

Señores

**DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.**

**DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE CARTAGENA.**

Atn. Dra. Margarita María Rodríguez Mera.

Jefe GIT de Fiscalización Aduanera (A).

E. S. D.

**PROCESO:** FISCALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN.

**SUBPROCESO:** CONTROL ADUANERO.

**PROCEDIMIENTO:** LIQUIDACIONES OFICIALES ADUANERAS.

**EXPEDIENTE:** CU2020202100322.

**INTERESADO:** SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A ZOFRANCA S.A.

**ASEGURADORA:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

**ASUNTO:** RECURSO DE RECONSIDERACIÓN FRENTE A LA RESOLUCIÓN SANCIÓN No. 1203 DE FECHA 10 DE NOVIEMBRE DE 2023, POR MEDIO DE LA CUAL LA DIAN LE IMPONE UNA MULTA A LA SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS USUARIO OPERADOR DE ZONA FRANCA DE CARTAGENA.

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C. No. 19.395.114, obrando en mi calidad de apoderado judicial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, comedidamente concurro ante su despacho para formular recurso de reconsideración en contra del Acto Administrativo sancionatorio No. 1203 del 10 de noviembre de 2023, que fue notificado electrónicamente en fecha del 14 de noviembre de 2023. En tal virtud, mediante el presente escrito solicito al despacho se **REVOQUE INTEGRALMENTE** el precitado Acto Administrativo que resolvió hacer efectiva el Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-994000000463 expedida por mi procurada. A continuación, se expondrán los fundamentos fácticos y jurídicos que deberán ser tomados en cuenta por la entidad de fiscalización aduanera para que revoque su decisión, y en su lugar, absuelva de toda sanción o afectación a mi procurada con cargo a la póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-994000000463, de conformidad con los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos.

**(I) PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.**

De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 720 del Estatuto Tributario, contra las Resoluciones que impongan sanciones (como es en el caso que nos ocupa), procede el recurso de reconsideración. Así mismo, de acuerdo con el Artículo Noveno de la Resolución Sanción No. 1203 del 10 de

noviembre de 2023 que fue notificada electrónicamente el día 14 de noviembre de 2023, contra el precitado Acto Administrativo procede el Recurso de Reconsideración, el cual se presenta con base en los siguientes argumentos:

(II) **REPAROS FÁCTICOS Y JURÍDICOS CONTRA A LA RESOLUCIÓN SANCIÓN No.1203 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023.**

1. **EL DESPACHO DESCONOCIÓ QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA. TODA VEZ QUE NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO**

Al observar el pronunciamiento realizado por el despacho a través del Acto Administrativo que se reprocha, se advierte que no se tuvo en consideración ni se analizó debidamente el ámbito de libertad contractual que le asiste a las partes del contrato de seguro, esto es, la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, según la cual la aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decidió otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo. De tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

Así las cosas, hacer efectiva la garantía expedida por mi representada es indispensable que por parte de la DIAN se demuestre con total certeza que se configuró el siniestro. Sin embargo, en el proceso no obra ninguna prueba conducente, pertinente ni útil por medio de la cual se pueda inferir que SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A ZOFRANCA S.A. en calidad de afianzado, haya infringido una disposición normativa aduanera o cambiaria. Lo que indiscutiblemente genera que tanto mi procurada como el garantizado deban ser absueltos del trámite que se adelanta ante este despacho.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a***

**que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**".

*Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...)"*  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)<sup>1</sup>

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados "autonomía de la voluntad" y "buena fe", tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

**"La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe.** Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada**. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001- 02-03-000-2015-02084-00

5.4. En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.”<sup>2</sup>(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones bajo las cuales asumen los mismos. Así las cosas, se evidencia que la cobertura principal del Contrato de Seguro expedido por mi procurada es amparar al asegurado en el evento en que este incumpla una obligación contenida en una disposición legal (Decretos, Leyes, Reglamentos, ETC) como se observa a continuación:

**1. AMPARO BÁSICO**

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA AMPARA A LA ENTIDAD ASEGURADA POR EL RIESGO DE INCUMPLIMIENTO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO, DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES (LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS, ETC.) SEÑALADAS EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA, IMPUTABLE A LA PERSONA OBLIGADA AL CUMPLIMIENTO DE LA RESPECTIVA DISPOSICIÓN LEGAL.

LA COBERTURA OTORGADA POR EL PRESENTE SEGURO SERÁ BAJO LA MODALIDAD DE OCURRENCIA, ES DECIR QUE EL INCUMPLIMIENTO POR ACCIÓN U OMISIÓN POR PARTE DEL GARANTIZADO DEBERÁ OCURRIR DURANTE LA VIGENCIA QUE SE INDICA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA.

*Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales condiciones generales.*

En tal virtud, mediante la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No.440-46-994000000454, la aseguradora Solidaria de Colombia se comprometió a amparar la vulneración de alguna disposición de orden legal por parte del afianzado. Es decir, la obligación indemnizatoria por parte de la compañía solo nace cuando existen pruebas que demuestren que la **SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS** infringió una norma. Sin embargo, esto no se ha podido demostrar, en la medida que en el proceso no existen medios de prueba por medio del cual se demuestre la vulneración de una norma, pues la administración se limitó a endilgar una presunta responsabilidad aduciendo que la sociedad operadora inobservó el deber objetivo de cuidado respecto de las mercancías que fueron hurtadas, sin sustentar la afirmación través de ninguna prueba conducente, pertinente y útil que corrobore que la entidad afianzada incumplió su deber de custodia de las mercancías.

Corolario de lo anterior, en el presente caso no realizó el riesgo asegurado en la póliza No.440-46-994000000454, puesto que la falta de pruebas de la administración al momento de endilgar una presunta vulneración de disposiciones aduaneras y cambiarias en cabeza de la **SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A** indiscutiblemente genera la **NO** realización del riesgo asegurado. Ante este error de la

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2015.

administración, no cabe dudas que no existe obligación indemnizatoria por parte de mi representada, como quiera que no se encuentra demostrado que la sociedad operadora afianzada haya incumplido con sus obligaciones respecto de autorizar salida de mercancías de la Zona Franca. Tampoco la administración comprobó alguna deficiencia en el sistema informático de control de inventarios, por lo que nos encontramos ante un hecho exclusivo de un tercero en lo que atañe al presunto hurto de las mercancías, puesto que no existe medios de convicción que acrediten que la sociedad operadora de la zona franca haya sustraído los bienes, ni mucho menos hay prueba que determine que la sociedad asegurada hubiere incurrido en una conducta delictiva, por el contrario dicha conducta corresponde única y exclusivamente de un tercero, por tanto, sin que se pruebe el incumplimiento del investigado en su deber objetivo de cuidado sobre las mercancías, el riesgo asegurado en la póliza de seguro.

En conclusión, ante la inexistencia de prueba de la vulneración de una norma aduanera o cambiaria por parte de la **SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.**, es improcedente entender que se haya realizado el riesgo asegurado en el contrato expedido por mi representada. Pues el riesgo asegurado como se mencionó pende de la demostración de la violación de una disposición legal por parte del afianzado. En consecuencia, teniendo en el presente asunto no se ha realizado el riesgo asegurado bajo la póliza de seguro expedida por mi procurada, la administración debe declarar probada esta excepción y en consecuencia revocar la sanción contemplada en la Resolución No. 1203 del 10 de noviembre de 2023, y por consecuencia absolver al garantizado y a mi procurada de cualquier tipo de responsabilidad derivada de los hechos objeto de controversia.

**2. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO VINCULADAS POR AUSENCIA DE AMPARO SOBRE LOS RIESGOS CONFIGURADOS CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS EXPEDIDAS POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, DE CONFORMIDAD CON LOS PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.**

**2.1 IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA No.440-46-994000000454-EXPEDIDA POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.**

En el contexto de los seguros de cumplimiento que respaldan las operaciones aduaneras, es necesario entender que la vigencia del seguro abarca el periodo establecido en la carátula de la póliza, tal y como lo establece el código de comercio en su artículo 1057:

***ARTÍCULO 1057.** En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato*

Luego, resulta imperativo establecer la modalidad bajo la cual fue concertado el contrato de seguro, siendo que las pólizas objeto de vinculación al presente procedimiento administrativos fueron tomadas bajo la modalidad de “ocurrencia” siendo esta la modalidad general pactada en los contratos de seguros globales de manejo y excepcionalmente se encuentran los pactados en el

artículo 4 de la Ley 389 de 1997, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios causados a terceros por hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza. La respectiva norma establece lo siguiente:

*“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”.*

En ese sentido, si durante el período establecido como vigencia operativa del contrato de seguro, se llegara a presentar un siniestro de acuerdo con los términos establecidos en el contrato, el asegurado tiene el derecho de reclamar a la compañía la garantía de cumplimiento otorgada.

Empero, es menester señalar al despacho que para las pólizas vinculadas al procedimiento se deberá entender como la fecha de configuración del siniestro lo correspondiente al momento en que, según lo acordado por los contratantes de la póliza, se haya notificado adecuada y debidamente a la aseguradora acerca de la existencia del siniestro, es decir, que para el caso que nos ocupa corresponde a la notificación de la Resolución Sanción que declare la realización del riesgo asegurado. Por lo que resultará procedente la afectación de la póliza de seguro siempre y cuando el Acto Administrativo por medio del cual se impone la sanción aduanera, su notificación ocurra durante la vigencia de la póliza de seguro, situación que para el presente caso no ocurre.

Lo anterior fue objeto de decisión por parte del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Bogotá D.C., del veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023) así:

*Así las cosas, para efectos de establecer cuándo debe entenderse ocurrido el siniestro y qué hecho o situación fáctica lo ocasiona, la Sala unificará su postura, no para acoplarse definitivamente a alguna de ellas desechando la otra, sino, por el contrario, para acoger ambas posiciones cuya aplicación al caso en concreto dependerá de las normas que ordenan la constitución de la garantía y, además, del contenido de la póliza de seguros, en la medida en que aquel documento establece y delimita los riesgos asumidos por el asegurador*

(..)

**En este orden de ideas, es posible sostener que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se configura con el incumplimiento, en sí mismo, de las obligaciones aduaneras, el cual debe tener ocurrencia dentro del término de vigencia de la garantía, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal, con lo cual, el acto administrativo que**

constata tal incumplimiento adquiere una naturaleza declarativa, lo cual significa, precisamente, que la manifestación de voluntad de la administración solo tiene la virtud de acreditar la existencia del hecho o de la situación jurídica ya acaecida.

(..)

De otra parte, es posible sustentar la posición consistente en que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se materializa con la expedición de los actos administrativos ejecutoriados y en firme que imponen sanciones, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal; actos administrativos que, en todo caso, deben proferirse dentro del término de vigencia del contrato de seguros. 146. En oposición a la postura anterior, los actos administrativos a los que se ha hecho referencia - aquellos que imponen sanciones- son constitutivos del siniestro, lo cual quiere indicar que son estos los que crean dicha situación jurídica -el siniestro- y no se limitan a acreditar su existencia (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

La configuración del siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales **DEBE** entenderse según el Consejo de Estado ya sea por la fecha en la que se concretó el incumplimiento de las obligaciones aduaneras o **por la expedición de actos administrativos ejecutoriados que imponen sanciones**. En ambos casos, la notificación y la ocurrencia deben producirse dentro del plazo de vigencia del contrato de seguros. La sentencia de unificación del Consejo de Estado reconoce que el acto administrativo puede tener naturaleza declarativa o constitutiva del siniestro, dependiendo de las condiciones concertadas en el contrato de seguro que indiquen como operaría la declaratoria de siniestro, bajo las siguientes reglas:

152. (iv) **Enunciación de las reglas de unificación**

153. De esta forma, es posible plantear las siguientes reglas respecto de siniestro y la prescripción en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, así:

**153.1. El siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera se materializa:**

153.1.1. Al momento del incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, caso en el cual el acto administrativo es declarativo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la ocurrencia del siniestro.

**153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo.**

**153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía”** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo ese orden de cosas, y en atención a la regla 153.1.3 contenida en la sentencia de Unificación en cuanto a la materialización del siniestro, en la póliza objeto de estudio se pactó que se entiende ocurrido el siniestro cuando se profiera el acto administrativo que declare el incumplimiento que ampara la póliza, por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal, así:

**CLÁUSULA SEGUNDA. DECLARATORIA DE SINIESTRO**

PARA LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA LA ENTIDAD DEBERÁ PROFERIR EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE EL INCUMPLIMIENTO POR UNA ACCIÓN U OMISIÓN OCURRIDA DURANTE LA VIGENCIA QUE SE INDICA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES A LA PERSONA OBLIGADA AL CUMPLIMIENTO DE LA RESPECTIVA DISPOSICIÓN LEGAL.

*Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales condiciones generales.*

Siendo ello así, el sub examine encuadra a la subregla contenida en la sentencia de unificación que señalamos *ut supra* **“153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo.**

**“153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía.**

En ese sentido, los extremos temporales de cobertura de la póliza bajo estudio corresponden desde el **28 de julio de 2020 hasta el 28 de julio de 2022**, y los hechos investigados por la administración datan del **20 de agosto de 2020**, y son constituidos como sanción mediante la **Resolución Sanción No. 1203 fechado el 10 de noviembre de 2023**; por lo anterior, el siniestro no cuenta con cobertura de contrato de seguro, Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales, vigente para la fecha de configuración del siniestro, es decir, del acto administrativo sancionatorio, inclusive, tampoco para la fecha del **Requerimiento Especial Aduanero No. 026 del 21 de febrero de 2023**, proferido por el GIT de Fiscalización Aduanera, quedando de esta manera probada la ausencia de contrato de seguro vigente para la fecha de declaración del siniestro de conformidad con los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Bajo esa tesitura, resulta claro que el despacho no tiene otro camino que proceder a reponer para revocar su decisión, en específico en lo que atañe a hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 440-46-994000000454 expedida por la compañía de seguros que represento. Puesto que, de conformidad con los criterios de unificación y reglas establecidas por el Consejo de Estado, y las condiciones inherentes del contrato de seguro, dan muestra de que el despacho yerra al pretender afectar el contrato de seguro cuando no es dable su afectación. Por cuanto la Resolución Sanción No. 1203 de fecha del 10 de noviembre de 2023 se profirió por fuera de la vigencia del contrato de seguro, ello implica la imposibilidad de exigirle el cumplimiento de la obligación aseguradora mi representada, ya que el siniestro aconteció por fuera

de la cobertura de la Póliza de Seguro, es decir, el Acto Administrativo que declaró el incumplimiento se profirió por fuera de la vigencia de los límites temporales para ello. Siendo requisito indispensable que la póliza se encontrara vigente para la fecha en la que se profirió la multicitada Resolución Sanción, lo cual se demostró que no ocurrió en el caso en concreto.

**2.2. IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA No.440-994000000463 EXPEDIDA POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.**

La Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 440-994000000463 tampoco podrá hacerse efectiva, teniendo en cuenta que la Resolución Sanción No. 1203 fue proferida el 10 de noviembre de 2023, mientras que la vigencia de cobertura de la póliza abarcó desde el 17 de marzo de 2021 hasta el 17 de marzo de 2023. En otras palabras, el Acto Administrativo que declara el incumplimiento fue emitido por fuera del periodo de vigencia del contrato de seguro. Esto implica que los amparos de la póliza no podrán hacerse exigibles, dado que, para la fecha de la promulgación de la sanción, la póliza carecía de vigencia:

DESCRIPCION AMPAROS RESOLUCION	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA
CUMPLIMIENTO DISPOSICIONES LEGALES	17/03/2021	17/03/2023

*Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 440-994000000463.*

Hechas estas salvedades aclaratorias, bien podemos, sin lugar a equivoco determinar que la póliza no podrá ser objeto de afectación por cuanto en sus condiciones generales se concertó que la declaratoria de siniestro ocurrirá siempre y cuando el Acto Administrativo que declare el incumplimiento por una acción u omisión ocurrida durante la vigencia que se indica en la carátula de la póliza, por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal, se profiera en vigencia del contrato de seguro.

**CLÁUSULA SEGUNDA. DECLARATORIA DE SINIESTRO**  
PARA LA AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA LA ENTIDAD DEBERÁ PROFERIR EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE EL INCUMPLIMIENTO POR UNA ACCIÓN U OMISIÓN OCURRIDA DURANTE LA VIGENCIA QUE SE INDICA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES A LA PERSONA OBLIGADA AL CUMPLIMIENTO DE LA RESPECTIVA DISPOSICIÓN LEGAL.

*Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales condiciones generales.*

Es evidente que la materialización o realización del siniestro, en la póliza objeto de estudio se pactó que se entiende ocurrido el siniestro cuando se profiera el acto administrativo que declare el incumplimiento que ampara la póliza, por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal.

Hemos de realzar que lo anterior cuanta con sustento jurisprudencia por parte del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Bogotá D.C., del

veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023) sobre esta materia profirió Sentencia de Unificación así:

*Así las cosas, para efectos de establecer cuándo debe entenderse ocurrido el siniestro y qué hecho o situación fáctica lo ocasiona, la Sala unificará su postura, no para acoplarse definitivamente a alguna de ellas desechando la otra, sino, por el contrario, para acoger ambas posiciones cuya aplicación al caso en concreto dependerá de las normas que ordenan la constitución de la garantía y, además, del contenido de la póliza de seguros, en la medida en que aquel documento establece y delimita los riesgos asumidos por el asegurador*

(..)

*En este orden de ideas, es posible sostener que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se configura con el incumplimiento, en sí mismo, de las obligaciones aduaneras, el cual debe tener ocurrencia dentro del término de vigencia de la garantía, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal, con lo cual, el acto administrativo que constata tal incumplimiento adquiere una naturaleza declarativa, lo cual significa, precisamente, que la manifestación de voluntad de la administración solo tiene la virtud de acreditar la existencia del hecho o de la situación jurídica ya acaecida.*

(..)

*De otra parte, es posible sustentar la posición consistente en que el siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales se materializa con la expedición de los actos administrativos ejecutoriados y en firme que imponen sanciones, siempre que así lo establezca la norma que ordena la constitución de la garantía y la póliza de seguros constituida en cumplimiento de tal disposición legal; actos administrativos que, en todo caso, deben proferirse dentro del término de vigencia del contrato de seguros. 146. En oposición a la postura anterior, los actos administrativos a los que se ha hecho referencia - aquellos que imponen sanciones- son constitutivos del siniestro, lo cual quiere indicar que son estos los que crean dicha situación jurídica -el siniestro- y no se limitan a acreditar su existencia (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

La configuración del siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales **DEBE** entenderse de conformidad con el criterio unificado del Consejo de Estado ya sea por la fecha en la que se concretó el incumplimiento de las obligaciones aduaneras o **por la expedición de actos administrativos ejecutoriados que imponen sanciones. En ambos casos, la notificación y la ocurrencia deben producirse dentro del plazo de vigencia del contrato de seguros.** La sentencia de unificación del Consejo de Estado reconoce que el acto administrativo puede tener naturaleza declarativa o constitutiva del siniestro, dependiendo de las condiciones concertadas en el contrato de seguro que indiquen como operaría la declaratoria de siniestro, bajo las siguientes reglas:

152. (iv) **Enunciación de las reglas de unificación**

153. De esta forma, es posible plantear las siguientes reglas respecto de siniestro y la prescripción en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, así:

**153.1. El siniestro en las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales en materia aduanera se materializa:**

153.1.1. Al momento del incumplimiento de las obligaciones legales aduaneras, caso en el cual el acto administrativo es declarativo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la ocurrencia del siniestro.

**153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo.**

**153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía”** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Bajo ese orden de cosas y en atención a la regla 153.1.3 contenida en la sentencia de Unificación precitada respecto a la materialización del siniestro, en la póliza objeto de estudio se acordó que se entenderá ocurrido el siniestro cuando se profiera el acto administrativo que declare el incumplimiento cubierto por la póliza. Esto deberá ser por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal y deberá ocurrir durante la vigencia de la póliza de seguro. De no ser así, no se generarán obligaciones frente a la compañía aseguradora.

En este sentido, tanto el Requerimiento Especial Aduanero (REA) como la Resolución Sanción No. 1203 fueron emitidos por parte de la entidad Aduanera por fuera del periodo de vigencia de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 440-994000000463.

Por su parte la Corte Constitucional estableció en relación con el precedente y la obligatoriedad, importancia y vinculatoriedad de las sentencias de unificación proferidas por órganos de cierre como el Consejo de Estado:

***“La Sentencia SU-406 de 2016 la Corte Constitucional estableció en relación con el precedente y la obligatoriedad, importancia y vinculatoriedad de las sentencias de unificación proferidas por órganos de cierre como el Consejo de Estado ( ) En ese sentido, para la Sala es pertinente destacar que, lejos de conllevar una afectación a las garantías constitucionales de las partes, la aplicación general e inmediata de los precedentes de unificación constituye una materialización de los principios de igualdad y seguridad jurídica con lo que se busca aplicar posturas semejantes a casos similares.***

(..)

**pues como ya se explicó por regla general las sentencias de unificación rigen desde el mismo momento que quedan ejecutoriadas y se deben aplicar a todos los casos que**

***se encuentran pendientes de resolución judicial**, salvo que la propia sentencia module sus efectos o que como ya lo ha explicado esta misma Sala el cambio del precedente sea intempestivo y afecte los presupuestos procesales de la acción.<sup>3</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Siendo ello así, el sub examine encuadra a la subregla contenida en la sentencia de unificación que señalamos *ut supra* **“153.1.2. Con la firmeza del acto administrativo que impone la sanción y ordena pagar a la aseguradora la suma correspondiente, caso en el cual el acto administrativo es constitutivo y la póliza que ampara el riesgo será la vigente al momento de la firmeza del acto administrativo.**

**“153.1.3. En todo caso, la materialización del siniestro, conforme con las reglas anteriores, dependerá del contenido del contrato de seguro y de la norma que ordena la constitución de la garantía.**

En ese sentido, los extremos temporales de cobertura de la póliza bajo estudio corresponden desde el **17 de marzo de 2021 hasta el 17 de marzo de 2023**, y los hechos investigados por la administración datan del **20 de agosto de 2020**, y son constituidos como sanción mediante la **Resolución Sanción No. 1203 fechado el 10 de noviembre de 2023**; por lo anterior, el siniestro no cuenta con cobertura de contrato de seguro, Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales, vigente para la fecha de configuración del siniestro, es decir, del acto administrativo sancionatorio, quedando de esta manera probada la ausencia de contrato de seguro vigente para la fecha de declaración del siniestro de conformidad con los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Bajo esa tesitura, resulta claro que el despacho no tiene otro camino que proceder a reponer para revocar su decisión, en específico en lo que atañe a hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 440-994000000463 expedida por la compañía de seguros que represento. Puesto que, de conformidad con los criterios de unificación y reglas establecidas por el Consejo de Estado, y las condiciones inherentes del contrato de seguro, dan muestra de que el despacho yerra al pretender afectar el contrato de seguro cuando no es dable su afectación. Por cuanto la Resolución Sanción No. 1203 de fecha del 10 de noviembre de 2023 se profirió por fuera de la vigencia del contrato de seguro, ello implica la imposibilidad de exigirle el cumplimiento de la obligación aseguradora mi representada, ya que el siniestro aconteció por fuera de la cobertura de la Póliza de Seguro, es decir, el Acto Administrativo que declaró el incumplimiento se profirió por fuera de la vigencia de los límites temporales para ello. Siendo requisito indispensable que la póliza se encontrara vigente para la fecha en la que se profirió la multicitada Resolución Sanción, lo cual se demostró que no ocurrió en el caso en concreto.

### **2.3. EL DESPACHO INOBSERVÓ LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES No. 440-994000000463 Y No. 440-46-994000000454, EXPEDIDAS POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.**

De acuerdo con los hechos narrados en la Resolución Sanción No. 1203 proferida el 10 de noviembre de 2023, la sanción que se le pretende imponer a la entidad asegurada, esto es, ZONA

<sup>3</sup> Ver sentencia de Sección Tercera del 2021-10-11, número de proceso: 11001-03-15-000-2021-05419-00

FRANCA S.A. tiene como origen el hurto de mercancía ocurrido en las instalaciones de REFICAR, hecho que fue puesto en conocimiento de la autoridad competente la fiscalía general de la Nación, tal y como consta de las pruebas documentales esgrimida con la entidad Aduanera. Empero, bajo el criterio de la División de Fiscalización y Liquidación Aduanera, lo acontecido tiene origen en un presunto incumplimiento de las obligaciones del usuario industrial en lo que respecta a llevar los registros de la entrada y salida de bienes, además de custodiar las mercancías almacenadas o introducidas a sus recintos. No obstante, sobre el particular en el presente proceso administrativo, la DIAN no ha logrado acreditar de que el Usuario Operador hubiere sido el sujeto que cambió o sustrajo las mercancías, por lo que el presunto incumplimiento a las disposiciones y responsabilidades consagradas en la disposiciones aduaneras resulta inviable y a toda luces errado, puesto que el hecho objeto del procedimiento presente procedimiento no aconteció en virtud de una conducta volitiva del Usuario Operador, por el contrario se debió a una conducta delictiva ajena a su voluntad.

Lo anterior, resulta imperativo de cara al análisis de las pólizas de seguro, por cuanto su objeto amparo básico se condicionó por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, **de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (leyes, decretos, reglamentos, etc.)** ello implica, que las conductas delictivas de terceros tipificadas en el código Penal Colombiano como hurto, no son imputables al Usuario Operador de la Zona Franca, puesto que, el riesgo no fue introducido por el operador, sino que se trató de una conducta ajena al mismo, es decir, la realización de una causa extraña en el hecho de un tercero, por lo que no es de recibo que se imponga sanción al usuario operador sin que se cuente con plena prueba de que incumplió con sus obligaciones aduaneras, como quiera que nos enfrentamos a un hecho ocasionado por un tercero el cual deviene irresistible e imprevisto para el usuario operador de la zona franca de Cartagena.

Por su parte en los contratos de seguro **PÓLIZAS DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES No. 440-994000000463 Y No. 440-46-994000000454**, se pactaron una serie de exclusiones dentro de las cuales se encuentran las siguiente:

2. **EXCLUSIONES**

ESTE SEGURO NO CUBRIRÁ EL INCUMPLIMIENTO PROVENIENTE DE FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO O CUALQUIER OTRA CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.

*Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales condiciones generales.*

En suma, de lo anterior se hace evidente que para el caso que nos ocupa se ha concretado una causa extraña no imputable a nuestro asegurado, por el hecho de un tercero, en cabeza de quien encuentra la responsabilidad total por la sustracción de las mercancías que se denuncian como hurtados.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al Asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de cada una de las Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

*“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”<sup>4</sup>*

Así las cosas, bajo la anterior premisa jurisprudencial, en el presente caso se configuró una de las exclusiones arriba señaladas o las que constan en las condiciones generales y particulares de la póliza vinculada al procedimiento administrativo, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del Asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

#### **2.4. IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVIDAD DE LAS PÓLIZA No.440-994000000463 Y No.440-46-994000000454, ANTE LA AUSENCIA DE AMPARO POR HURTO DE MERCANCIAS.**

En el presente procedimiento administrativo, deberá revocarse en su totalidad la Resolución Sanción No. 1203 del 10 de noviembre de 2023, ya que las pólizas de seguros vinculadas al presente asunto no cuentan con amparo de daños causados o desaparición de bienes dejados bajo custodia, cuidado y control. Su amparo básico se limita únicamente a lo siguiente:

**“GARANTIZAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS, SANCIONES E INTERESES A QUE HAYA LUGAR, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES CONSAGRADAS EN LA NORMATIVIDAD ADUANERA”**

Adviértase entonces a la entidad Aduanera que las pólizas de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 440-994000000463 y No. 440-46-994000000454, expedidas por mi procurada no asumieron como riesgo asegurado aquellos daños causados con motivo de desaparición o hurto de bienes dejados bajo custodia, cuidado y control del afianzado es decir de la Sociedad Operadora Zona Franca de Cartagena. En consecuencia, la ausencia de amparo para daños causados o la desaparición de bienes dejados bajo custodia, cuidado y control en las pólizas de seguro No. 440-994000000463 y No. 440-46-994000000454, emitidas por mi representada, es

<sup>4</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

evidente. Dichas pólizas, de conformidad con su clara redacción, están diseñadas específicamente para garantizar el pago de tributos aduaneros, sanciones e intereses derivados del incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades establecidas en la normativa aduanera.

Es imperativo señalar que el alcance de estas pólizas no incluye la cobertura de daños causados o la desaparición de bienes bajo custodia, cuidado y control del afianzado, es decir, de la Sociedad Operadora Zona Franca de Cartagena. Por ende, cualquier afectación de este tipo de riesgos no está contemplada ni respaldada por los términos contractuales de dichas pólizas.

En virtud de lo expuesto, se solicita de manera respetuosa la revocación integral de la Resolución Sanción No. 1203 del 10 de noviembre de 2023, en consideración a la falta de fundamento legal para imputar responsabilidades y sanciones a mi representada, cuyas pólizas están claramente delimitadas en su alcance y cobertura.

## **2.5 INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y/O LA CULPA GRAVE.**

En evento de una declaración de condena frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no habrá lugar a la obligación de reembolso que implica la pretensión revérsica, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador.

El artículo 1055 del Código de Comercio establece:

*“El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno...”*

Si bien es cierto en el seguro de responsabilidad civil por regla excepcional el legislador permitió la asegurabilidad de la culpa grave, también lo es, que dicho aseguramiento requiere de manifestación expresa. En consecuencia, si en este caso se llega a demostrar que hubo culpa grave del afianzado, y que tal actuar es la causa eficiente de la producción del resultado dañoso, la póliza objeto de la vinculación de mi representada **NO** cubre el evento y por lo tanto no podrá reclamarse reembolso alguno.

## **2.6 EN EL CASO BAJO ESTUDIO SE INOBSERVÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.**

La administración aduanera no tuvo en consideración que se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, como quiera que transcurrió un periodo de tiempo superior a los dos años que prevé la norma. Lo anterior, debido a que el presunto incumplimiento a la disposición legal tuvo lugar en el mes de agosto del año 2020, mientras que la fecha en que se vinculó a mi representada al trámite de instancia se dio en el mes de noviembre del año 2023. Por tal motivo, al haber transcurrido más de dos los dos años que dispone la norma, no existe dudas que la acción derivada del contrato de seguro se encuentra prescrita. Teniendo presente lo anterior, debe resaltarse que el Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en

materia de seguros y en su artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, sino también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Dicho precepto establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.*

Es evidente que el término de prescripción que le aplica al interesado es el de prescripción ordinaria y este se cuenta desde el momento en que este haya tenido o debido tener el conocimiento de los hechos que dan base a la acción. Es decir, desde que se puso en conocimiento de la DIAN lo concerniente al hurto presentado en las instalaciones de REFICAR S.A. mediante oficio No.48E20207871 del 20 de agosto de 2020. Dicho de otro modo, sin perjuicio de que NO hay cobertura de las pólizas de seguro No. 440-994000000463 y No. 440-46-994000000454, es claro que las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas, como quiera que desde el hecho que da base a la acción, que data del mes de agosto del año 2020, hasta el momento en que se notificó la Resolución Sanción No. 1203, esto es el 14 de noviembre de 2023., han transcurrido más de los dos años, superando de forma suficiente el término de prescripción que señala la norma. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*(...) Aclarados los anteriores aspectos, es necesario destacar que el artículo 1081 del Código de Comercio contempla dos modalidades extintivas de las acciones derivadas del contrato de seguro denominadas prescripción ordinaria y extraordinaria. **La prescripción ordinaria posee un término extintivo de dos años contados a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da lugar a la demanda;** mientras que el legislador estableció un término de cinco años para que opere la prescripción extraordinaria, contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas. 28 (...) (Subrayado y en negrilla fuera del texto original)*

En conclusión, es evidente que operó la **PRESCRIPCIÓN ORDINARIA** de la acción derivada del contrato de seguro consagrado en el artículo 1081 del C. Co, al haber transcurrido más de dos años desde el mes de agosto del año 2020, fecha en que supuestamente se incumplieron las disposiciones normativas aduaneras, hasta el mes de noviembre del año 2023, momento en el que se realizó la notificación en debida forma a mi representada. Por lo anterior, al haber pasado el término bienal que prevé el artículo 1081 del C.Co, se debe absolver a mi representada por cuanto la acción derivada del contrato de seguro está prescrita.

**2.7 EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LAS PÓLIZA No.440-994000000463 Y No.440-46-994000000454.**

En el remoto e improbable evento en que la GIT de Fiscalización Aduanera considere que las Póliza que hoy nos ocupa sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, por considerar que sí se realizó el riesgo asegurado en la póliza y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de la Aseguradora Solidaria de Colombia. Exclusivamente bajo esta equivocada hipótesis, la DIAN deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada en la póliza. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

*“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido en la póliza. Que en este caso resulta ser la siguiente:

TIPO DE NEGOCIO: DISPOSICIONES LEGALES			
DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
RESOLUCION CUMPLIMIENTO DISPOSICIONES LEGALES	28/07/2020	27/07/2022	3,560,700,000.00
BENEFICIARIOS			
NIT 800197268 - LA NACION UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES			
POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES:			
OBJETO DE LA POLIZA:			
ASEGURAR EL PAGO DE LOS DERECHOS E IMPUESTOS, LAS SANCIONES Y LOS INTERESES A QUE HAYA LUGAR COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN SU CONDICIÓN DE USUARIO OPERADOR DE ZONA FRANCA DE ACUERDO CON LA REGULACIÓN ADUANERA VIGENTE Y DEMÁS NORMAS ESPECIALES EXPEDIDAS SOBRE LA MATERIA.			

*Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-99400000454.*

TIPO DE NEGOCIO: DISPOSICIONES LEGALES			
DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
RESOLUCION CUMPLIMIENTO DISPOSICIONES LEGALES	17/03/2021	17/03/2023	3,560,700,000.00
BENEFICIARIOS			
NIT 800197268 - LA NACION UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES			
POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES:			
OBJETO DE LA POLIZA:			
ASEGURAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS, LAS SANCIONES Y LOS INTERESES A QUE HAYA LUGAR COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN SU CONDICIÓN DE USUARIO OPERADOR DE ZONA FRANCA DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL DECRETO 1165 DE 2019 Y DEMÁS NORMAS ESPECIALES EXPEDIDAS SOBRE LA MATERIA			

*Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-99400000463.*

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito a la administración aduanera tomar en consideración que, sin perjuicio de que en el caso bajo análisis el contrato no presta cobertura temporal, no se puede hacer efectiva una garantía por un hecho cierto y no se ha realizado el riesgo asegurado, a

partir de ello resulta improcedente la afectación a la póliza expedida por mi procurada. En todo caso, deberá indicarse que dicha póliza contiene un límite y valor asegurados que deberá ser tenido en cuenta por la entidad en el remoto e improbable evento de una condena en contra de la compañía aseguradora Solidaria de Colombia.

**IV. REPAROS FÁCTICOS Y JURÍDICOS CONTRA A LA RESOLUCIÓN SANCIÓN No.1203 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2023 REFERENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD AFIANZADA.**

**3. CAUSA EXTRAÑA: HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO**

La Administración Aduanera no consideró que, en el presente caso, la causa del hecho que se presenta como incumplimiento tiene origen en una causa externa no atribuible al operador de la zona franca. Por el contrario, deberá atribuirse la total responsabilidad por la sustracción de las mercancías, reportadas como hurtadas, a un tercero. Con base en la información obtenida y verificada durante la inspección, se concluye que el hurto fue llevado a cabo por un tercero ajeno al operador afianzado, cuyo modus operandi deberá ser determinado por la entidad competente para tal fin. No obstante, la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena cumplió de manera integral con las obligaciones que le incumben. Por consiguiente, es el mencionado tercero quien debe asumir la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, mientras que ni el afianzado ni mucho menos mi representada tienen responsabilidad en dicho suceso. Para el caso en concreto las altas cortes han dicho lo siguiente en lo relativo a la causa extraña:

*“Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: **(i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado**, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:*

*En cuanto tiene que ver con **(i) la irresistibilidad** como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo  $\frac{3}{4}$  pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.*

*En lo referente a **(ii) la imprevisibilidad**, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.*

*Y, por otra parte, en lo relacionado con **(iii) la exterioridad** de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración  $\frac{3}{4}$  al menos con efecto liberatorio pleno  $\frac{3}{4}$  de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada"<sup>5</sup>*

Bajo esta óptica, del procedimiento administrativo se desprende de los enunciados facticos del Requerimiento Especial Aduanero, que la causa por la que se estructura el posible daño tiene génesis en el hecho punible sufrido por la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena a raíz del hurto acaecido. La jurisprudencia expuesta destaca que las causales eximentes de responsabilidad, como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, configuran eventos que hacen que sea jurídicamente imposible imputar la responsabilidad por los daños a la persona o entidad sancionada. Se establecen tres elementos necesarios para que proceda la configuración de estas causales:

- **Irresistibilidad:** Se refiere a la imposibilidad del obligado para llevar a cabo determinado comportamiento o actividad, donde el daño debe resultar inevitable.

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCION A. C.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. 24 de marzo de 2011.

- **Imprevisibilidad:** Implica que la circunstancia alegada como causa eximente no podía ser contemplada por anticipado, es decir, no era imaginable antes de su ocurrencia.
- **Exterioridad jurídica:** La causa eximente debe ser ajena jurídicamente al operador, lo que significa que el acontecimiento debe resultarle jurídicamente ajeno, más allá de la ausencia de culpa por parte del agente que causa el daño.

Aplicando estos elementos al caso en cuestión, se concluye que la sustracción de las mercancías, atribuida a un tercero ajeno a la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena, cumple con los requisitos de irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad jurídica. Por lo tanto, la entidad sancionada no tiene el deber jurídico de responder por los daños causados, y se configura una causa extraña que exime de responsabilidad a la Sociedad Operadora en relación con la pérdida de las mercancías.

#### **4. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA O RETIRO DE BIENES EN ZONAS FRANCAS POR AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL SERVICIO DE VIGILANCIA – ES UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO MAS NO DE RESULTADO.**

La Administración Aduanera no consideró que, en el presente caso la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena no ostenta obligaciones de custodia de la mercancía que ingresa a las instalaciones, confunde el respetado despacho custodia con control de ingreso y salidas de las mercancías, puesto que las obligaciones de custodia son ejercida por el usuario calificado quien es quien brinda la seguridad física de sus instalaciones y las fallas derivadas de esa actividad son responsabilidad del mismo y no de la Sociedad Operadora Zona Franca. Por su parte el artículo 497 del Decreto 1165 de 2019 dispone que la responsabilidad por perdida o retiro de bienes en zonas francas:

***“Responsabilidad por pérdida o retiro de bienes en zonas francas.*** El usuario operador de la Zona Franca responderá ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar **respecto de los bienes que sean sustraídos de sus recintos o perdidos en estos, salvo que en la actuación administrativa correspondiente demuestre que la causa de la pérdida o retiro le es imputable exclusivamente al Usuario Industrial de Bienes o Usuario Industrial de Servicios o al Usuario Comercial, según sea el caso.**

Nótese cómo en el precitado artículo se describe que será responsable por pérdida o retiro de bienes en zonas francas cuando se corrobore que el usuario operador de la Zona Franca sustrajo o perdió bienes que se encontraban en las instalaciones; sin embargo, nada se preceptúa sobre actos delictivos como el hurto calificado o agravado, como sucede en el presente caso, puesto que no se trata de una pérdida de mercancías o de su desaparición o sustracción. El presente hecho tiene origen en la conducta tipificada como un delito, de ahí que no es posible que se le endilgue una responsabilidad al operador de la Zona Franca por inobservar responsabilidades de custodia, lo cual **no es una obligación de resultado sino de medios.** En ese sentido, la administración

aduanera no puede exigirle un cumplimiento de custodia de las mercancías al operador asegurado, cuando se ha demostrado su cumplimiento en sus obligaciones de control, seguimiento de ingreso y salida de las mercancías. Sin embargo, al ser una obligación de medios, está sujeta a posibles conductas ajenas que introducen un riesgo en el cumplimiento de control que deriva en una conducta punible cuya razón de ser resulta imprevisible e irresistible para el operador de la Zona Franca.

Aunado a ello, no es de recibo que la administración aduanera pretenda sancionar al operador de la Zona Franca por una obligación que reside única y exclusivamente en las empresas de seguridad, obligación que reitero es de medios no de resultados, el decreto 356 de 1994 en su artículo 73 definiendo el objetivo de las empresas de seguridad establece:

*“Objetivo de la vigilancia y seguridad privada. **La finalidad de los servicios de vigilancia y seguridad privada, en cualquiera de sus modalidades, es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección**, sin alterar o perturbar las condiciones para el ejercicio de los derechos libertades públicas de la ciudadanía y sin invadir la órbita de competencia reservada a las autoridades.*

Y tal como lo define el decreto 356 de 1994 sobre los servicios de vigilancia dispone en su artículo 2°:

*“servicios de vigilancia y seguridad privada. Para efectos del presente Decreto, entiéndase por servicios de vigilancia y seguridad privada, las actividades de que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros y la fabricación, instalación, comercialización y utilización de equipos para vigilancia y seguridad privada, blindaje y transporte con este mismo fin”.*

Corolario de lo anterior, resulta a toda vista improcedente endilgar una responsabilidad al operador asegurado ante un presunto incumplimiento de sus responsabilidades de custodia, partiendo de una premisa errada que implicaría de la obligación de custodia y/o seguridad de los bienes corresponde implícita y explícitamente en una obligación de resultados, lo es completamente improcedente, muestra de ello es la Sentencia proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL con la magistrada ponente: DRA. MYRIAM INES LIZARAZU BITAR, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010):**

*“... ahora bien, no se controvierte que la obligación que contrajo la compañía de seguridad es de **medio y no de resultado**”, toda vez que se comprometió a prestar – el servicio de vigilancia mediante el suministro de personal y, con ese propósito, a tomar las medidas necesarias para mantener en condiciones óptimas de seguridad las instalaciones del contratante; a vigilar y cuidar la vida, honra y bienes de los residentes del contratante; a cumplir con todas las normas y disposiciones que las leyes o reglamentos vigentes o que se expidan, contemplen respecto de la ejecución de la vigilancia, entre otras tareas contractuales asignadas. **Por tanto, su obligación se entiende cumplida en la medida***

en que haya adelantado, con carácter profesional, todas las gestiones posibles para dispensar una adecuada vigilancia al conjunto residencial, e impulsado las medidas pertinentes en un todo de acuerdo a lo previsto por la administración para evitar entre otros el hurto de los bienes de los residentes de dicha agrupación. (Subrayas y negrilla fuera del texto).

En este sentido, destáquese que según el artículo 2° del decreto ley 356 de 1994, se entiende por servicios de vigilancia y seguridad privada, las actividades que en forma remunerada o en beneficio de una organización pública o privada, desarrollan las personas naturales o jurídicas, tendientes a prevenir o detener perturbaciones a la seguridad y tranquilidad individual en lo relacionado con la vida y los bienes propios o de terceros, **motivo por el cual no puede afirmarse que esa obligación solo se satisfacía impidiendo**, por ejemplo, la sustracción de cualquier bien.

Si la obligación es de medio, y se han suministrado los medios idóneos para prestar el servicio, pero el perjuicio, pese a ello se presenta, debe manifestarse que no existe nexo causal entre la prestación del servicio y el hurto presentado en las instalaciones de la Zona Franca.

## V. **PETICIONES**

- A. Comedidamente, solicito se REVOQUE la Resolución Sanción No. 1203 del 10 de noviembre de 2023 y en consecuencia se ABSUELVA de toda responsabilidad aduanera, cambiaria, administrativa y de cualquier índole a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A ZOFRANCA S.A., y consecuentemente se ARCHIVE el proceso identificado bajo el No.CU 2020 2021 00322 en el cual se expidieron las resoluciones objeto de censura por DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE BARRANQUILLA DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN ADUANERA GIT FISCALIZACIÓN ADUANERA, por cuanto los elementos probatorios que obran en el plenario no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad, esto es, no se demuestra la existencia de hechos que den lugar a una responsabilidad aduanera administrativa o cambiaria del declarante.
- B. Comedidamente, solicito se ABSUELVA a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COMLOMBIA. como tercero garante, y en consecuencia se le DESVINCULE debido a que la póliza de seguro no presta cobertura para los hechos imputados a índole a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A ZOFRANCA S.A y discutidos dentro del presente trámite, así como tampoco se encuentra bajo amparo las pérdidas o hurto de mercancías que se produzcan en las instalaciones del operador, además de que se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

**VI. RELACION PROBATORIA**

Solicito respetuosamente se practiquen los siguientes medios de prueba:

• **DOCUMENTALES:**

Presento a usted los siguientes documentos, para que sean tenidos como pruebas dentro de la diligencia:

- Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-994000000463.
- Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No.440-46-994000000454.
- Póliza De Seguro De Cumplimiento De Disposiciones Legales Condiciones Generales.

**VII. ANEXOS**

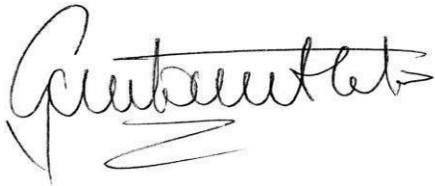
- Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.

**VIII. NOTIFICACIONES**

Comedidamente solicito que todas las actuaciones que se surtan en el proceso sean notificadas por medio electrónico a las siguientes direcciones electrónicas:

El suscrito apoderado en la Carrera 11 A No. 94 A -56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el art. 162 Núm. 7 del CPACA, la dirección electrónica es: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**  
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.  
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.