas, podría revisarse las declaraciones de importación de cada una de las nacionalizaciones de que fueron objeto las cargas, en orden a comprobar que sí pagaron los respectivos tributos y se cumplió con la normatividad aduanera pertinente.

Finalmente, refirió que se habría vulnerado su derecho a la defensa y debido proceso, pues en sede administrativa, Avianca S.A. habría solicitado la práctica de unas pruebas, sin que la Administración se haya pronunciado respecto de las mismas. Aunado a ello, explicó, que fue solo hasta después de proferirse la resolución sancionatoria, que se habría proferido auto que negó la práctica de pruebas solicitada.

3. Contestación de la demanda

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales consideró que los actos administrativos acusados se ajustarían a los presupuestos constitucionales y legales que rigen la materia, por lo tanto, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar lo anterior, indicó que, de conformidad con el acta de hechos No.3630 de 19 de septiembre de 2015, la autoridad demandada procedió a realizar el reconocimiento de la mercancía amparada en los documentos de transporte No729-83326644 y BCNAE15002697, sin que la diligencia haya sido posible, dado que las cargas ya habrían salido de la bodega.

En tal sentido, dijo que, aunque se haya hecho el cambio del número de manifiesto de carga por parte de la empresa transportadora, debía considerarse que, la mercancía se encontraba bajo su control, de ahí que debía conocer que la carga se encontraba perfilada para realizar inclusión forzosa y no podía ser trasladada a otro lugar.

En ese orden, agregó que, aunque el número del manifiesto de carga cambió, la transportadora conocía el radicado inicial del mismo y, por lo tanto, sabía que se anunció que la mercancía no podía ser movilizada en razón del señalamiento de inclusión forzosa de la que habría sido objeto, señalamiento que conllevaría a su revisión por parte de la autoridad aduanera

En ese hilo argumentativo, adujo que no existiría violación al derecho de defensa y debido proceso al presuntamente no haberse pronunciado sobre la práctica de algunas pruebas, esto, toda vez que, a través de auto de 6 de noviembre de 2018, la demandada habría concluido que las pruebas solicitadas no permitían desvirtuar la sanción y no reunirían los requisitos de conducencia, pertinencia o necesidad para el esclarecimiento de los hechos.

5. Actividad procesal

El 13 de agosto de 2019, el Juzgado admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El 25 de noviembre de 2019, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contestó la demanda.

El 17 de mayo de 2022, fue anunciada a las partes la expedición de sentencia anticipada. En tal sentido se procedió a fijar el litigio y se incorporaron como pruebas los documentos aportados por la demandante y los antecedentes administrativos allegados por la accionada.

El 9 de agosto de 2022, se corrió traslado a las partes por el término de diez días para presentar los respectivos alegatos de conclusión.

6. Alegatos de conclusión

A través del correo electrónico dispuesto para tal fin, la parte demandante y la autoridad aduanera presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los que se ratificaron en los argumentos que expusieron en la demanda y respectivas contestaciones.

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, se procederá a dictar sentencia dentro de la demanda promovida por Avianca S.A. en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Con ese fin, el Despacho seguirá el siguiente derrotero: (i) problemas jurídicos planteados; ii) caso concreto; iii) conclusión; y iv) condena en costas.

1. Problemas jurídicos

Tal y como fue establecido en providencia de 17 de mayo de 2022, las cuestiones a resolver, en el asunto de la referencia, se concretan en las siguientes:

“• ¿Existió falsa motivación en la expedición del acto administrativo, debido a que, la autoridad demandada se habría fundado en hechos que no corresponderían con la realidad?”

¿Desconoció, la entidad demandada, el artículo 73 de la Resolución N° 4240 de 2000, al no existir la infracción que se imputó?

¿Vulneró, la DIAN el debido proceso y el derecho de defensa, debido a que negó reiteradamente la práctica de algunas pruebas en sede administrativa?

2. Caso concreto

2.1 *¿Existió falsa motivación en la expedición del acto administrativo, debido a que, la autoridad demandada se habría fundado en hechos que no corresponderían con la realidad?*

¿Desconoció, la entidad demandada, el artículo 73 de la Resolución N° 4240 de 2000, al no existir la infracción que se imputó?

Inicialmente, se precisa que, los dos cargos antes aludidos, se estudiarán de manera conjunta, habida cuenta que, para analizarlos debe acudir a similares insumos probatorios y jurídicos.

En ese orden, debe precisarse que, la parte actora indicó que los actos censurados se habrían proferido con falsa motivación y desconocimiento de lo contemplado en el artículo 73 de la Resolución 4240 de 2000, toda vez que, habría sido sancionada por haber evadido el control de la autoridad aduanera respecto a una carga que habría sido seleccionada para inclusión forzosa.

Sin embargo, dijo, que tal argumento carecería de veracidad, si se tienen cuenta que la accionada solicitó la inclusión forzosa de la carga amparada en el manifiesto No. 116575006408**108**, siendo que este no sería el correcto, pues la empresa actora lo habría modificado y el nuevo correspondería al 116575006408**154**. Sin embargo, frente a este último, precisó que no se habría hecho ninguna advertencia de inclusión forzosa.

Para reforzar sus argumentos, explicó, que el reemplazo del manifiesto inicial se habría hecho con antelación a que la carga amparada bajo el manifiesto No. 116575006408108, hubiera sido seleccionada para inclusión forzosa. De ahí que la autoridad aduanera conociera sobre el cambio de radicado realizado.

De otro lado, dijo, que debía tenerse en cuenta que la mercancía nunca salió de control aduanero, pues la carga amparada con la guía No. 729-83326644 fue trasladada al depósito y la carga amparada en guía No. BCNAE15002697 habría sido entregada con orden de levante, de ahí que el traslado a depósito solo significaría el cambio de una zona primaria aduanera a otra, y el levante habría obedecido a una orden emitida por un funcionario competente.

En tales condiciones indicó que se habría violado el artículo 73 de la Resolución 4240 de 2000, al no haberse considerado que, de la revisión de las declaraciones de importación se podría concluir que la mercancía fue legalmente nacionalizada y respecto a la misma se habrían pagado los tributos aduaneros correspondientes.

Precisado lo anterior, en orden a resolver lo pertinente, es menester acudir a lo contenido en los antecedentes administrativos, de los que se destaca:

- En acta de hechos No. 3630 de 19 de septiembre de 2015, se precisó que no se pudo realizar la verificación de la carga contenida en el manifiesto 116575006408**108**, habida cuenta que *“las cargas ya salieron de bodega”*
- El 14 de agosto de 2018, la Dian profirió Resolución sancionatoria No. 1236, de la que se desprende:

“(…) Por tal razón la DIAN hace la inclusión forzosa de los documentos de transporte 729-83326655 y BCNAE15002697, una vez la sociedad AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA AVIANCA, tiene conocimiento de esto no debía movilizar la mercancía amparada en dichos documentos de transporte, debía esperar a que se hiciera el reconocimiento de la mercancía por parte de la autoridad aduanera independientemente del cambio de manifiesto de carga, que como ya se dijo no es el tema central de la investigación, sino que los documentos de transporte ya mencionados en partes anteriores estaban en inclusión forzosa para verificación de mercancía y la sociedad Avianca los sustrajo del control aduanero, como quedó plasmado en el acta de hechos No 03630 del 19 de septiembre de 2015.

De otro lado expresar que la mercancía nunca se sustrajo del control aduanero no corresponde a la realidad, ya que los documentos de transporte objeto de análisis en la presente investigación fueron seleccionados para inclusión forzosa, inclusión que genera el efecto inmediato de suspensión de cualquier trámite o actuación por parte del transportador hasta tanto la autoridad aduanera realice la verificación y reconocimiento de la mercancía que fue materia de inclusión forzosa.

Teniendo en cuenta que la sociedad investigada no tuvo en cuenta esta inclusión forzosa y decidió sacar la mercancía de sus instalaciones, se concluye que las sustrajo del control aduanero.

(…)

VI. RESUELVE:

(…)

ARTICULO SEGUNDO: SANCIONAR a la empresa transportadora AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA con NIT 890.100 577-6, con multa a favor de la Nación Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por valor VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS MICTE. (\$25.774.000), por la comisión de la infracción consagrada en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 29 del Decreto 2101 de 2008. de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este provisto.

- El 16 de enero de 2019, a través de Resolución No. 0115 la Dian decidió confirmar íntegramente la Resolución No. 1236 de 14 de agosto de 2018.

Así las cosas, del recuento de las piezas procesales antes esbozadas, es claro que la sociedad Avianca S.A. fue sancionada por incurrir en la conducta contemplada en el numeral 1.1.2 del artículo 487 del Decreto 2685 de 1999, que prevé:

“Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

1. En el Régimen de Importación:

1.1.2 Ocultar o sustraer del control de la autoridad aduanera las mercancías objeto de introducción al territorio aduanero nacional y las demás que se encuentren a bordo del medio de transporte”.

A su vez, debe resaltarse que, a través de la Resolución 4240 de 2000, se reguló:

ARTÍCULO 72. SELECCIÓN PARA RECONOCIMIENTO DE CARGA. Una vez presentado el informe de descargue sin que se hayan informado

inconsistencias, o finalizado el plazo para justificarlas en el evento en que hayan sido informadas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de los servicios informáticos electrónicos, informará al transportador, agente de carga internacional o puerto, la determinación de practicar diligencia de reconocimiento de la carga o lo autorizará para que expida la planilla de envío.

En los casos previstos en el inciso 5o del artículo 66 de la presente resolución, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, podrá ordenar la práctica de la diligencia de reconocimiento de la carga en el depósito habilitado o en zona franca. (...)

De la normativa esgrimida se desprende que, una de las infracciones aduaneras en las que pueden incurrir las empresas de transportes consiste en ocultar o sustraer, del control de la autoridad aduanera, las mercancías objeto de introducción al territorio aduanero nacional.

A su vez, también ha de inferirse que la autoridad aduanera puede efectuar una selección de mercancía, en orden a adelantar la diligencia de reconocimiento de carga respecto a la misma, y que ésta se debe informar a través de los servicios informáticos. Así mismo, de la norma en cita se desprende que, la Dian puede ordenar la práctica de reconocimiento en el depósito habilitado o en zona franca.

Aunado a ello, debe indicarse que, del escrito de demanda y la contestación de la misma se deduce que la “*inclusión forzosa*”, se refiere a la advertencia que hace la Dian respecto de una mercancía que se selecciona de manera aleatoria, según el análisis de riesgos, para proceder a realizar el reconocimiento físico de la carga.

Ahora bien, analizadas las pruebas obrantes en el plenario se advierte lo siguiente:

1. El 17 de septiembre de 2015, a las 15:48 horas, Avianca presentó el manifiesto de carga No. 11657500640**8108**, indicando que la mercancía allí contenida tendría como lugar de embarque la ciudad de Madrid- España.

Así mismo, se observa la siguiente información:

Casilla 36: No. de matrícula N968AV

Casilla 43: Lugar de Embarque MAD

Casilla 49 No. del viaje: AV019

Casilla 59. Total bultos: 380

Total peso bruto: 8210

Total documentos transporte directos: 6

Total documentos consolidadores: 5

Total documentos transporte hijos: 3

Igualmente, se advierte, que en este se relacionó como carga manifestada, entre otras, el documento de transporte No. 729-83326655 (guía máster).

2. El 17 de septiembre de 2015, a las 16:10 horas, la empresa actora, a través de manifiesto de carga No. 116575006408**154** corrigió el manifiesto de carga inicial, indicando, en la casilla 43, que el lugar de embarque sería Barcelona.

En este mismo documento, se observa que, **en la casilla 24 se señala la existencia de un formulario anterior**, esto es, el manifiesto de carga No. 116575006408**108**.

En este punto, debe anotarse que, en nada se modificó el manifiesto de carga No. 116575006408**154**, en cuanto a las guías manifestadas, el peso declarado, los datos del viaje o el medio de transporte, pues la modificación en mención solo se hizo respecto a la ciudad de embarque.

3. El 17 de septiembre de 2015, a las 16:58 horas, a través del sistema informático, la DIAN realizó la selección de documentos de transporte para inclusión forzosa, informando que el manifiesto de carga objeto de revisión sería el de radicado 6408**108**.y que, los documentos de transporte que serían objeto de la diligencia de reconocimiento de carga serían los siguientes:

- a. 729-83326655 (corresponde a la guía master)
- b. BCNAE15002697 (corresponde a la guía hija)

4. En acta de hechos No. 3630 de 19 de septiembre de 2015, se indicó:

"Se hace presencia en las instalaciones de Avianca con el fin de verificar la carga correspondiente a las guías 15002697 y 83326655 con Manifiesto No. 116575006408108 a lo cual el funcionario de turno ..manifiesta que las cargas ya salieron de bodega y anexa Formato 11787531117217 para la guía y 729-83326655 y pantallazo Siglo XXI para la guía 15002697 de levante de mercancía.

Además, el funcionario de Avianca informa que el Manifiesto fue reemplazado porque se iba a incorporar por Madrid siendo lo correcto Barcelona quedando con Manifiesto 116575006408154. Anexan documentos soportes de los procedimientos electrónicos"

De las pruebas antes esbozadas es forzoso realizar las siguientes disquisiciones:

a. Por medio del manifiesto de carga No. 116575006408**108** la sociedad actora, a las 15:48 horas del 17 de septiembre de 2015, informó que la mercancía amparada por ese documento tendría como ciudad de embarque la ciudad de Madrid.

b. A través de manifiesto de carga No. 116575006408**154** siendo las 16:10 horas del 17 de septiembre de 2015, Avianca S.A. realizó un cambio respecto del lugar de embarque de la mercancía, indicando que sería la ciudad de Barcelona.

c. De la comparación de los dos manifiestos de carga anteriores, se observa que solo difieren en el cambio atinente a la ciudad de embarque, pues coinciden en

todo lo demás: guías manifestadas, el peso declarado, los datos del viaje y el medio de transporte.

d. El 17 de septiembre de 2015, la autoridad aduanera, a través del proceso de perfilamiento de mercancía, siendo las 16:58 horas, efectuó, través del sistema informático, la selección de documentos de transporte para inclusión forzosa, informando que el manifiesto de carga objeto de revisión sería el de radicado **6408108**.y que, los documentos de transporte que serían objeto de la diligencia de reconocimiento de carga serían los siguientes:

- a. 729-83326655 (corresponde a la guía master)
- b. BCNAE15002697 (corresponde a la guía hija)

Así las cosas, de la revisión de las pruebas puede corroborarse que, en efecto y tal como lo indicó la sociedad demandante, el reemplazo del manifiesto de carga hecho a través de documento **116575006408154**, en el que se corrigió la ciudad de embarque, se hizo de manera previa a que la autoridad aduanera le informara sobre la selección de mercancía para realizar el procedimiento de inclusión forzosa.

Sin embargo, para el Despacho tal argumento no puede excusar a la demandante de la obligación de haber sometido a control aduanero la mercancía amparada bajo ese manifiesto, pues, aunque al haberse hecho la corrección antes indicada, el sistema procedió a darle otro radicado al manifiesto de carga, de la revisión del mismo, puede desprenderse que, en la casilla No. 24 se señala claramente la existencia de un formulario anterior, esto es, el manifiesto de carga No. **116575006408108**.

En ese orden, es diáfano que la expedición del manifiesto de carga **116575006408154** no anuló la existencia del manifiesto inicial, esto es, del manifiesto No. **116575006408108**, pues el segundo solo correspondió a una corrección del primero. En esas condiciones, la empresa demandante se encontraba obligada a atender los requerimientos de la autoridad aduanera respecto de la mercancía amparada por los manifiestos antes aludidos.

El anterior argumento se refuerza si se tiene en cuenta que, los dos manifiestos de carga ampararon la misma mercancía y que la autoridad aduanera solicitó realizar el proceso de inclusión forzosa respecto de dos guías que se encontraban contenidas, tanto en el manifiesto inicial, como en el manifiesto No. **116575006408154**

En ese contexto, no es de recibo el argumento de la demandante atinente a que, los actos estarían viciados de falsa motivación al no considerar que la DIAN habría hecho la selección de unas guías para inclusión forzosa, respecto del manifiesto inicial **-116575006408108-** y no indicó el radicado del manifiesto final **-116575006408154**.

Lo anterior, toda vez que la selección se hizo respecto de las mismas guías que se encontraban contenidas tanto en el manifiesto inicial, como en el que modificó la ciudad de embarque, pues el segundo solo tiene una corrección que en nada modificó la *“relación de la carga manifestada”*.

Ahora bien, habiéndose dilucidado que la mercancía amparada bajo el manifiesto de carga 116575006408154 debió ser objeto de inclusión forzosa, esto es, de la diligencia de reconocimiento de carga; debe resaltarse que, no es un punto de debate por las partes que la mercancía amparada en las guías: (i) 729-83326655 (corresponde a la guía master) y (ii) BCNAE15002697 (corresponde a la guía hija) salieron de la zona de arribo, pues tal como lo manifestó la demandante, respecto a la primera: “fue trasladada al depósito” y la segunda habría sido entregada con orden de levante.

En esas condiciones, se corrobora la veracidad de lo manifestado en acta de hechos No. 3630 de 19 de septiembre de 2015, en la que se indicó que en las instalaciones de Avianca se procedió revisar la carga amparada en el Manifiesto No. 116575006408108, frente a lo que el funcionario de esa empresa manifestó que ya habrían salido de bodega. Consecuencia de ello se puede concluir que, previo a realizar el reconocimiento de carga, como consecuencia de la inclusión forzosa de la mercancía, Avianca dispuso de la misma y la movilizó hacia otro lado.

En esa razón, puede colegirse que, siendo que una de las infracciones en las que pueden incurrir las empresas transportadoras consiste en sustraer del control aduanero las mercancías, y habida cuenta que las diligencias de reconocimiento de carga hacen parte de dichos controles, es claro que, trasladar de lugar la mercancía, antes de que se desarrolle la diligencia referida, se configura en una forma de imposibilitar el control de la mercancía por parte de la autoridad aduanera.

De esa manera, esclarecido lo anterior, deberá estudiarse el segundo argumento de la actora, referente a que se habría pretermitido lo contemplado en el artículo 73 de la Resolución No. 4240 de 2000, al no haberse considerado que, de la revisión de las declaraciones de importación se podría concluir que la mercancía fue legalmente nacionalizada y respecto a la misma se pagaron los tributos aduaneros correspondientes.

Así las cosas, es menester acudir al mencionado artículo, que regula:

“ARTÍCULO 73. RECONOCIMIENTO DE LA CARGA. La diligencia de reconocimiento de la carga deberá realizarse para los modos aéreo y terrestre dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento en que se ordene su práctica y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, en el modo marítimo, en los términos señalados en el artículo 1o del Decreto 2685 de 1999. El término previsto en el presente inciso podrá ser ampliado por la autoridad aduanera hasta por doce (12) horas en los eventos en que se requiera efectuar inventario de la carga. El funcionario competente de la Dirección Seccional, verificará la conformidad entre la información consignada en los documentos de viaje o los documentos que soporten la operación, según el caso y la carga ingresada. Del resultado de la diligencia se dejará constancia en el acta de reconocimiento correspondiente.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando se adviertan serios indicios que puedan derivar en el incumplimiento de las normas aduaneras, tributarias o cambiarias, el Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera o quien haga sus veces, podrá ordenar el reconocimiento físico de la mercancía y la apertura de bultos y contenedores. Así mismo, procederá el reconocimiento, en los

eventos en los que las autoridades competentes lo soliciten por escrito al Director Seccional, cuando existan indicios de ingreso de material de guerra o reservado de conformidad con lo previsto en el Decreto 695 de 1983, así como de divisas, productos precursores de estupefacientes, drogas y estupefacientes no autorizados por el Ministerio de la Protección Social (...)

Del artículo antes citado, se infiere que, la autoridad aduanera puede realizar una diligencia de reconocimiento de carga después de 24 horas al momento de ordenada su práctica. Aunado a ello, se señala que cuando se adviertan indicios de incumplimiento de las normas aduaneras, tributarias o cambiarias, se debe proceder a ordenar el reconocimiento físico de la mercancía y la apertura de bultos y contenedores.

Por ende, ha de inferirse que la sanción que le fue impuesta no obedeció a que la mercancía hubiera tenido problemas de nacionalización, o que respecto a esta no se hubieran pagado los tributos correspondientes, sino que se sustentó en la omisión de sometimiento de una mercancía al control aduanero, en una diligencia de reconocimiento de la carga, que fue advertida a través de señalamiento de inclusión forzosa, conducta que quedó confirmada, tal como puede desprenderse del análisis realizado en prelación.

En ese orden de ideas los cargos analizados no tienen vocación de prosperidad.

2.2 ¿Vulneró, la DIAN el debido proceso y el derecho de defensa, debido a que negó reiteradamente la práctica de algunas pruebas en sede administrativa?

Inicialmente, se precisa que, para sustentar el presente cargo, la censora sostuvo que se le habría desconocido su derecho de defensa y debido proceso, dado que, a pesar que en sede administrativa habría solicitado la práctica de unas pruebas, la Administración no se habría pronunciado respecto a tal solicitud.

Aunado a ello, dijo, que fue solo hasta después de proferirse la resolución sancionatoria, que la Dian habría emitido un auto negando la práctica de pruebas solicitada.

En ese orden, conviene acudir a los antecedentes administrativos, de los que se destaca, que a través de auto No. 1573 de 6 de noviembre de 2018, la Dian decidió sobre las pruebas solicitadas en el recurso de reconsideración, que fue presentado contra la resolución No. 1236 de 14 de agosto de 2018. En tal sentido, razonó la demandada:

(...) El recurrente solicitó dentro de la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero que se allegue al expediente las copias de las declaraciones de importación de cada una de las nacionalizaciones de que fueron objeto las cargas en cuestión , con el fin de demostrar que efectivamente ellas cumplieron con el proceso de nacionalización (...)

Al respecto, este Despacho se permite precisar que las pruebas dentro de una investigación se decretarán cuando sean conducentes, pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos, materia de la misma, con

la claridad que la apreciación de la prueba le compete al respectivo funcionario encargado de la investigación y con observancia de las reglas de la sana crítica.

De lo anterior precisa el Despacho que es principio general admitido por los doctrinantes que aun cuando el medio de prueba esté determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma, o sea de su idoneidad. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior y que no existe un hecho que permita el esclarecimiento de hechos nuevos materia de investigación en consecuencia procederá el despacho a negar la práctica de la prueba solicitada en la respuesta al REA

Como quiera que el recurrente en su escrito de reconsideración no solicita ninguna prueba se le advierte que dentro del proceso se tienen una serie de pruebas documentales que permitirán esclarecer el tema objeto de investigación, y sobre las cuales se pronunciará este Despacho en el fallo de fondo respectivo.

(...)

DISPONE

ARTICULO PRIMERO: NEGAR la práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado de la AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA AVIANCA (...)"

Habiéndose esbozado lo anterior, en primer lugar, debe decirse que incurre la actora en una contradicción, pues a pesar de que afirma que la demandada no se pronunció respecto a una solicitud de pruebas, también manifiesta que la DIAN se pronunció respecto a estas después de haberse proferido la resolución sancionatoria.

En segundo lugar, y en gracia de discusión, se advierte que, de los párrafos en cita, es claro que la autoridad aduanera sí se pronunció respecto de la solicitud de pruebas realizada por Avianca S.A., en el sentido de indicar que las declaraciones de importación no reunían los requisitos de conducencia, pertinencia y eficacia. Aunado a ello, explicó que la prueba no resultaba esclarecedora para el tema investigado.

En ese tenor, se descarta el argumento de la demandante tendiente a sustentar que no existiría pronunciamiento respecto a la solicitud de pruebas.

Como tercer punto, y respecto a la tesis según la cual la autoridad aduanera habría procedido a pronunciarse sobre las pruebas solo hasta después de proferirse la resolución sancionatoria, debe decirse que, en todo caso, el auto que decidió sobre las pruebas se profirió el 6 de noviembre de 2018, esto es, de manera previa a expedir la Resolución No. 0115 – 16 de enero de 2019-, que resolvió el recurso de reconsideración y que dejó en firme la decisión contenida en la Resolución sancionatoria inicial.

De lo anterior, puede colegirse que, antes de terminarse la actuación administrativa, la demandada analizó las pruebas que Avianca S.A. solicitó sean tenidas en cuenta y determinó negarlas, en razón a que estas no tenían la entidad de probar que la actora no habría incurrido en la conducta que le fue endilgada.

En esa razón, debe concluirse que, el derecho al debido proceso y defensa, encierra el derecho a que al investigado se le garantice su participación en todas las etapas del proceso, sin que ello signifique que se deba acceder a todas las súplicas presentadas por aquel.

Aunado a lo expuesto, y en la hipótesis en que dichas pruebas se hubieran negado sin fundamento alguno, esta circunstancia *per se* no tiene la entidad suficiente para viciar el procedimiento, pues, según la jurisprudencia del Consejo de Estado se requiere que éstas pruebas de haberse decretado y practicado hubiesen llevado a una conclusión diferente. Hipótesis en la cual el accionante tiene la carga de probar en sede judicial tal aserto.

En efecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“En lo que toca con la negativa de practicar las pruebas pedidas, la Sala ha precisado, entre otras, en sentencias de 17 de marzo de 2000 (Expediente núm. 5583; y de 26 de julio de 2001 (Expediente núm. 6549), Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), lo siguiente: “La violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, **se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida.** Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, con lo cual quedó en el limbo el efecto útil, determinante o revelador de los elementos de convicción que no fueron decretados (...)”¹ (Se destaca)*

En consonancia con lo anterior, debe considerarse que la misma Corporación ha establecido que, las pruebas deben tener la entidad de ser **decisivas**, esto es, que pueden cambiar el sentido del fallo²; circunstancia que no se configura en el caso bajo análisis, pues no se advierte que las declaraciones de importación en cuestión pudieran desvirtuar la comisión de la conducta que le fue endilgada: numeral 1.1.2 del artículo 487 del Decreto 2685 de 1999.

Corolario de lo expuesto en precedencia, ha de inferirse la no prosperidad del aludido cargo.

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 20 de agosto de 2004, Rad. No. 05001-23-15-000-1999-2068-01(8344, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia con Rad. No. 11001-03-15-000-2014-00447-00(REV) M.P Sandra Ibarra Vélez

3. Conclusiones

En conclusión, se negará la nulidad solicitada, en consideración a que no fue desvirtuada la presunción de legalidad que acompaña las Resoluciones No. 1-03-241-201-642-0-1236 de agosto 14 de 2018 y No. 03-236-408-601 000115 de enero 16 de 2019, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

4. Condena en costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas al demandante, en la medida que, si bien se negó la prosperidad de las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la autoridad demandada.

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

FALLA

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Gloria Dorys Álvarez García
Juez

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juez
Juzgado Administrativo
002
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7b121922352c4891d49c31a54dce773c855f618fdc12c7eccf1f02f9a0b68b04**

Documento generado en 04/11/2022 04:34:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>