

Señores

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.S.D.

ASUNTO: PRECEDENTES JUDICIALES – VIGENCIA RÉGIMEN SANCIONATORIO D. D. 390 DE 2016 - ELEMENTOS DE FAVORABILIDAD

EXPEDIENTE: 13001333300920200007800 (2020 00078 00)

DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AGECOLDEX S.A. NIVEL 1

DEMANDADO: U.A.E DIAN

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cordial saludo,

Respetado Juez,

PAOLA ANDREA MEDINA MONTES, obrando en mi condición de apoderada especial de la sociedad Demandante, mediante el presente memorial se sitúa la tesis de defensa del principio de favorabilidad aplicable a mi Poderdante y señalado en el proceso judicial, y, de otra parte, se refrenda éste con Sentencias de Precedente Vertical (Consejo de Estado/Tribunales Administrativos) que ratifican que el D. 390/16 en su régimen sancionatorio conforme el Num. 2º de su Art. 674 y del Art. 675 entró a regir ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación de la cita norma, esto es, 1º de Diciembre de 2016, con lo cual, si éste NO dispuso una conducta como infracción administrativa aduanera, y sí lo había hecho el Dec. 2685/99, consecuente, era obligatorio aplicar la norma más favorable (D. 390/16) y no sancionar al Administrado.

I. Tesis Defensa:

AGECOLDEX tramitó Declaración de Importación con Sticker No. 23831018691566 del 19/04/2016, 09019111342305 del 19/04/2016, 07500290893073 del 20/04/2016, 07500290893217 del 21/04/2016, 07500281127253 del 21/04/2016, 01204103214154 del 27/04/2016 y 0120410324147 del 27/04/2016, data en la cual se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, y consecuente el régimen sancionatorio en éste dispuesto como lo es el Num. 2.6 del Art. 485 del citado Decreto¹, pero, dicha infracción administrativa aduanera desapareció de la vida jurídica puesto que el Decreto 390 de 2016² NO la tipificó en su régimen sancionatorio, en especial, no se evidencia en su art. 538 conducta igual o similar a la que le fue impuesta a mi Poderdante, ni en su texto original, ni en la modificación que surtió el art. 142 del D. 349/18.

Las operaciones aduaneras en cuestión de las cuales derivan la infracción impuesta (Num. 2.6 Art. 485 E.A.), se surtieron en abril del año 2016, es decir EN VIGENCIA del Dec. 390 del año 2016, el cual era la norma que debía aplicarse, y NO el Dec. 2685 de 1999, en razón a que el 1º de Diciembre del año 2016 entró a regir el régimen sancionatorio del Dec. 390 en cita.

Es de señalar que la DIAN aduce en diversos Conceptos (*Doctrina propia - (Concepto 384 del 9/abril/2018 y No. 22410 de Octubre 18/2016)*) que alegó tanto en el proceso aduanero como el judicial, que el régimen sancionatorio del Dec. 390/16 no entró a regir porque estaba supeditado a la expedición de un reglamento, no obstante, tal afirmación es errada puesto que deja de lado que el Decreto 390 de 2016 contó con una vigencia escalonada, que conllevó a que desde el 1º de Diciembre del año 2016 rigiese su régimen sancionatorio conforme al Num. 2º del Art. 674 Ibídem.

Téngase presente que el Dec. 390/16 en su Art. 674 estipuló la vigencia escalonada de su normatividad, así:

¹ Numeral 2.6 del Artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 39 del Decreto 1232 de 2001 y adicionado por el artículo 6º del Decreto 2883 de 2008

² DIARIO OFICIAL No. 49.808 DEL 7 DE MARZO DE 2016

- Un grupo (Num. 1º Art. 674 en cita) que correspondió a los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43, 44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673 del Decreto 390/16 que rigieron desde el 22 de Marzo de 2016³.
- Un segundo grupo (Num. 2º Art. 674 en cita), que correspondió a “los demás artículos”, es decir, TODOS aquellos que no estaban listados en el Num. 1º Ibídem, y que NO requerían incorporar ajustes al sistema informático aduanero o un nuevo modelo de éste, entraban a regir una vez reglamentados por la DIAN, para lo cual a dicha Entidad se le fijó un término máximo o límite en la citada norma (Decreto) el cual fue de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación para cumplir con ello (entiéndase hasta el 30 de Noviembre de 2016), por ende, dado que es un plazo perentorio y que NO fue modificado por ningún Decreto -entiéndase el D. 349/18 no hizo ningún cambio en ese numeral-, debía sí o sí que cumplirse.

Al no cumplir la DIAN con dicha reglamentación, y NO estar por encima jerárquicamente un concepto y/o una Circular Externa de la Entidad a un Decreto, conllevó que desde el 1 de Diciembre de 2016 el régimen sancionatorio del D. 390/16 estuviese vigente, y lo estuvo hasta que entró a regir el D. 1165 de 2019 el 2/ago/2019.

Es palpable que: i) La DIAN no podía ampliar dicho plazo (180 días) vía resolución o concepto o similar en razón a la jerarquía normativa, ii) El régimen sancionatorio no requería reglamentación alguna, iii) No fue expedido ningún Decreto que modificase, adicionase o derogase la entrada en vigencia dispuesta en el numeral 2º del artículo 674 en cita; iv) Las resoluciones reglamentarias que expidió la DIAN (Res. 41, 42, 64 y 72/16⁴) no podían modificar el plazo dispuesto en un Decreto; y, v) La Circular Externa No. 003 de 2016⁵ de la DIAN no podía reformar, adicionar, condicionar y/o modificar los efectos jurídicos de una norma de rango superior como lo es un Decreto.

Al respecto, la anterior tesis dispuesta tanto en el proceso aduanero como en el judicial por mi Poderdante, tiene **respaldo en Sentencia del Consejo** de Estado del 4 de agosto de 2022⁶ -que en el punto II del presente memorial se desarrolla-, en la cual indicó sobre la vigencia del régimen sancionatorio del D. 390/16 que, en efecto, la vigencia del régimen sancionatorio del citado Decreto NO estaba supeditado a la implementación de ningún sistema informático o similar:

...Vale la pena acotar que el Decreto 2685 de 1999 quedaría derogado una vez se cumplieran las condiciones establecidas en los artículos 674 y 675 del Decreto 390 de 2016, que regulan la derogatoria y vigencias, así:

...

Conforme con la norma transcrita, la vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se produciría quince (15) días comunes después de su publicación,

³ Entre estos artículos se destaca el Art. 39 (Declarante) así como el Art. 43 (operadores de comercio exterior), y esto es importante, porque: i) En el Dec. 390/16 las agencias de aduanas (calidad que ostenta mi Poderdante) pasaban a denominarse “Operadores de comercio exterior” y sus clientes (Importadores, Exportadores) como “Declarantes”; y, ii) Al revisar las infracciones aduaneras listadas a las agencias de aduanas se observa que ni en las infracciones generales del Operador de Comercio Exterior (Art. 526 modificado en su Num. 5º y adicionado en el Num. 9º con Art. 131 D. 349/18, Art. 527 Dec. 390/16 fue modificado por el Art. 132 del Dec 349/18), ni en las especiales de la agencia de aduana (Art. 538 del Dec. 390/16 fue modificado por el Art. 142 del Dec 349/18), ni en las de SARLAFT (Art. 542 del Dec. 390/16), existía alguna igual o similar al Num. 2.6 Art. 485 del E.A. que fue impuesta a mi Poderdante.

⁴ Resolución 41 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 49.870 DEL 11 DE MAYO DE 2016
Resolución 42 de 2016 DIAN - Diario Oficial No. 49.876 de 17 de mayo de 2016
Resolución 64 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 50.015 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2016
Resolución 72 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 50.073 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2016

⁵ DIARIO OFICIAL No. 49.823 DEL 22 DE MARZO DE 2016
https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Estatuto%20Aduanero/Circular_Externa_00003_22_marzo_2016.pdf

⁶ Radicado: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999) Demandante: Agencia de Aduanas Sociedad de Trámites Aduaneros en Comercio Exterior Nivel 2- SOTRAEX SA. Demandada: U.A.E DIAN

esto es, el 22 de marzo de 2016, el cual señala que los artículos descritos en el numeral 1 -entre los que no está el régimen sancionatorio dispuesto en los artículos 511 a 549- también entrarían a regir en ese momento. A continuación, el numeral 2 supedita la vigencia de sus demás artículos a la reglamentación, efecto para el cual otorgó 180 días. Y, el numeral 3 difiere la vigencia de aquellos artículos que requieran de implementación del nuevo sistema informático, que no refiere al régimen sancionatorio.

Por su parte, el artículo 675 del Decreto 390 de 2016 dispuso las vigencias así:

...

En todo caso, se considera que la vigencia de las normas contentivas de las infracciones por las cuales fue sancionada la actora no estaba supeditada a la implementación de ningún sistema informático, argumento, por demás, que no resulta acorde al principio de tipicidad de la conducta.

En ese orden, conforme se encuentra acreditado en el expediente, antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza -esto es, el 10 de octubre de 2018¹⁷ - el régimen sancionatorio aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999 había sido derogado por el régimen sancionatorio introducido por el Decreto 390 de 2016. Incluso, para la referida fecha, ya habían fenecido los plazos otorgados para vigencias en el artículo 675 del Decreto 390 ib. De ahí que la actora resultara sancionada por unas conductas contenidas en unas normas derogadas, transgrediendo así el debido proceso...

Así pues, se evidencia que el régimen sancionatorio del D. 390/16 no requería reglamentación, ni disposición de modelo informático aduanero para operar, con lo cual, de plano entró a regir desde el 1/dic/2016.

- Un tercer grupo, lo dispuso el Num. 3º del Art. 674 del D. 390/16, a fin de que, si algún artículo requería la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o implementar un nuevo modelo de sistematización, la DIAN contaría con un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses para disponerlo, incluidas pruebas pilotos con intervalos de seis (6) meses.

Al respecto, la norma sancionatoria aduanera, en especial la relativa a las agencias de aduanas en el art. 538 del D. 390/16, no requería implementación de sistema informático o un nuevo modelo, y en especial, NO dispuso en su listado infracción igual o similar a la señalada en el Num. 2.6 del Art. 485 del E.A.

Vale resaltar que el Art. 674 del Dec. 390/16 solamente modificó el Num. 3º y el párrafo con el Art. 184 del Dec 349/18, pero NO surtió ninguna en relación al Num. 2º del Art. 674 citado.

Corolario de lo anterior, desde el 1/dic/2016 estuvo vigente plenamente el régimen sancionatorio consagrado en el Dec. 390/16 y modificado por el Dec. 349/18, solo desapareciendo de la vida jurídica con la entrada en vigencia del D. 1165/19.

II. Precedente Verticales – Sentencias:

En relación a que el régimen sancionatorio del D. 390/16 sí entró a regir, y que por ello debe ponderarse la aplicación del principio de favorabilidad se tiene las siguientes:

2.1 Precedente Vertical – Consejo de Estado:

Sentencia de segunda instancia con fecha del 4/agosto/2022 del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicación: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999). Demandante: AGENCIA DE ADUANAS SOCIEDAD DE TRÁMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR NIVEL 2 – SOTRAEX SA. Demandado: DIAN⁷.

⁷ La Sentencia tuvo Aclaración del 15 de septiembre de 2022, manteniendo la declaratoria de nulidad de las infracciones demandadas por la Agencia de Aduanas.

En esta se revisaron hechos con las siguientes datas e infracciones aduaneras:

- Declaraciones de importación y exportación durante los años 2014, 2015 y parte de 2016.
- Requerimiento Especial Aduanero 000042 del 23 de marzo de 2018
- Resolución Sanción 000685 del 12 de junio de 2018, en la que impuso a la sanción de \$1.243.067.108, y ordenó la efectividad de las pólizas de cumplimiento 01 y 02 del 19 de enero de 2017 y del 14 de febrero de 2017, respectivamente, expedidas por La Previsora SA
- Resolución 010408 del 5 de octubre de 2018, emitida por el Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, en el sentido de confirmar el acto recurrido
- Numeral 2.1. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 - No cumplir con los requisitos mínimos para el conocimiento del cliente; Numeral 2.1. del Art. 483 del Decreto 2685 de 1999 - No tener al momento de presentar la solicitud de autorización de embarque o la declaración de exportación de mercancías los documentos soporte requeridos en el Art. 268 del presente decreto para su despacho; Numeral 2.5. del Art. 485 del Decreto 2685 de 1999 - No vincular a sus empleados de manera directa y formal o incumplir con las obligaciones laborales, aportes parafiscales incluidos los aportes a la seguridad social por salud, pensiones y riesgos profesionales; Numeral 2.1 del Art. 482 del Decreto 2685 de 1999 No tener al momento de la presentación y aceptación de la declaración de importación, o respecto de las declaraciones anticipadas al momento de la inspección física o documental o al momento de la determinación del levante automático de la mercancía, los documentos soporte requeridos en el artículo 121 de este decreto para su despacho, o que los documentos no reúnan los requisitos legales, no se encuentren vigentes; Numeral 1.3. del Art. 495 del Decreto 2685 de 1999 - Hacer, bajo cualquier circunstancia, uso indebido del sistema informático aduanero.

En dicha Sentencia el Consejo de Estado señaló:

Infracciones al régimen aduanero. Vigencia. Favorabilidad

La sociedad demandante sostiene que la Administración, al expedir los actos acusados vulneró el debido proceso. También incurrió en expedición irregular -por falta de motivación- y falsa motivación, al sancionarla por las conductas descritas en los numerales 2.1 y 2.5 del artículo 485, 2.1 del artículo 482 y 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999, derogados por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, que estableció un nuevo régimen de aduanas y en el que las conductas generadoras de tales infracciones son inexistentes. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el artículo 520 del Decreto 2685 ib., también vigente para la época en que presuntamente se cometieron las conductas, atribuía la obligación a la Administración de aplicar la norma más favorable.

El tribunal acogió la tesis de la demandante, por considerar que las normas contentivas de las conductas que originaron las sanciones impuestas no se encontraban vigentes al momento de expedir los actos acusados y por vulnerar el artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, que establecía el principio de favorabilidad en materia aduanera sancionatoria.

En oposición, la entidad apelante asegura que las sanciones establecidas en el Decreto 2685 de 1999 se encontraban vigentes, por cuanto la aplicación del Decreto 390 de 2016 se dio de forma escalonada y únicamente entraba a operar hasta tanto

De acuerdo con lo expuesto, se accederá a la solicitud de aclaración de la sentencia del 4 de agosto de 2022, toda vez que en la citada providencia se modificó la decisión del 8 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, la cual había declarado la nulidad de «las Resoluciones 000685 del 12.06.2018 proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN y 010408 del 05.10.2018 que resolvió el Recurso de Reconsideración, en lo que atañe a las sanciones pecuniarias impuestas invocando las infracciones reguladas por los numerales 2.1 y 2.5 del Art. 485, 2.1 del Art. 482 y, 1.3 del Art. 495 del régimen aduanero del Decreto 2685 de 1999»³, pues al revisarse la parte resolutoria de la citada resolución 000685 del 12 de junio de 2018 se advierte que no alude al numeral 2.1 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, sino al numeral 2.1 del artículo 189 del Decreto 349 de 2018. Con todo, se anota que la entidad demandada no puso de presente el yerro en el recurso de apelación, sino con ocasión de la presente solicitud

se implementara el nuevo modelo de sistematización informático de la DIAN, el cual no había empezado a funcionar cuando se expedieron los actos acusados. Al efecto, alegó que se atribuía responsabilidad directa a las Agencias de Aduanas por las sanciones a que hubiere lugar, derivadas del incumplimiento del régimen aduanero por sus actuaciones como declarantes autorizadas.

...

En el caso concreto, los actos acusados sancionaron a la demandante por varias conductas que, para los años 2014, 2015 y parte de 2016, se encontraban enlistadas en el Decreto 2685 de 1999 -las descritas en el numeral 2.1 del artículo 485, el numeral 2.5 del artículo 485, el numeral 2.1 del artículo 482 y el numeral 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 ib.-, las cuales, no se consignaron en el listado taxativo de infracciones al régimen de aduanas consagrado en el Decreto 390 de 2016, expedido el 7 de marzo de 2016¹⁶

Vale la pena acotar que el Decreto 2685 de 1999 quedaría derogado una vez se cumplieran las condiciones establecidas en los artículos 674 y 675 del Decreto 390 de 2016, que regulan la derogatoria y vigencias, así:

...

Conforme con la norma transcrita, la vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se produciría quince (15) días comunes después de su publicación, esto es, el 22 de marzo de 2016, el cual señala que los artículos descritos en el numeral 1 -entre los que no está el régimen sancionatorio dispuesto en los artículos 511 a 549- también entrarían a regir en ese momento. A continuación, el numeral 2 supedita la vigencia de sus demás artículos a la reglamentación, efecto para el cual otorgó 180 días. Y, el numeral 3 difiere la vigencia de aquellos artículos que requieran de implementación del nuevo sistema informático, que no refiere al régimen sancionatorio.

Por su parte, el artículo 675 del Decreto 390 de 2016 dispuso las vigencias así:

...

Tampoco se advierte que el artículo 675 transcrito hubiere extendido la aplicación de las infracciones atribuidas a la demandante -numerales 2.1 y 2.5 del artículo 485, 2.1 del artículo 482 y 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999-, en las que la demandada fundó la sanción discutida. Y en cuanto a lo señalado por la DIAN en sus intervenciones, relativo a que los actos demandados se fundaron en la sanción 4 del Decreto 349 de 2018 y no en el Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que ese no es el fundamento de los actos acusados, argumento que, por lo demás, resulta contradictorio con lo también manifestado en los escritos de intervención, que refieren a que el Decreto 2685 de 1999 se encontraba en vigor.

En todo caso, se considera que la vigencia de las normas contentivas de las infracciones por las cuales fue sancionada la actora no estaba supeditada a la implementación de ningún sistema informático, argumento, por demás, que no resulta acorde al principio de tipicidad de la conducta.

En ese orden, conforme se encuentra acreditado en el expediente, antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza -esto es, el 10 de octubre de 2018¹⁷ - el régimen sancionatorio aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999 había sido derogado por el régimen sancionatorio introducido por el Decreto 390 de 2016. Incluso, para la referida fecha, ya habían fenecido los plazos otorgados para vigencias en el artículo 675 del Decreto 390 ib. De ahí que la actora resultara sancionada por unas conductas contenidas en unas normas derogadas, transgrediendo así el debido proceso.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad de los actos acusados por violación del debido proceso, al inobservar los principios de legalidad y tipicidad de las sanciones.

A lo anterior se suma que si bien la DIAN indicó que las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones se dieron en vigencia del Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que tampoco aplicó el artículo 520 de dicha normativa -el cual disponía que si antes de que la autoridad aduanera emitiera el correspondiente acto que decidiera de fondo se expediera una «norma que favorezca al interesado», la Administración deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no haya sido invocada- cuyo alcance fue explicado en precedencia. Esto, pues aun cuando la nueva normativa aduanera -Decreto 390 de 2016- no tipificó las conductas por las cuales fue sancionada la

actora, la DIAN insistió en la sanción en vigencia de la nueva regulación de aduanas. No prospera el cargo de apelación

2.2 Precedente Vertical (Tribunales Administrativos):

Se tienen las siguientes:

2.2.1 Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A". PROCESO No.: 1100133340042017-00153-01. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AQUASIA. DEMANDADO DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES UAE- DIAN. ASUNTO: Magistrado Ponente: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

En esta se revisaron hechos con las siguientes datas e infracciones aduaneras:

- Infracción numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.
- Requerimiento Especial Aduanero No. 1714 del 6 de abril de 2016
- Resolución No. 1-03-241-201-644-0-0835 de febrero 26 de 2018, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, impuso a la sociedad **AGENCIA DE ADUANAS AQUASIA SAS** sanción por valor de \$28.930.413 declarando la responsabilidad por la infracción contemplada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.
- Resolución No. 007232 del 26 de septiembre de 2016 la Subdirección de Gestión de Recursos jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica, se resolvió el recurso en el sentido de confirmar la resolución sancionatoria

En dicha Sentencia se indicó:

La Sala observa que en el sub lite la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN impuso sanción a la empresa Agencia de Aduanas AQUASIA SAS por infringir lo dispuesto en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y al respecto, el a quo al analizar la actuación administrativa consideró que el demandante no incurrió en la infracción descrita toda vez que la norma no se encontraba vigente y por el contrario, se debía dar aplicación al principio de favorabilidad

De la revisión del expediente, la Sala encuentra que obran los siguientes documentos relevantes:

- Resolución No. 3386 del 3 de septiembre de 2015 mediante la cual se profiere una liquidación oficial de corrección 5.
- Proceso de fiscalización y liquidación. Informe final en el cual se resumen las actividades realizadas en el desarrollo de la investigación y contiene la conclusión definitiva de los resultados de la auditoría6.
- Requerimiento especial aduanero No. 1714 del 6 de abril de 20167
- Respuesta al requerimiento especial aduanero.
- Recurso de reconsideración.
- Informe de ejecutoria de la Resolución No. 007232 del 26 de septiembre de 2016 mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración.

En el escrito de apelación expone la demandada que el a quo desconoció que para el momento en que se impuso la sanción, el decreto 390 de 2016 no se encontraba vigente por lo que no era procedente la aplicación del principio de favorabilidad y en consecuencia era válida la aplicación la infracción estipulada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

De las normas referenciadas anteriormente, esto es el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y el artículo 2 del decreto 390 de 2016, la Sala establece que este último entro en vigencia el 22 de marzo de 2016, pues fue publicado en el Diario Oficial No. 49.808 del 7 de marzo de 2016.

Ahora bien, como la Resolución No. 007232 del 26 de septiembre de 2016 mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración quedó ejecutoriada el 30 de septiembre de 2016 tal como se puede observar a folio 95 del cuaderno de

antecedentes administrativos, es claro que en el caso concreto se debía dar aplicación al principio de favorabilidad toda vez que dicho principio determina que si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción se expide una norma que favorezca al interesado la autoridad aduanera debe aplicarla oficiosamente.

A pesar de lo anterior, si la entidad hubiese dado aplicación al Decreto 390 de 2016 se evidencia que en el artículo 538 no existe conducta alguna que se asemeje a la descrita en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

Es preciso indicar que si bien es cierto a la demandada le corresponde emitir actos administrativos no hace parte de sus funciones la de reglamentar aspectos propios del régimen sancionatorio y se evidencia entonces que la DIAN desconoció el principio de favorabilidad al dejar de lado que dentro de las infracciones aduaneras descritas en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 no existía ninguna que pudiera asemejarse a la contenida en la imputación inicial, esto es el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el a quo en la cual considera que la DIAN no realizó una interpretación armónica de normas y principios aplicables, razón por la cual dicha autoridad debió dar aplicación al principio de favorabilidad establecido en el Decreto 390 de 2016, ya que, como se precisó en líneas anteriores, si bien la investigación se inició por la presunta infracción del numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, es lo cierto que para la época en que adquirió firmeza el Acto administrativo demandado ya existía una regulación que favorecía al investigado.

2.2.2 Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUB SECCIÓN B. Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024). Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Expediente: No. 11001-33-34-003-2018-00057-01. Actor: COLOMBIA'S SUPPLY S.A.S. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA.

En esta se revisaron hechos con las siguientes datas e infracciones aduaneras:

- Incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo autorizado a la sociedad Colombia's Supply S.A.S., mediante la Declaración de Importación identificada con Autoadhesivo No. 07403260136483 del 15 de julio de 2013 e impuso sanción de multa por valor de un millón cuatrocientos ochenta y siete mil trescientos cinco pesos M/CTE (\$1.478.305).
- Resolución 1-03-241-201-670-12-0388 del 7 de Marzo de 2017 “por medio de la cual se declara el incumplimiento de obligaciones y se ordena hacer efectiva la garantía”.
- Resolución No. 03-236-408-601-0889 del 3 de Agosto de 2017, “por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 1-03-241-201-670-12-0388 del 7 de Marzo de 2017”, expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Bogotá.

En dicha Sentencia se indicó:

...Ahora bien, tal como lo mencionó el a quo, conviene traer a colación que el Decreto 2685 de 1999 quedaría derogado una vez se cumplieran las condiciones establecidas en los artículos 674 y 675 del Decreto 390 de 2016 que determinaron lo siguiente:

...

De conformidad con lo anterior, la vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se produciría quince (15) días comunes después de su publicación, esto es, el 22 de marzo de 2016, el cual señala que los artículos del numeral primero -entre los que no está el régimen sancionatorio dispuesto en los artículos 511 a 549- también entrarían a regir en ese momento. Luego, el numeral segundo supedita la vigencia de sus demás artículos a la reglamentación, para el cual otorgó 180 días; lo cual se efectuó el día 28 de septiembre de 2016 mediante la Resolución 000064 “por la cual se reglamentan unos artículos del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, relacionados

con el control posterior y aspectos procedimentales". Finalmente, el numeral tercero difiere la vigencia de aquellos artículos que requieran de implementación del nuevo sistema informático, que no refiere al régimen sancionatorio.

Así las cosas, la Sala encuentra que la DIAN sancionó a la empresa Colombia's Supply S.A.S. con fundamento en una norma que ya no se encontraba vigente. Esto, por cuanto antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza, es decir, el día 27 de septiembre de 2017 el régimen sancionatorio aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999 había sido derogado por el régimen sancionatorio introducido por el Decreto 390 de 2016.

Considera la Sala que es preciso traer a colación que el Consejo de Estado en un caso de similares características, determinó lo siguiente respecto de la vigencia del Decreto 2685 de 1999 y la aplicación del principio de favorabilidad "Tampoco se advierte que el artículo 675 transcrito hubiere extendido la aplicación de las infracciones atribuidas a la demandante - numerales 2.1 y 2.5 del artículo 485, 2.1 del artículo 482 y 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999-, en las que la demandada fundó la sanción discutida. Y en cuanto a lo señalado por la DIAN en sus intervenciones, relativo a que los actos demandados se fundaron en la sanción 4 del Decreto 349 de 2018 y no en el Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que ese no es el fundamento de los actos acusados, argumento que, por lo demás, resulta contradictorio con lo también manifestado en los escritos de intervención, que refieren a que el Decreto 2685 de 1999 se encontraba en vigor.

En todo caso, se considera que la vigencia de las normas contentivas de las infracciones por las cuales fue sancionada la actora no estaba supeditada a la implementación de ningún sistema informático, argumento, por demás, que no resulta acorde al principio de tipicidad de la conducta.

En ese orden, conforme se encuentra acreditado en el expediente, antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza -esto es, el 10 de octubre de 2018- el régimen sancionatorio aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999 había sido derogado por el régimen sancionatorio introducido por el Decreto 390 de 2016.

Incluso, para la referida fecha, ya habían fenecido los plazos otorgados para vigencias en el artículo 675 del Decreto 390 ib. **De ahí que la actora resultara sancionada por unas conductas contenidas en unas normas derogadas, transgrediendo así el debido proceso.**

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad de los actos acusados por violación del debido proceso, al inobservar los principios de legalidad y tipicidad de las sanciones.

A lo anterior se suma que si bien la DIAN indicó que las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones se dieron en vigencia del Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que tampoco aplicó el artículo 520 de dicha normativa -el cual disponía que si antes de que la autoridad aduanera emitiera el correspondiente acto que decidiera de fondo se expediera una «norma que favorezca al interesado», la Administración deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no haya sido invocada- cuyo alcance fue explicado en precedencia. Esto, pues aun cuando la nueva normativa aduanera -Decreto 390 de 2016- no tipificó las conductas por las cuales fue sancionada la actora, la DIAN insistió en la sanción en vigencia de la nueva regulación de aduanas. No prospera el cargo de apelación. (...) 3. (Se resalta).

De la jurisprudencia antes transcrita se extrae que la DIAN debía, además, dar aplicación al principio de favorabilidad contenido en los artículos 520 del Decreto 2685 de 1999 y 2 del Decreto 390 de 2016 que determinan lo siguiente:

...

En ese sentido, la Sala considera que se debe confirmar la decisión del juez de primera instancia respecto de la declaratoria de nulidad de la sanción impuesta a la empresa Colombia's Supply S.A.S. por cuanto esta fue sancionada bajo un régimen sancionatorio que no se encontraba vigente. Lo anterior, por cuanto como se analizó en precedencia, el Decreto 390 de 2016 ya se encontraba vigente al momento de emitir la decisión de fondo, esto es para el 3 de agosto de 2017, fecha en la cual se

emitió la Resolución Nro. 03-236-408-601-0889 por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la resolución sanción.

2.2.3 Sentencia de Primera Instancia del 18 de Junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. M.P. Robiel Amed Vargas González. Rad: 54-001-23-33-000-2017-00246-00 Demandante: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2. Demandado: U.A.E. – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN). NOTA. Este proceso aún está en segunda instancia en Consejo de Estado bajo No. 54001233300020170024601.

En esta se revisaron hechos con las siguientes datas e infracciones aduaneras:

- División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta, mediante requerimiento especial aduanero 00093 del 29 de abril de 2016, propuso a la División de Gestión de Liquidación de esa misma Seccional, que impusiera la sanción establecida en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999 en razón al decomiso de mercancía al importador (Resolución No. 1191 del 06 de noviembre de 2015, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura)
- División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta avaló la propuesta y expidió la Resolución No. 1302 por medio de la cual impuso la sanción establecida en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999
- 25 de octubre de 2016, la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica del Nivel Central, con sede en Bogotá D.C. profirió la Resolución No. 008203, mediante la cual se confirmó el acto que impuso la sanción numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

En dicha Sentencia se indicó:

Ahora bien, la parte actora ha planteado en la demanda que la DIAN valoró erradamente la aplicación de la norma al caso concreto, incurriendo de tal modo en un error de hecho y de derecho, en cuanto le dio aplicación al numeral 2.6. del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999 siendo esta norma inaplicable para imponer la sanción a la sociedad actora, y por el contrario omitió aplicar el principio de favorabilidad en virtud del cual la norma a aplicar era el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016.

Explica, entonces, que la DIAN omitió darle aplicación al principio de favorabilidad previsto en el artículo 4 de la Ley 1609 de 2013, en virtud del cual la norma aplicar era el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, el cual no trae como causal de infracción administrativa el hacer incurrir al importador en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, como el decomiso de las mercancías, que fue precisamente la situación que la DIAN tuvo en cuenta para imponer la sanción a la sociedad ahora demandante.

Debe recordarse que en el presente caso la DIAN profirió la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, decidiendo imponer a la sociedad Agencia de Aduanas Global Customs Operator SAS, con una multa equivalente a \$335.046.936.00, por incurrir en la infracción consagrada en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por haber hecho incurrir a su mandante (IMPORTMED SAS) en infracciones administrativas aduaneras, como lo fue el decomiso de las mercancías importadas. Contra dicha Resolución la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución No. 08203 del 25 de octubre de 2016.

En este punto es importante resaltar que mucho antes de la expedición de la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, el Gobierno Nacional había proferido el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, mediante el cual se expidió la nueva regulación aduanera del país

Efectivamente, tal como lo plantea la parte actora, en el artículo 538³ se consagran las infracciones de las agencias de aduanas, que dan lugar a la imposición de sanciones, y dentro de las mismas no está prevista la infracción que se regulaba en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999: “2.6 Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas

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

Ahora bien, mediante la ley 1609 del 2 de enero de 2013, se dictaron normas generales a las cuales debía sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas. En el artículo 4 se señala que los decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan, incluyéndose dentro de ellos el principio de favorabilidad

...

En estas circunstancias la Sala encuentra acertada la tesis de la parte accionante, por cuanto efectivamente, la DIAN al expedir los actos demandados omitió dar aplicación al principio de favorabilidad en virtud del cual al momento de imponer la sanción a la sociedad actora debió haber verificado que en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, no se consagraba la infracción administrativa que dio lugar a la multa impuesta.

Esta violación de las normas referidas, por falta de aplicación, constituye una causal de anulación de los actos acusados, sin que sea óbice para ello que la parte actora lo haya planteado como una falsa motivación, puesto que evidentemente se trató fue de una vulneración de las normas superiores por falta de aplicación.

Ahora bien, la DIAN ha sostenido en el proceso como argumento central de la defensa, que la normatividad aplicada a la investigación administrativa aduanera inmersa en el expediente AA-2015-2016-01777, esto es, el artículo 486, numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, se encontraba vigente y, por tanto, su defendida no incurrió en la indebida aplicación y violación del principio de legalidad. Además, por cuanto para la fecha de imposición de la sanción no se encontraba vigente el artículo 583 del Decreto 390 de 2016, ya que requería de reglamentación por parte de la DIAN, conforme lo previsto en el artículo 674 del mismo Decreto 390.

A este respecto, la Sala considera que, aun cuando fuera totalmente cierto que para la fecha en que quedó en firme la sanción, esto es, el 25 de octubre de 2016, todavía se encontraba vigente el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, y específicamente el numeral 2.6., igualmente se presenta la causal de vulneración de las normas citadas por falta de aplicación, por cuanto para esa fecha también estaba vigente el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, y ante la existencia de dos normas vigentes el deber de la autoridad aduanera era darle aplicación a la norma más favorable para el contribuyente, tal como se previó en el artículo 4 de la ley 1609 de 2013 y en el artículo 2º del Decreto 390 de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima que el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, sí estaba plenamente vigente para el momento de la imposición de la sanción, -27 de junio de 2016-, y a fortiori para el día de la firmeza de la misma, esto es, para el 25 de octubre de 2016, cuando fue resuelto el recurso de reconsideración por parte la Oficina Jurídica de la Seccional Bogotá de la DIAN.

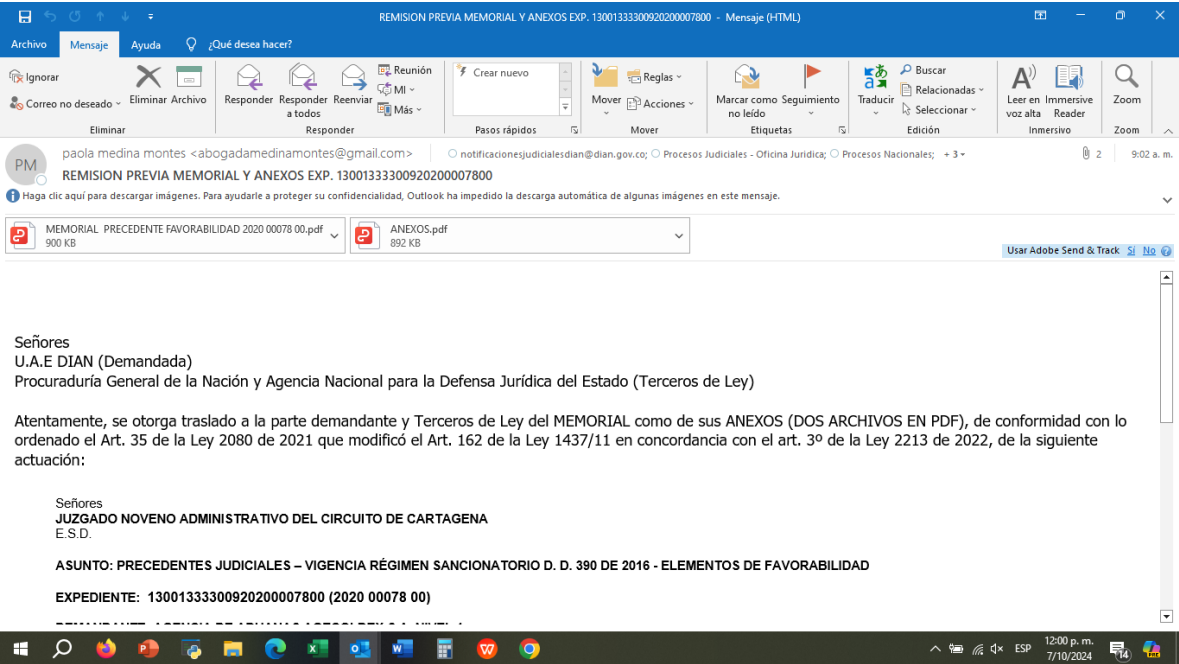
En los precedentes en cuestión no solo se evidencia que el D. 390/16 es más favorable que el Decreto 2685 de 1999, sino también que: i) el régimen sancionatorio del D. 390/16 sí entró a regir, e, ii) Incluso, se aportan sentencias (de segunda y primera instancia), aplicando dicha favorabilidad y dejando sin efecto -declara nulidad- de actos administrativos que impusieron a agencias de aduanas la infracción administrativa del Num. 2.6 del Art. 485 del E.A. en virtud de favorabilidad del D. 390/16.

A efectos de lo aquí indicado se anexa:

1. Sentencia de segunda instancia con fecha del 4/agosto/2022 del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicación: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999). Demandante: AGENCIA DE ADUANAS SOCIEDAD DE TRÁMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR NIVEL 2 – SOTRAEX SA. Demandado: DIAN, y su Aclaración de Sentencia del 15 de Septiembre de 2022.

2. Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN “A”. PROCESO No.: 1100133340042017-00153-01. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AQUASIA. DEMANDADO DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES UAE- DIAN. ASUNTO: Magistrado Ponente: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
3. Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUB SECCIÓN B. Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024). Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Expediente: No. 11001-33-34-003-2018-00057-01. Actor: COLOMBIA’S SUPPLY S.A.S. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA. Tema: Modifica la sentencia de primera instancia
4. Sentencia de Primera Instancia del 18 de Junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. M.P. Robiel Amed Vargas González. Rad: 54-001-23-33-000-2017-00246-00 Demandante: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2. Demandado: U.A.E. – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)

Se precisa al Despacho que del presente memorial y sus anexos se remitió copia a la U.A.E DIAN y los terceros de ley conforme lo ordenado por el C.P.A.C.A. y el C.G.P.



Del Señor Juez,

Atentamente,


PAOLA ANDREA MEDINA MONTES
C.C. 31.571.738
T.P. No. 121.936 del C.S. de la J.

Apoderada Especial Parte Demandante

Anexo. Lo enunciado