

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA.

rpmemorialestadmvcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: **ALEGATO DE CONCLUSIÓN.**
Auto de sustanciación No. **511/2024**

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- ADUANAS
DEMANDANTE	AGENCIA DE ADUANAS SOCIEDAD DE TRAMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR - SOTRAEX
DEMANDADO	DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN-
RADICADO	76001-23-33-000-2019-00680-00

PROBLEMA JURÍDICO

Trata sobre la legalidad de las resoluciones números 1530 del 4 de octubre de 2018 y 0844 del 8 de febrero de 2019, proferidas por la División de Gestión de Liquidación, y la División Jurídica de la de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, por medio de la cuales se impuso y confirmó sanción a la agencia de aduanas, ahora demandante, por no colocar a disposición de la autoridad aduanera la mercancía requerida. (Art 551 del Decreto 390 de 2016).

HECHOS.

La aduana consideró que la mercancía importada se encontraba incurso en la causal de aprehensión descrita en el (numeral 8 del artículo 550 del Decreto 390 de 2016), que disponía:

“Cuando se hubieren introducido al territorio aduanero nacional mercancías cuyo consignatario o destinatario o importador o declarante sea una persona inexistente o cuando no obstante su existencia no hubiera autorizado o realizado la operación.”

En primer lugar, consideró la inexistencia del domicilio del importador y luego se procedió a oficiar a la agencia de aduanas, manifestándole que ante dicha irregularidad la mercancía importada entre el 1 de enero de 2016 al 18 de agosto de 2017, periodo durante el cual se hicieron las importaciones, y donde fungió la Agencia de aduanas Sociedad de Trámites Aduaneros en Comercio Exterior S.A., Nivel 2., como declarante, se encontraba inmersa en la citada causal de aprehensión.

La sanción se funda entonces en la no entrega de la mercancía reputada como incurso en causal de aprehensión, esta a su vez derivada de la “inexistencia del importador”.

Consideró la autoridad aduanera, que se encuentra probado que la agencia de aduanas no pudo desvirtuar la causal de aprehensión, lo que según ella la hace responsable con fundamento en el artículo 27-4 del Decreto 2685 de 1999, norma aplicable al momento de los hechos, la cual señalaba la responsabilidad de las agencias aduanas por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad.

Se observa fácilmente, que la “inexistencia del importador”, causal objetiva que hace que la mercancía de este incurra en causal de aprehensión, transmite injustamente sus efectos en forma de sanción a la agencia de aduanas, tal como si la inexistencia del importador fuera atribuible a la agencia que prestó el servicio, en este caso a la sociedad GEOMUNDO GROUP SAS.

Sin embargo, la norma sancionatoria remedia esta situación en cuanto se le introdujo la condición de que solo procede la sanción, si no se puede ubicar al importador.

Al efecto la demandante sostuvo que la sanción no es procedente por cuanto la norma tipifica la conducta con la condición de que “*no sea posible ubicar al importador*”, esto es, que si se puede ubicar, no procede la sanción.

La División de Gestión de Liquidación negó tal condición (página 19 del acto de fondo) con la tesis insostenible de que el inciso 3 del artículo 551 del Decreto 390 de 2016, no es norma obligatoria:

“...corresponde es una norma facultativa, es decir, que “no cohibe (SIC) a la DIAN de imponer en uno o en otro caso, la sanción correspondiente por la imposibilidad de aprehender la mercancía a las cuales se les haya solicitado poner a disposición de la autoridad aduanera las mercancías en situación de ilegalidad...”

En un fallido intento por justificar la lógica de su razonamiento. colisiona aparatosamente en su propia contradicción:

“Por lo tanto, nótese que la norma no estipula que “*si y solo si*” no se ubica al importador se podrá imponer la sanción a los intervinientes en la introducción de las mercancías: con su expresión: “también se podrá imponer”, el espíritu de la norma lo que busca es el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras y el restablecimiento del orden fiscal...”

Este desacierto interpretativo se desmorona por su propio peso al pretender eliminar una condición objetiva con el “espíritu de la norma”, erigiendo una interpretación no solo desvalida de la más elemental lógica, sino prohibida por el artículo 27 del Código Civil, en cuanto la claridad de la norma no admite su interpretación.

En suma, sostiene que de lo que se trata es de que no se puso a disposición de la aduana las mercancía incurso en causal de aprehensión, lo que hace responsable no solo al importador sino a la agencia de aduanas, obviando que si se ubica al importador, los demás intervinientes no podrán ser sancionados, siendo esta la más importante modificación al artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, razón por la cual corren la suerte del fracaso las citas jurisprudenciales proferidas en un contexto legal hoy modificado sustancialmente, en el que se ha entronizado la condición de que se sancionan a los demás intervinientes una operación de comercio internacional si no es posible ubicar al importador, hecho que por el contrario se encuentra demostrado, inclusive, yacen en el expediente las declaraciones de los representantes legales ubicados y vinculados al proceso.

En la que en ese momento era la nueva legislación aduanera (Decreto 390 de 2016) se modificó la norma típica al incluirle la condición de que los demás intervinientes en el proceso de importación podrán ser sancionados, si no se ubica al importador.

Empero obra prueba en contrario como los testimonios de los representantes legales del importador, en diligencia practicada en el despacho del funcionario instructor, lo que significa elementalmente que si fueron ubicados los importadores.

Como ya se vio, se pretende aplicar sanción por la conducta tipificada en el primer inciso del artículo 551 del Decreto 390 de 2016:

“Artículo 551. Sanción a aplicar cuando no sea posible aprehender la mercancía. Cuando no sea posible aprehender la mercancía porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción de multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del avalúo de la misma, que se impondrá al importador y al poseedor o tenedor, según corresponda.”

(...)

“Cuando no sea posible ubicar al importador, poseedor o tenedor, también se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, a quien de alguna manera intervino en la introducción de las mercancías al país; o en el transporte, el almacenamiento, el agenciamiento aduanero o comercialización, salvo que alguno de estos últimos

suministre información que conduzca a la aprehensión de las mercancías, o a la ubicación del importador, o poseedor o tenedor de las mismas”

(Negrita añadida para resaltar la condición que permite sancionar a cualquiera de los demás intervinientes)

La nueva regla general de esta sanción es la que se aplica, en principio al importador, al poseedor y al tenedor, según corresponda; esto es, a quienes importaron la mercancía o detentan posesión y tenencia sobre ella y se muestran renuentes a ponerla a disposición de la aduana para que ejecute la aprehensión.

Subsidiariamente, cuando no sea posible ubicar a alguno de estos tres,¹ se podrá imponer la sanción a los demás actores. Inclusive, se les exonera si ofrecen información que permita aprehender la mercancía o ubicar a los primeros (importador, o poseedor o tenedor de las mismas):

No resulta por tanto aceptable, ni con la mayor laxitud de criterio, predicar que la aplicación de la norma sancionatorio consagra una potestad para escoger el sujeto pasivo de la sanción, al arbitrio de un funcionario aduanero, sin atender a la condición taxativa introducida a favor de las agencias de aduanas y de los demás intervinientes, con el propósito de excluirlos de la actuación administrativa, si se ubica al importador.

Así las cosas, la mentada conducta imputada hoy no es sancionable por el mero hecho de no entregar la mercancía, o porque la empresa se declare inexistente: requiere que el importador no sea ubicado; por tanto, se produjo en este caso violación al artículo 29 Constitucional por ilegalidad manifiesta, ya que quien fungió como importador fue ubicado, esto es un su representante legal y la empresa constituida con su aceptación. Distinto es pues la inexistencia, tipificada en la norma anterior, de la ubicación del importador.

Adicionalmente, se probó que la sociedad GEOMUNDO GROUP SAS., está liquidada desde el 19 de mayo de 2017, según certificado de la Cámara de Comercio de Cali, en consecuencia, el importador como persona jurídica desapareció de la vida jurídica por lo cual, al contrario de la que precisa el

¹ “Cuando no sea posible ubicar al importador, poseedor o tenedor...”

acto administrativo, la empresa nunca fue declarada inexistente, valga decir, tuvo vida jurídica plena.

De tal manera que la punición en materia de infracciones administrativas aduaneras implica analizar si la conducta investigada aparece tipificada como infracción en el Decreto 390 de 2016 -norma vigente por la época de los hechos-, y si la conducta es imputable, conforme al texto del mismo Decreto, sin desligarla de la condición legal de la ubicación del importador. De tal forma que, cuando no exista adecuación perfecta o no exista conducta típica sancionable se procederá al archivo de la investigación, entre otras razones por cuanto la adecuación típica en materia aduanera es rigurosa ya que no permite interpretación, como lo dispuso expresamente el mismo Decreto 390 de 2016 mediante dos reglas monumentalmente diáfanas:

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

f) Principio de tipicidad. En virtud de este principio, para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías o, en general, dé lugar a cualquier tipo de sanción administrativa, dicha infracción, hecho u omisión deberá estar descrita de manera completa, clara e inequívoca en el presente decreto o en la ley aduanera;

g) Principio de prohibición de la analogía. No procede la aplicación de sanciones, ni de causales de aprehensión y decomiso, por interpretación analógica o extensiva de las normas;”

Este principio lo consagraba también el Decreto 2685 de 1999, así:

ARTICULO 476. AMBITO DE APLICACIÓN.

El presente Título, establece las infracciones administrativas aduaneras en que pueden incurrir los sujetos responsables de las obligaciones que se consagran en el presente Decreto. Así mismo, establece las sanciones aplicables por la comisión de dichas infracciones; las causales que dan lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías y los procedimientos administrativos para la declaratoria de decomiso, para la determinación e imposición de sanciones y para la formulación de Liquidaciones Oficiales.

Para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, o dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una Liquidación Oficial, deberá estar previsto en la forma en que se establece en el presente Título. No procede la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma.

(Resaltados añadidos).

Dado que en materia sancionatoria aduanera se prohíbe la interpretación extensiva de la norma (estricta tipicidad), para evitar la imposición de las sanciones por la vía interpretativa, se requiere que el legislador aduanero asuma su potestad para erigir una nueva norma con elementos fácticos y típicos distintos, bajo una consecuencia jurídica expresa, integrando a la norma los presupuestos materiales, los extremos temporales y las reglas de dosificación punitiva; sin embargo, como ya vimos, el legislador aduanero puso una condición a esta norma en el Decreto 390 de 2016, muy posiblemente por la evidente injusticia del régimen anterior, en la que se declaraba inexistente una empresa pero se identificaba plenamente a los representantes legales que actuaron en su nombre.

Por lo dicho, los actos están viciado de falsa y errónea motivación por indebida apreciación de los presupuestos fácticos y jurídicos; especialmente, por indebida interpretación y aplicación de la norma típica, en la medida que en el acto que resolvió el recurso de reconsideración, página 12 párrafo final, se admite que el representante legal de la empresa fue ubicado y depuso ante la autoridad aduanera como representante legal.

Para los efectos de la conducta típica, significa, muy claramente, que si fue ubicado el importador. La confesión de ser el representante legal del importador -bajo una excusa que es la confesión de un delito-, no significa que la DIAN no haya podido ubicar al importador, ni que pueda librarlo de tal calidad, como se evidencia en este caso en que el representante legal no ofreció ninguna respuesta distinta a la de eludir su responsabilidad, amparándose en justificaciones que no constituyen ni prueba sumaria, habiéndose investido el mismo de capacidad jurídica para representarla.

No es admisible la tesis expuesta a folio 19 de la Resolución 01530 del 4 de octubre de 2018, de que el artículo 551 del Decreto 390 de 2016 *"...corresponde a una norma facultativa, es decir, que no cohibe a la DIAN, de imponer en uno u otro caso, la sanción correspondiente por la imposibilidad de aprehender las mercancías a las cuales se les haya solicitado poner a disposición de las mercancías..."*.

Pues bien, esta tesis no es admisible por cuanto no es una norma facultativa ya que impone una condición clara que no admite interpretación: la sanción se impondrá a otros intervinientes cuando no sea posible ubicar al

importador. Y se encuentra demostrado que si fue ubicado, sin que la excusa manifestada por el representante legal inscrito esté por encima de calidad con la cual el mismo se invistió para actuar en nombre de esa empresa ante las autoridades competentes, inclusive ante la DIAN.

Extraña por lo tanto que, si a folio 20 el acto de fondo reconoce que fueron ubicados los representantes del importador, la División de Gestión de Liquidación hubiera sostenido la tesis infundada de que el artículo 551 es facultativo respecto de los sujetos pasibles de la sanción.

Tampoco sirven de sustento los llamados a sentencias proferidas en aplicación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, por cuanto el caso bajo examen es sustancialmente diferente, sin que sea necesario explicar las notorias modificaciones que la misma entidad promovió entre las que se cuenta la exoneración de las agencias de aduanas, si se ubica al importador.

En conclusión, se contrarió el espíritu del legislador aduanero, en cuanto la sanción a una agencia de aduanas no procede si se ubica al importador

SOBRE LA SUBSIDIARIDAD: Solo es aplicable frente al incumplimiento de obligaciones formales.

Tampoco es admisible en esta actuación la constitución de deudores subsidiarios con fundamento en los artículos 571 y 798 del E.T.

La responsabilidad subsidiaria se erigió para el incumplimiento de obligaciones formales y, ni en el requerimiento especial ni en el acto administrativo de fondo, ni en el acto que resolvió el recurso se dice algo al respecto, nada se dice sobre el deber formal incumplido por el hecho concreto que ocasionó la sanción, cual es el tipificado como “no entregar la mercancía requerida por la DIAN”, lo que implica falta y falsa motivación sobre este tópico por cuanto no se especifica, se reitera, cuál es la obligación formal incumplida.

Por lo anterior, se violan los artículos 6 y 29 de la C.P, de la mano de principio de legalidad lo que conlleva inevitablemente la revocación de lo referido a la constitución de deudores solidarios por violación directa de los artículos 571 y 798 del E.T.

Así las cosas, en la actuación administrativa se imputó una conducta que es atípica por cuanto la sanción no aplica si se identifica al importador, y éste, de acuerdo con lo consignado en el expediente, estuvo rindiendo declaración ante la DIAN sin que hasta la fecha se haya tenido conocimiento de que hubiere sido sancionado por los mismos hechos a pesar de que confesó su calidad de representante legal y su actuar fraudulento.

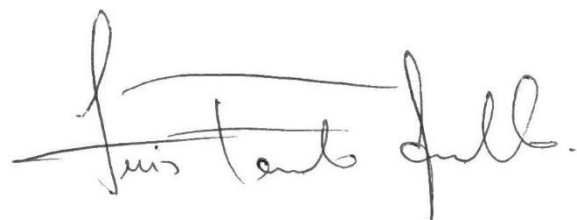
Se presenta también violación directa del inciso segundo del artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, hoy el Art. 2-f del Decreto 390 de 2016, que consagran en materia aduanera el principio de estricta tipicidad.

Los artículos 571 y 798 del E.T., por violación directa y con falta de motivación, en la medida que no señalan cuales son los deberes formales incumplidos cuando se trata de la imposición de sanción por no entregar la mercancía.

Como consecuencia de la violación directa o indirecta de las normas anteriores, se produjo también la violación de los artículos 6, 29 y 83 de la Constitución Política y de los artículos 2 y 137 inciso segundo del CPACA, y las demás normas citadas en la demanda como transgredidas.

Se trató entonces de una actuación carente de motivos serios y poco razonables, tendiente tan solo a imponer el poder de la autoridad por encima de la razón y de la verdad real y material.

Con todo respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Fernando Duque', with a long horizontal stroke above the name.

Luis Fernando Jaramillo Duque.

C.C. 10.163.346 – T.P. 62932 del C.S.J.

jaraduque@yahoo.com Celular: 317-6673861 - Calle 56A 74A – 51. Bogotá D.C.

Copia:

División Jurídica- Dirección Seccional de Aduanas de Cali

notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Copia:

VIVIANA RODALLEGA GARCIA

Apoderada de la DIAN

vrodallegag@dian.gov.co

Copia:

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

notificacionesjudiciales@pevisora.gov.co; notificaciones@gha.com.co;

Anexo: Constancia de envío a los demás intervinientes.