

proceso No 13001333301420200002100

Carlos Alberto Hernandez Varela <carlosahernandezvarela@gmail.com>

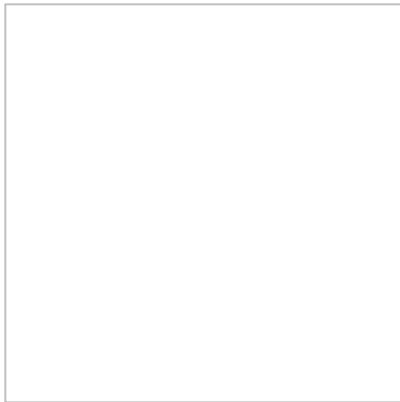
Mié 02/09/2020 8:55

Para: Juzgado 14 Administrativo - Bolivar - Cartagena <admin14cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (1 MB)

escrito subsanando.pdf; RESOLUCION NUMERO # 006282 - NUTRISTAR.pdf;

Buen dia.



Carlos Hernandez Varela
Abogado | Conciliador | Especialista en Derecho
Administrativo y Derecho penal.
carlosahernandezvarela@gmail.com
Tel: [\(+57\) 300 286 6978](tel:+573002866978)
Centro avenida Carlos Escallon, No 8-85,
Edificio Banco Santander Oficina 205 A.
Cartagena de indias, Colombia
www.dyhabogados.com.co

©2018. Antes de imprimir, piensa bien si es necesario. Si ha recibido este correo por equivocación bórralo de su bandeja de entrada. Para información adicional puede escribirnos a carlosahernandezvarela@gmail.com

Cartagena de indias D.T. y C, 02 de Septiembre de 2020.

Señor:

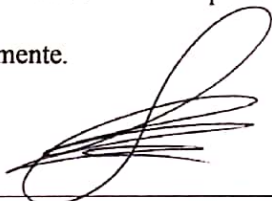
**JUEZ DECIMO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
CARTAGENA.**

REFERENCIA: Proceso Nulidad y restablecimiento del derecho No
13001333301420200002100

CARLOS ALBERTO HERNANDEZ VARELA, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía No 73.189.469 de Cartagena, portador de la tarjeta profesional No 171.451 del C.S.J., domiciliado y residenciado en Cartagena, en mi calidad de abogado de la agencia de Aduanas GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S, Nivel 2, en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en el auto de sustanciación No INT-C -209/2020 , se envía copia de la resolución No 006282 del 28 de Agosto de 2019, para que haga parte integral del expediente de la demanda.

Agradeciendo la atención prestada.

Atentamente.



CARLOS ALBERTO HERNANDEZ VARELA.

C.C. No 73.189.469 de Cartagena

T.P No 171.451 del C.S.J.

Espacio reservado para la DIAN

4. Número de formulario

MENSAJERIA EXPRESA

BOGOTA, Miércoles 28 de Agosto de 2019

Señor(es)

AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS NIVEL 2,

NIT/CC. 807000355

AC 24 95 A 80 OF 404 ED COLFECAR BUSINESS CENTER ETAPA I

BOGOTA

DIAN No. Radicado 00082019021469
Fecha 2019-08-28 01:04:54 PM
Remite Sede NIVEL CENTRAL
Depen COO NOTIFICACIONES
Destinatario AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS
Folios 12 Anexos 0



REF. Acto Administrativo No.601 - 6282 del 26 de Agosto de 2019

Cordial Saludo:

En cumplimiento del ó Ley y para surtir la notificación por correo del acto administrativo de la referencia, atentamente me permito anexar copia del mismo.

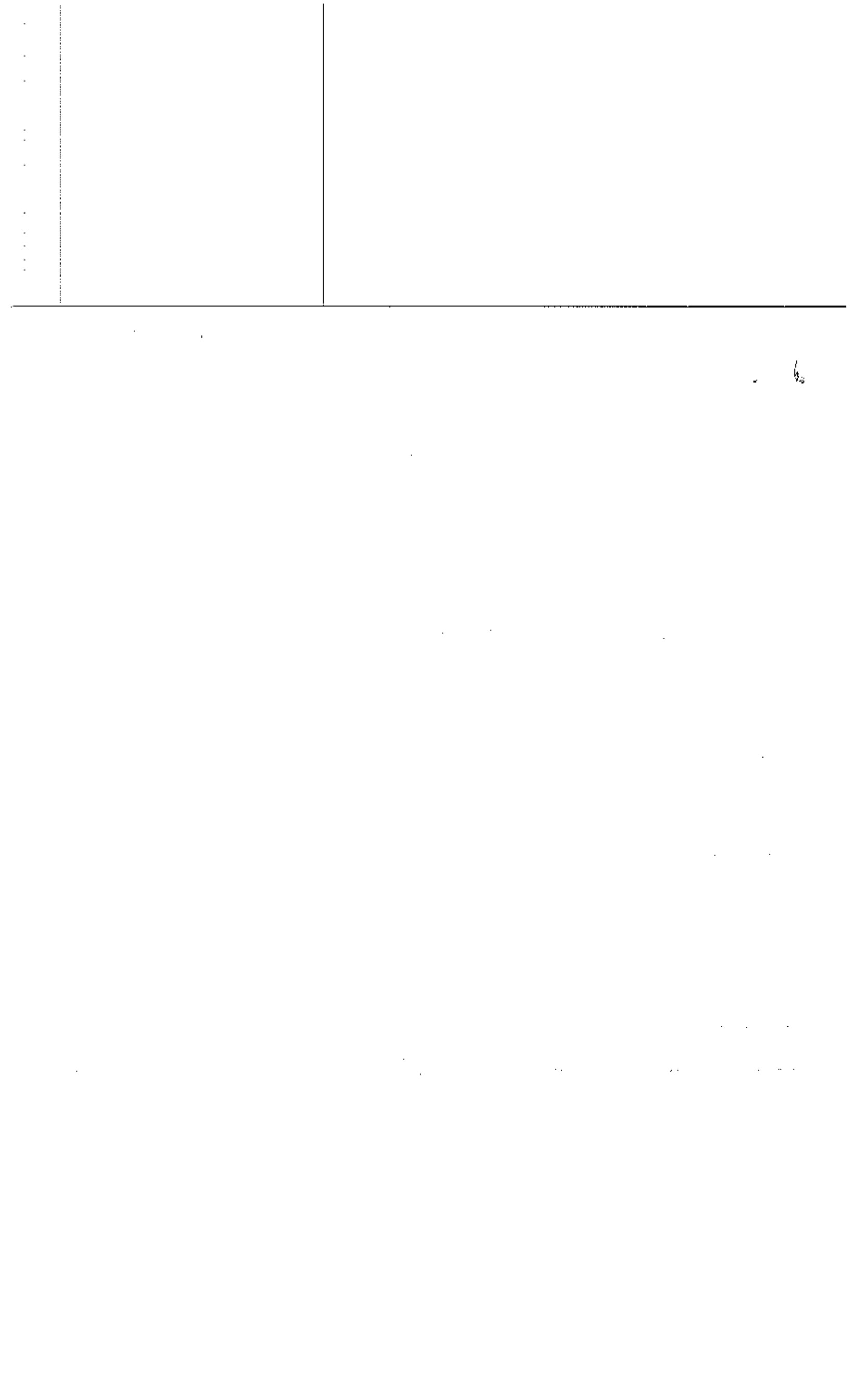
Debe precisarse que contra la decisión contemplada en el acto antes mencionado procede recurso de : o no procede recurso alguno (verificar con el acto).

Hasta otra oportunidad,

XIMENA ALEXANDRA MARTÍNEZ TOBO
FUNCIONARIO NOTIFICADOR

Anexo lo anunciado en 11 folios.

Proyectó : XIMENA M.



RESOLUCIÓN NÚMERO: 006282
(26 AGO 2019)

POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN

EXPEDIENTE: RV-2016-2018-5202
DIRECCIÓN SECCIONAL: ADUANAS DE BOGOTÁ
TEMA: LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN
AUTO DE APERTURA: 134-5202 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2018
ACTO IMPUGNADO: RESOLUCIÓN nro. 1-03-241-201-640-0-001485 DE 29 DE MARZO DE 2019

RECURSO 1

RADICACIÓN Y FECHA: 003E2019018333 DE 26 DE ABRIL DE 2019
IMPORTADOR: NUTRISTAR S.A.S.
NIT: 900.341.859-7
REPRESENTANTE LEGAL: JIMMY JAVIER JEREZ RAMÍREZ
IDENTIFICACIÓN: C.C. 79'900.661 DE BOGOTÁ

RECURSO 2

RADICACIÓN Y FECHA: 003E2019018709 DE 29 DE ABRIL DE 2019
DECLARANTE AUTORIZADO: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS
OPERATOR S.A.S. NIVEL 2
NIT: 807.000.355-7
REPRESENTANTE LEGAL: ALEYDA OVIEDO RODRÍGUEZ
IDENTIFICACIÓN: C.C. 65'741.084 DE BOGOTÁ

RESPONSABLE SUBSIDIARIO: GUSTAVO ADOLFO ROJAS QUINTERO
IDENTIFICACIÓN: C.C. 13'509.058

COMPAÑÍA ASEGURADORA: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.
CONFIANZA S.A.
NIT: 860.070.374-9

LIQUIDACIÓN OFICIAL: Declaración de Importación nro. 07500310012945
IMPORTADOR:

ARANCEL: \$280.328.000
IVA: \$ 14.016.000
SANCIÓN: \$ 29.434.000
VALOR TOTAL: \$323.778.000

AGENCIA DE ADUANAS:

SANCIÓN: \$ 64.756.000
VALOR TOTAL: \$ 64.756.000

VALOR TOTAL ACTO: \$388.534.000

CUANTÍA RECURRIDA: \$388.534.000
CUANTÍA ACEPTADA: \$ -0-
CUANTÍA CONFIRMADA: \$388.534.000

**EL SUBDIRECTOR DE GESTIÓN DE RECURSOS JURÍDICOS
DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN JURÍDICA**

En uso de las facultades legales y en especial las dispuestas en los artículos 21 y 40 del Decreto 4048 de 22 de octubre de 2008, la Resolución nro. 004997 de 10 de julio de 2019 del Director General y el Acta de Posesión nro. 000427 de 22 de julio de 2019, con fundamento en los siguientes:

Arbitral 30-08-19

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2018-2018-5202.

PRESUPUESTOS PROCESALES

De conformidad con los requisitos previstos en el artículo 604 del Decreto 390 de 2016, modificado por el artículo 164 del Decreto 349 de 2018 y en los artículos 45 y 46 de la Resolución nro. 00064 de 2016 de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos encuentra que se acreditó la totalidad de los requisitos para la admisión de los recursos de reconsideración interpuestos por el importador NUTRISTAR S.A.S y la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 – GLOBALCO S.A.S.

En atención a los cambios normativos realizados por el Gobierno Nacional a la regulación aduanera, este procedimiento administrativo se culminará aplicando las normas vigentes al momento de su inicio, como lo estipula el artículo 771 del Decreto 1165 de 2 de julio de 2019, publicado en el Diario Oficial nro. 51.002 de 2 de julio 2019:

«ARTÍCULO 771. TRANSITORIO PARA LOS PROCESOS DE FISCALIZACIÓN. Los procesos administrativos en curso se regirán por las normas vigentes al tiempo de su iniciación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 del 2012. En consecuencia, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por la norma vigente cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, o comenzaron a surtir las notificaciones...» (Subraya el Despacho)

ANTECEDENTES

1. El 19 de abril de 2016, el declarante autorizado AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 NIT 807.000.355-7, presentó a nombre de la sociedad NUTRISTAR S.A.S. NIT 900.341.859-7, entre otras, la declaración de importación identificada con adhesivo nro. 07500310012945 de 19 de abril de 2016, que ampara mercancía descrita como «...PREPARACIONES DE LOS TIPOS UTILIZADOS PARA LA ALIMENTACIÓN DE LOS ANIMALES; LAS DEMAS: PREMEZCLAS...PRODUCTO: MONELLO PREMIUM FILHOTES, SUPLEMENTO ALIMENTICIO PARA CACHORROS LACTANTES Y COMO ALIMENTO COMPLETO A PARTIR DEL DESTETE PARA CACHORROS DE TODAS LAS RAZAS...» y que fue clasificada por la subpartida arancelaria 2309.90.20.00, liquidando un IVA del cinco por ciento (5%) y un arancel del diez por ciento (10%). (fols. 6 a 7)
2. El 27 de noviembre de 2018, mediante Apoyo Técnico de clasificación arancelaria nro. 1-03-201-245-0259-A, la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá estableció que «...las mercancía amparadas en la Declaración de Importación No. 07500310012945 del 19-04-2016 (sic), determinadas como Preparaciones de los tipos utilizadas para alimentos para animales (perros y gatos), acondicionadas para la venta al por menor, deben ser clasificadas arancelariamente en la subpartida 2309.10.90.00, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, del arancel de aduanas, contenido en el Decreto 4927 de 2011 y sus modificaciones.»-subraya el original-. (fols. 58 a 74)
3. Para la fecha de presentación de la declaración de importación investigada, esto es, el 19 de abril de 2016, se encontraba vigente la Circular nro. 12757000002398 de la Dirección de Aduanas de la DIAN, informando a los «Funcionarios de la DIAN, Importadores y demás usuarios de Comercio Exterior»-se resalta-, que «En cumplimiento de las disposiciones del Sistema Andino de las Franjas de Precios Agropecuarios (SAFP), según las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las Resoluciones emanadas de la Junta de la Comunidad Andina y demás normatividad vigente...los Aranceles Totales para los productos marcadores, sus sustitutos, productos agroindustriales o subproductos señalados en dichas Normas», para la

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

subpartida 2309.10.90.00 era del setenta por ciento (70%) del Arancel Total. (fols. 79 y vuelto)

4. El 10 de diciembre de 2018, mediante Auto nro. 134-5202, la División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, abrió el expediente nro. RV-2016-2018-5202 a nombre de la sociedad NUTRISTAR S.A.S. a fin de adelantar el proceso correspondiente. (fol. 75)
5. El 14 de diciembre de 2018, mediante Requerimiento Especial Aduanero nro. 01-03-238-419-435-8-0004814, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, propuso formular Liquidación Oficial de Revisión, por error en la subpartida arancelaria de la mercancía amparada con la declaración de importación identificada con adhesivo nro. 07500310012945 de 19 de abril de 2016 y sancionar al declarante AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2. Dicho acto administrativo fue notificado a los interesados, NUTRISTAR S.A.S., AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. y al Responsable Subsidiario de dicha Agencia de Aduanas. (fols. 124 a 129 y 130 a 134 vuelto)
6. El 28 de diciembre de 2018, con escrito radicado nro. 003E2018056614, la señora ALEYDA OVIEDO RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía nro. 65.741.084, en calidad de representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, presentó respuesta al citado Requerimiento Especial Aduanero. (fols. 91 a 120)
7. El 15 de enero de 2019, con escrito radicado nro. 003E2019002093, el doctor CAMILO ANDRÉS VARGAS RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'956.566 de Bogotá y tarjeta profesional nro. 131.473 del C.S.J., en calidad de apoderado especial de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., presentó respuesta al citado Requerimiento Especial Aduanero. (fols. 136 a 139 y 140 a 142)
8. El 29 de marzo de 2019, mediante Resolución nro. 1-03-241-201-640-0-001485, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, en virtud de lo dispuesto en el artículo 580 del Decreto 390 de 2016, en concordancia con el artículo 588 ibídem, profirió Liquidación Oficial de Revisión, por error en la subpartida arancelaria, sobre la declaración de importación identificada con adhesivo nro. 07500310012945 de 19 de abril de 2016, por un total de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE. (\$388'534.000), correspondiente a la sumatoria de la diferencia de los derechos e impuestos a la importación dejados de cancelar más la sanción correspondiente; igualmente sancionó al declarante AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, en la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE. (\$64'756.000), equivalente al veinte por ciento (20%) del mayor valor a pagar incluida la sanción establecida por la infracción aduanera dispuesta en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y ordenó la efectividad proporcional de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales nro. 31-DL016425, certificados 31 DL030675 de 21 de junio de 2018 y 31 DL030754 de 23 de julio de 2018, expedida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. a favor del declarante sancionado. Dicho acto administrativo fue notificado a la sociedad importadora NUTRISTAR S.A.S., a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, a su representante legal y al apoderado de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. (fols. 145 a 161 vuelto y 162 a 167 vuelto)
9. El 26 de abril de 2019, con escrito radicado nro. 003E20190118333, el señor JIMMY JAVIER JEREZ RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79.900.661 de Bogotá, representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S., radicó ante el Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, recurso de reconsideración, contra la Liquidación Oficial de Revisión en mención. (fols. 201 a 209).

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

10. El 29 de abril de 2019, con escrito radicado nro. 003E2019018709, la representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, radicó ante el Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, recurso de reconsideración, contra la Liquidación Oficial de Revisión referida. (fols. 168 a 198)

11. El 8 de mayo de 2019, la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, mediante Planilla nro. 57660, recibió el expediente y recursos de reconsideración en referencia, para su conocimiento por competencia. (fol. 220)

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

I. DE LA SOCIEDAD IMPORTADORA NUTRISTAR S.A.S.

El representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S., inicia su argumentación presentando un resumen de los hechos ya relacionados y concluyendo que «La sociedad NUTRISTAR SAS no cuenta con el capital suficiente para atender esta obligación que por falta de una debida asesoría técnica por parte de la agencia de aduanas AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS llevo a que hoy la sociedad NUTRISTAR SAS sea sancionada.»

Solicita la revocatoria del acto impugnado «Por no ser la división de Gestión y Fiscalización (sic) de la seccional de Bogotá la dependencia competente para establecer la correcta clasificación arancelaria, se genera NULIDAD de todo lo actuado dentro de la liquidación oficial de corrección...»

Manifiesta que el acto impugnado «...se encuentra viciado de falsa motivación por aplicación indebida de la norma arancelaria, pues se pretende aplicar de manera retroactiva a las importaciones del año 2016, la reforma señalada por el decreto 519 de 2018, que eliminó la subpartida arancelaria 2309.10.10.00...»

Igualmente acusa de falsa motivación el acto «al pretender clasificar la mercancía desconociendo la clasificación arancelaria oficial de la resolución 0017763 del 28 de febrero de 2018, y se comete error de derecho al señalar una tarifa de arancel y de IVA que no es aplicable...»

Se refiere al artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo «...cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho y cuando se cumpla la condición resolutoria a la que se encuentre sometida...Este es la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo aplicable para el caso de los oficios de apoyo técnico, tanto del oficio de la DIAN Cartagena como los oficios de la DIAN de Bogotá, que se oponen a la clasificación obligatoria de la resolución 0017763 (sic) del 28 de Febrero de 2018...teniendo en cuenta que existe una clasificación arancelaria oficial obligatoria vigente, esto genera el decaimiento o pérdida de fuerza a las actuaciones que sean contrarias, tanto los oficios de apoyo técnico, el requerimiento especial aduanero y la resolución de liquidación...»

«FUNDAMENTOS DE DERECHO»

Transcribe el artículo 33 del Decreto 390 de 2016 sobre «OBLIGADOS ADUANEROS» y afirma que «la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS es el obligado aduanero derivado de la relación comercial con la sociedad NUTRISTAR SAS y por lo tanto deben ser llamados (sic) a responder por las sanciones impuestas a la sociedad NUTRISTAR SAS.»

En los mismos términos se refiere al artículo 10 del Decreto 2883 de 2008, por lo que, reitera, «se deben (sic) condenar a la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS toda vez que era la sociedad que firmó todas las declaraciones de importación durante noviembre de 2015 y Octubre de 2017 en calidad de Agente aduanero.»

Igual referencia al artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, que define las agencias de aduanas y su finalidad, para concluir que «...es la agencia de aduanas quien ha de responder

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

por su omisión en la debida clasificación de la subpartida arancelaria. Dicha responsabilidad ha de consistir en el pago total de la obligación eximiendo de esta manera de toda responsabilidad a la sociedad NUTRISTAR SAS.»

Insiste con el artículo 17 del Decreto 390 de 2016 sobre «OBLIGACION ADUANERA» en que «en virtud del vínculo jurídico que existió AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS con la sociedad NUTRISTAR SAS los primeros deben ser obligados al pago de las sanciones e intereses que le fueron impuestas a la sociedad NUTRISTAR SAS.»

Citando el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, infracción aduanera de las agencias de aduanas, solicita «que se excluya a la sociedad NUTRISTAR (sic) del acto administrativo en mención, toda vez que quien debe ser llamada a responde (sic) es la agencia de aduanas que se contrato...»

II. DE LA AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2

Refiriéndose a los antecedentes del proceso, la representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, insiste en la aplicación del principio de favorabilidad respecto de la vigencia del régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016, interpretado doctrinariamente por la DIAN mediante oficio 004199 de 20 de febrero de 2017 y que, en su criterio, sustentan los siguientes «MOTIVOS DE INCONFORMIDAD».

1. «ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA POR HABER SIDO DEROGADA POR EL DECRETO 390 DE 2016 CONSAGRATORIO DE UN NUEVO RÉGIMEN SANCIONATORIO Y FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO VIGENTE NO CONSAGRA LA SANCIÓN PROPUESTA. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD»

Acusa el acto impugnado de «falsa y errónea motivación ya que la conducta típica fue retirada del nuevo régimen sancionatorio aduanero (Decreto 390 de 2016), antes de la ejecutoria del acto que imponga la sanción.»

Afirma que el tipo infraccionario dispuesto en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 «fue derogado por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, una vez cumplido lo dispuesto por los artículos 674 y 675.»

Reitera al respecto que, no es alegable por parte de la DIAN, que el régimen sancionatorio consagrado en el citado artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 se encuentre vigente «POR AUSENCIA DE REGLAMENTACIÓN...en la medida que la derogatoria de conductas típicas no requiere de reglamento para su aplicación...MÁS AÚN CUANDO EN LA NUEVA NORMA LA CONDUCTA ES INEXISTENTE; ESTO ES, CUANDO ES IMPOSIBLE DE REGLAMENTAR LO INEXISTENTE, lo que convierte este principio en una falacia, en un absurdo desde la más elemental lógica...al revisar minuciosamente el texto del Decreto 390 de 2016, se verifica que no existe disposición expresa que consagre sanción por la conducta de "Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones(...) o la liquidación de mayores tributos aduaneros"...en el evento de imponer sanción se produciría violación al artículo 29 Constitucional por ilegalidad manifiesta.»

Transcribe apartes del Concepto Jurídico DIAN nro. 089 de 2001 sobre el principio de favorabilidad e insiste en que «el mandato legal es expreso al disponer que su aplicación es forzosa, de manera oficiosa, y su no aplicación constituye la comisión de una presunta falta disciplinaria.»

Relaciona los principios generales consagrados en el artículo 2º del Decreto 390 de 2016 como fundamento de su alegación.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

2. «FALSA MOTIVACIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO»

Refiriéndose a los artículos 526, 527 y 538 del Decreto 390 de 2016, sobre infracciones de los operadores de comercio exterior y en especial de las agencias de aduanas, concluye que «...tampoco se encuentra la imputada en esta situación concreta. Aunque aumentó de 28 a 37 las conductas típicas; es muy claro que no tipificó la conducta acá imputada.»

En desacuerdo con la interpretación oficial de la DIAN, plantea lo que, en su criterio, se debe entender frente a la vigencia del Decreto 390 de 2016, insistiendo en que «la entrada en vigencia acaeció una vez expedido el Decreto 390 de 2016, por la potísima razón de que nada hay que reglamentar para su aplicación, ya que, inclusive, el procedimiento de aplicación de sanciones no ha tenido interrupciones...para su eficaz aplicación no dependen de reglamento...»

Transcribe los principios generales establecidos en el artículo 4º de la Ley 1609 de 2013 (Ley Marco de Aduanas) y el parágrafo 2º del artículo segundo ibídem, artículo 2º del Decreto 390 de 2016, sobre la aplicación del principio de favorabilidad, para concluir que «se encuentra vigente desde la entrada en vigencia del citado decreto, por la disposición expresa en comentario...causa perplejidad el hecho de que hasta la fecha el régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 no se esté aplicando, como sucede en este caso concreto en el que se propone aplicar retroactivamente una norma ahora no vigente.»

A renglón seguido presenta lo que, en su criterio, es la aplicación escalonada establecida en el artículo 674 del Decreto 390 de 2016 e insiste en que «las normas punitivas para su aplicación no dependen de los sistemas informáticos.»

Igualmente se refiere a los que considera alcances de la reglamentación desarrollada mediante las resoluciones DIAN 0064 y 0072 de 2016 y reitera que en el tema sancionatorio no hay nada que reglamentar por lo que «el principio de favorabilidad aplica de manera inmediata...en materia sancionatoria, las normas que tipifican conductas nuevas, sustituyen las previas, las aligeran, derogan o subrogan, son de aplicación inmediata...han transcurrido dos años y la DIAN no se ha pronunciado ni siquiera en el sentido de indicar cuáles normas de su reglamento anterior continúan vigentes como lo ordenó el artículo 674-2 del Decreto 390 de 2016»

Como conclusión del alegato, insiste en la «falsa y errónea motivación y violación de las siguientes normas...Ley 1609 de 2013...artículos 520 del Decreto 2685 de 1999 y 2b del Decreto 390 de 2016,...numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por indebida aplicación y violación al principio de legalidad...artículo 538 del Decreto 390 de 2016 por falta de aplicación... artículo 555 del Decreto 390 de 2016 (entró en vigencia de manera inmediata) por violación directa al no aplicar los principios que este ordena...artículo 30 del Código Civil por cuanto esta propuesta de sanción adolece de falta de interpretación armónica de las normas aplicables...violación de los artículos 6, 29, y 83 de la Constitución Política y de los artículos del CPACA...»

Finalmente solicita la revocatoria del acto recurrido «por ser manifiestamente contrario a la C.P., la Ley y el reglamento aduanero; y por causar un agravio injustificado en términos económicos y morales a la compañía AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 – GLOBALCO SAS.»

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

SUJETOS PROCESALES QUE NO RECURRIERON Y ASPECTOS NO RECURRIDOS

Para garantizar el debido proceso, tanto para la Administración como para los demás sujetos procesales intervinientes en esta investigación se deja constancia que se abstuvieron de presentar recurso reconsideración, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA, quien fue vinculada como garante de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 – GLOBALCO S.A.S., y el señor GUSTAVO ADOLFO ROJAS QUINTERO, vinculado como representante legal y

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

responsable subsidiario de la misma agencia para la época de los hechos, por lo que no agotaron la Sede Administrativa con las consecuencias legales que ello acarrea.

Por otro lado, la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 – GLOBALCO S.A.S., no agotó sede administrativa respecto al asunto técnico de fondo, esto es, la subpartida arancelaria que la administración determinó en el acto administrativo recurrido y su responsabilidad por esa causa en la conducta de haber hecho incurrir al importador en sanción y mayores tributos aduaneros. Planteado lo anterior, procede el despacho a resolver los recursos de reconsideración interpuestos.

FIJACIÓN DE LA CONTROVERSIA.

Los recurrentes consideran que no hay lugar a expedir liquidación oficial de revisión respecto de la declaración de importación nro. 07500310012945 de 15 de abril de 2016, que ampara mercancía descrita como «...PREPARACIONES DE LOS TIPOS UTILIZADOS PARA LA ALIMENTACIÓN DE LOS ANIMALES; LAS DEMAS: PREMEZCLAS...PRODUCTO: MONELLO PREMIUM FILHOTES, SUPLEMENTO ALIMENTICIO PARA CACHORROS LACTANTES Y COMO ALIMENTO COMPLETO A PARTIR DEL DESTETE PARA CACHORROS DE TODAS LAS RAZAS...», porque esta mercancía fue clasificada correctamente por la subpartida arancelaria 2309.90.20.00, liquidando un IVA del cinco por ciento (5%) un arancel del diez por ciento (10%).

Por su parte la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá estima que es procedente la liquidación oficial porque las mercancías importadas son «Preparaciones de los tipos utilizadas para alimentos para animales (perros y gatos), acondicionadas para la venta al por menor...», y deben ser clasificadas arancelariamente en la subpartida **2309.10.90.00**, pagando un IVA del cinco por ciento (5%) y un arancel del setenta por ciento (70%) del Arancel Total, según lo señalado en la Circular nro. 12757000002398 de la Dirección de Aduanas de la DIAN, vigente en la fecha de presentación de la declaración de importación investigada.

Problemas jurídicos

De los motivos de inconformidad presentados por los recurrentes, los problemas jurídicos a resolver por este despacho consisten en:

1. Establecer si la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá tenía competencia para establecer la correcta clasificación arancelaria de los productos importados por NUTRISTAR, amparados con la declaración de importación con adhesivo nro. 07500310012945 de 15 de abril de 2016.
2. Verificar si la resolución impugnada se encuentra falsamente motivada.
3. Determinar si la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, es sujeto pasivo de la sanción a que se refiere el artículo 580 del Decreto 390 de 2016 y los artículos 482, num. 2.2 y 485, num. 2.6 del Decreto 2585 de 1999.
4. Establecer si en el presente caso es aplicable el principio de favorabilidad respecto del artículo 538 del Decreto 390 de 2016.

Corresponde precisar lo dispuesto en el artículo 771 del Decreto 1165 de 2 de julio de 2019 «Por el cual se dictan disposiciones relativas al Régimen de Aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013», publicado en el Diario Oficial No. 51.002 de 2 de julio 2019:

«ARTÍCULO 771. TRANSITORIO PARA LOS PROCESOS DE FISCALIZACIÓN. Los procesos administrativos en curso se regirán por las normas vigentes al tiempo de su iniciación, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 del 2012. En consecuencia, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN», Acto impugnado: Resolución No. 1-03-201-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019, Expediente: RA-2016-2018-5202.

comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por la norma vigente cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, o comenzaron a surtir las notificaciones...» (Subraya el Despacho)

I. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO PARA LAS INCONFORMIDADES PRESENTADAS POR EL IMPORTADOR NUTRISTAR S.A.S.

Capital y Asesoría

El recurrente manifiesta que: «La sociedad NUTRISTAR SAS no cuenta con el capital suficiente para atender esta obligación que por falta de una debida asesoría técnica por parte de la agencia de aduanas AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS llevo a que hoy la sociedad NUTRISTAR SAS sea sancionada». Al respecto este despacho le informa que el cobro de las obligaciones como las que nos ocupan es de resorte de las áreas de cobranzas de esta Entidad y por tanto, será en esa instancia en donde, si se llegare el caso, se discuta la falta de capital para saldar esta obligación.

Por otro lado, la falta de asesoría técnica y profesional que le brindó la AGENCIA DE ADUANAS GLOBALCO S.A.S. a su representada dio origen a la sanción conforme al numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999. Esto es, por haber hecho incurrir a la sociedad importadora NUTRISTAR S.A.S. en errores que conlleven a la expedición de liquidación oficial de mayores tributos aduaneros y la sanción de inexactitud correspondiente.

Competencia.

No obstante que las nulidades procesales propiamente dichas no son materia de decisión en ésta instancia administrativa, se refiere el Despacho a la presunta nulidad del acto impugnado alegada por el recurrente «Por no ser la división de Gestión y Fiscalización (sic) de la seccional de Bogotá la dependencia competente para establecer la correcta clasificación arancelaria...»

Al respecto se precisa que dicho argumento no corresponde con la realidad fáctica y jurídica acreditada en el expediente en evaluación, en tanto que, no fue la División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá la dependencia que determinó la clasificación arancelaria de la mercancía amparada con la declaración de importación identificada con adhesivo nro. 07500310012945 de 19 de abril de 2016, objeto de investigación.

Claramente fue la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, la dependencia que, en uso de las facultades señaladas en los numerales 16 y 17 del artículo 11 de la Resolución 0009 del 4 de noviembre de 2008, en armonía con lo dispuesto en los artículos 149 y siguientes del Decreto 390 de 2016, determinó oficialmente mediante Apoyo Técnico de clasificación arancelaria nro. 1-03-201-245-0259-A de 27 de noviembre de 2018, que «...las mercancía amparadas en la Declaración de Importación No. 07500310012945 del 19/04/2015, determinadas como Preparaciones de los tipos utilizadas para alimentos para animales (perros y gatos), acondicionadas para la venta al por menor, deben ser clasificadas arancelariamente en la subpartida 2309.10.90.00, en aplicación de las Reglas Generales de Interpretación 1 y 6, del arancel de aduanas, contenido en el Decreto 4927 de 2011 y sus modificaciones.»-subraya el original-. (fols. 58 a 74)

De otra parte, la actuación que le correspondió adelantar a la División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá es la que por competencia le asiste, en atención a lo previsto en el numeral 1º del artículo 46 y artículo 47 del Decreto 4048 de 2008, artículos 486 a 488, 491, 500, 501 y 582 a 586 del Decreto 390 de 2016, artículos 66 y 113 de la Resolución 0011 de 2008, numeral 7.2 del artículo 1º de la Resolución 007 de 2008, artículo 4º de la Resolución 009 de 2008 y demás normas complementarias que le asignan dicha competencia para «Adelantar las investigaciones y

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN», Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-840-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2018-2018-5202.

ejecutar todos los actos previos y preparatorios para la determinación de los Impuestos de competencia de la DIAN....»

Son competencias y funciones muy bien diferenciadas en la legislación aduanera vigente y que responden con claridad a la pretendida nulidad del acto recurrido «Por no ser la división de Gestión y Fiscalización (sic) de la seccional de Bogotá la dependencia competente para establecer la correcta clasificación arancelaria...»

De conformidad con lo anterior, y habiendo determinado que no fue la división de Gestión y Fiscalización de la seccional de Bogotá la dependencia competente para establecer la correcta clasificación arancelaria, esta inconformidad no prospera.

Falsa motivación.

Respecto de la supuesta falsa motivación del acto impugnado «...por aplicación indebida de la norma arancelaria, pues se pretende aplicar de manera retroactiva a las importaciones del año 2016, la reforma señalada por el decreto 519 de 2018, que eliminó la subpartida arancelaria 2309.10.10.00...» y por «pretender clasificar la mercancía desconociendo la clasificación arancelaria oficial de la resolución 0017763 (sic) del 28 de Febrero de 2018, y se comete error de derecho al señalar una tarifa de arancel y de IVA que no es aplicable...» que manifiesta el recurrente, se considera:

Para responder inquietudes que en igual sentido, en su momento, presentó la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, mediante Oficio nro. 100227342-110-357-782 de 7 de diciembre de 2018, la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, dependencia competente para «Asesorar a la Entidad y demás Instituciones del Estado en la definición y aplicación de políticas y normas en materia de nomenclatura arancelaria» y en especial, la de «interpretar y absolver consultas relacionadas con la nomenclatura arancelaria» (Numerales 2º y 5º del artículo 42 de la Resolución DIAN nro. 0011 de 2008), precisó:

«...me permito aclarar que la subpartida 2309.10 de la nomenclatura del Sistema Armonizado no ha tenido cambios en los años objeto de su interés, no obstante, la nomenclatura NANDINA, y por tanto el Arancel de Aduanas de Colombia, ha tenido las siguientes modificaciones:

Nomenclatura vigente del 01 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016, establecida por el Decreto 4927 de 2011:

Código	Designación de la Mercancía
2309.10	- Alimentos para perros o gatos, acondicionados para la venta al por menor
2309.10.10.00	- - Presentados en latas herméticas
2309.10.90.00	- - Los demás

Nomenclatura vigente desde el 1 de enero de 2017 hasta el 14 de marzo de 2018, según lo establecido en el Decreto 2153 de 2016:

Código	Designación de la Mercancía
2309.10	- Alimentos para perros o gatos, acondicionados para la venta al por menor
2309.10.10.00	- - Presentados en envases herméticos
2309.10.90.00	- - Los demás

Nomenclatura vigente desde el 15 de marzo de 2018, en aplicación del Decreto 519 de la misma fecha:

Código	Designación de la Mercancía
2309.10	- Alimentos para perros o gatos, acondicionados para la venta al por menor

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

2309.10.20.00	- - Presentados en envases herméticos, con un contenido de humedad superior o igual al 60%
2309.10.90.00	- - Los demás

En cuanto al producto clasificado con la Resolución nro. 001763 del 28 de febrero de 2018, el mismo fue descrito así:

"...un producto presentado en forma de gránulos o "pellets", con las siguientes características:

Ingredientes: maíz molido; arroz quebrantado; sorgo molido; harina de vísceras de aves; salvado de gluten de maíz; trigo, soya; aceite de vísceras de aves; saborizantes, colorantes, antioxidantes, vitaminas y minerales; levadura de cerveza; cloruro de sodio; extracto de yuca; propionato de calcio y otros.

Análisis garantizado: se resalta el contenido de proteína cruda: 23%; grasa cruda: 11%, fibra cruda: 3,5%; cenizas: 10%; humedad máxima del 10%, entre otros.

Uso y presentación: el producto se utiliza como alimento completo para perros adultos y se presenta para su venta en forma de gránulos o "pellets" empacados en bolsas o envases plásticos, sellados herméticamente, de ocho (8) kg de peso neto".

Teniendo en cuenta que se trata de alimento para perros, acondicionado para la venta al por menor en envases plásticos sellados herméticamente y con humedad máxima del 10%, el producto antes descrito, en aplicación de las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 de la nomenclatura arancelaria, ha cambiado su clasificación en el Arancel de Aduanas de Colombia para los años 2015 a 2018, así:

Período	Subpartida	Norma
Años 2015 y 2016	2309.10.90.00	Decreto 4927 de 2011
Del 1 de enero de 2017 al 14 de marzo de 2018	2309.10.10.00	Decreto 2153 de 2016
Del 15 de marzo de 2018 a la fecha	2309.10.90.00	Decreto 519 de 2018

(...)» (Subraya el Despacho) (fols. 77 a 78)

La interpretación oficial transcrita, fue la aplicada en el acto recurrido en tanto que la mercancía investigada se clasifica por la subpartida arancelaria 2309.10.90.00, tal como lo determinó oficialmente la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá mediante Apoyo Técnico de clasificación arancelaria nro. 1-03-201-245-0259-A de 27 de noviembre de 2018, aunado al Oficio nro. 100227342-110-357-782 de 7 de diciembre de 2018 en cita, emanado de la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera.

Por lo expuesto, no es de recibo la supuesta falsa motivación «...por aplicación indebida de la norma arancelaria, pues se pretende aplicar de manera retroactiva a las importaciones del año 2016, la reforma señalada por el decreto 519 de 2018, que eliminó la subpartida arancelaria 2309.10.10.00...» y por «pretender clasificar la mercancía desconociendo la clasificación arancelaria oficial de la resolución 0017763 (sic) del 28 de Febrero de 2018, y se comete error de derecho al señalar una tarifa de arancel y de IVA que no es aplicable...»

Pérdida de fuerza ejecutoria.

Por las mismas razones que anteceden, tampoco es de recibo la alusión al artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre «...pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo aplicable para el caso de los oficios de apoyo técnico, tanto del oficio de la DIAN Cartagena como los oficios de la DIAN de Bogotá, que se oponen a la clasificación obligatoria de la resolución 0017763 (sic) del 28 de Febrero de 2018...», por cuanto, se reitera, la Resolución No. 001763 del 28 de febrero de 2018 en mención, evidentemente clasifica arancelariamente una mercancía distinta a la ahora investigada, tal como se determina expresamente en el precitado Oficio nro.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-540-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

100227342-110-357-782 de 7 de diciembre de 2018 de la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera.

No obstante, debemos señalar que la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo prevista en el artículo 91 del CPACA, en este caso aplica respecto de la Resolución 001763 del 28 de febrero de 2018 que emitió la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, toda vez que el Decreto 519 de 2018 – del que habla el impugnante – modificó la clasificación arancelaria prevista en el Decreto 2153 de 2016, sustento de la Resolución en comento.

De ese modo, no prosperan las pretensiones del Representante Legal de NUTRISTAR S.A.S., en las que solicita la aplicación de la Resolución nro. 001763 del 28 de febrero de 2018 y que se declaren infundados los argumentos expuestos en la Resolución recurrida por parte de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

Es importante resaltar que el recurrente varias veces reconoce que la clasificación arancelaria por la que se declaró la mercancía que se discute, es errada. A modo de ilustración, en las denominadas por él «PRETENSIONES» cuando solicita que «Se declare solidariamente responsable a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S...toda vez que fue este último quien firmaba en calidad de agente de aduanas, aunado a que no realizó de manera adecuada la asignación de la subpartida arancelaria de los alimentos que importaba la sociedad NUTRISTAR S.A.S.». (Se enfatiza).

Frente a los titulados «FUNDAMENTOS DE DERECHO» que plantea el representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S., dirigidos todos a asignarle la responsabilidad, por la indebida clasificación arancelaria investigada, a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, «derivado de la relación comercial con la sociedad NUTRISTAR SAS y por lo tanto deben ser llamados (sic) a responder por las sanciones impuestas a la sociedad NUTRISTAR SAS.», se precisa:

Una cosa es la responsabilidad que le corresponde al importador en una operación de comercio exterior y otra muy distinta la que le corresponde a la agencia de aduanas autorizada en virtud de su intervención como intermediario aduanero.

La función principal de la Agencia de Aduanas, conforme con el artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, es actuar como auxiliar de la función pública aduanera y por ende debe cumplir y hacer cumplir la normatividad aduanera.

Es directa su responsabilidad por las inconsistencias que se presenten en las declaraciones de importación, así como en los documentos que las soportan. De igual manera, tanto a la Agencia de Aduanas como al importador, se les exige el acatamiento de la normatividad que regula el régimen de importación de mercancías, de acuerdo con las responsabilidades que a cada uno les corresponde, esto es al importador como sujeto pasivo de la obligación de liquidar y pagar los tributos aduaneros y a la Agencia de Aduanas, como auxiliar de la función pública aduanera y declarante.

De ahí que, la administración sancionó a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, por haber incumplido las obligaciones previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 27-2 y artículo 27-4 del Decreto 2685 de 1999 y por ende encuadrar su conducta en la infracción aduanera prevista en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto *ibídem*. Esto es, por el hecho de «hacer incurrir» a su mandante en una infracción administrativa aduanera que conllevó a que se le liquidaran mayores tributos aduaneros y a la imposición de una sanción, en la medida que, como consecuencia del contrato de mandato, la agencia de aduanas, estaba actuando por cuenta y riesgo del importador NUTRISTAR S.A.S., su mandante.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN», Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001486 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

Por otra parte, cuando se incurra en inexactitudes en las declaraciones de importación que conlleven a un menor pago de tributos aduaneros legalmente exigibles – como ocurrió en el presente caso – al importador se le impone la sanción por inexactitud prevista en el numeral 2.2 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999 y es responsable del pago de los mayores tributos aduaneros determinados oficialmente, por ser quien realiza el hecho gravable o hecho generador.

El último inciso del párrafo del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 4 del Decreto 2883 de 2008, establece que la infracción administrativa aduanera prevista en el numeral 2.2 de ese artículo y la sanción correspondiente (sanción por inexactitud en la declaración de tributos aduaneros), se aplicará al importador, salvo en el evento previsto en el párrafo del artículo 27-4 del mismo decreto.

En otras palabras, el importador es el responsable del pago de los tributos aduaneros y sanciones pecuniarias que se causen, a excepción del caso que la operación de comercio exterior se haya realizado por una persona inexistente, supuesto fáctico que no se da en el presente caso.

Respecto a esta circunstancia, el Consejo de Estado¹ se pronunció, de la siguiente manera:

«Contrario a lo que afirma el demandante, la norma no hace una reasignación de la carga impositiva ni una traslación de los tributos relacionados con el comercio exterior como lo afirma el demandante, pues los responsables de la obligación aduanera que incluye la parte impositiva siguen siendo los señalados en el artículo 3 del Decreto 2695 de 1999 (...). El artículo demandado no sustituye el sujeto pasivo de la obligación tributaria relacionada con la importación, pues la responsabilidad que se atribuye al intermediario aduanero en el artículo 22 demandado no libera a quien realiza el hecho gravable o hecho generador, y lo que establece es la responsabilidad que incumbe a los intermediarios aduaneros por la especial función que se les ha asignado. En efecto, la lectura armónica de las normas del Decreto 2685 de 1999 muestra la importancia que allí se le dio a la intermediación aduanera que conforme a los artículos 12 y 13 del Decreto 2685 de 1999 "constituye una actividad auxiliar de la función pública aduanera, sometida a las regulaciones especiales establecidas en este Decreto.». (Subrayado fuera del texto original).

Así que no cabe duda de que tanto el importador como la agencia de aduanas tienen responsabilidades y éstas son independientes; por ello, las sanciones son diferentes. Situación que en el acto recurrido quedó debidamente señalado. Veamos:

«ARTÍCULO SEGUNDO: FORMULAR Liquidación Oficial de Revisión, conforme a lo establecido en el artículo 580 del Decreto 390 de 2016, en concordancia con el artículo 588 ibidem e imponer la sanción prevista en el numeral 2.2 del Artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, por la declaración de importación Tipo Inicial con autoadhesivo No. 07500310012945 del 19 de abril de 2016, al importador NUTRISTAR S.A.S. con NIT. 900.341.859-7, por un valor total de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS MCTE (\$388.534.000), (...).».

«ARTÍCULO CUARTO: SANCIONAR a la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 con NIT 807.000.355-7, en su calidad de Declarante Autorizado, con multa a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por valor de SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE (\$64.756.000), por la infracción al 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 6 del Decreto 2883 de 2008), suma esta equivalente al (20%) del mayor valor a pagar determinado en la liquidación oficial de revisión, incluida la sanción (...).» (Subrayado fuera texto). (Páginas 32 y 33 del acto recurrido).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia de 31 de marzo de 2011, Rad. nro. 11001-03-24-000-2005-00096-01

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019, Expediente: RA-2016-2018-5202.

Se precisa que las normas aduaneras hacen parte del derecho público económico, por ello, éstas prevalecen en su aplicación sobre las estipulaciones contractuales de derecho privado como lo es el contrato de mandato entre el importador y la agencia de aduanas.

Sobre este mandato legal, el Consejo de Estado², en Sentencia nro. 018861 del 1º de agosto de 2013, expresó:

«(...) en los convenios, acuerdos o contratos, los contratantes pueden fijar las condiciones bajo las cuales se van a cumplir las obligaciones y deberes adquiridos, no sin olvidar que las normas relacionadas con los impuestos no pueden ser modificadas por la simple manifestación de voluntad entre los particulares (...)» (Subrayado fuera de texto).

En ese orden de ideas, pese a lo estipulado en el contrato de mandato el cual es ley para las partes conforme la legislación privada (artículo 1602 del Código Civil), o a las opiniones del importador o de la agencia de aduanas, esto no es oponible a la administración tributaria y aduanera y por lo tanto, no es posible que por su querer, se modifiquen o se ignoren las obligaciones tributarias reguladas por las disposiciones legales de orden público que les aplican.

De hecho, la legislación aduanera le recuerda al importador que, sin perjuicio de sus responsabilidades respecto a los tributos y sanciones aduaneras, en la justicia ordinaria puede instaurar acciones legales contra la Agencia de Aduanas que le prestó sus servicios de manera irregular, cuando en el ya mencionado artículo 27-4 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008, señala:

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

Este despacho no advierte que la administración haya adjudicado responsabilidades a la sociedad importadora que no le corresponden, ya que como se expuso, se le impusieron a cada interviniente en la operación de comercio exterior las cargas tributarias y sancionatorias que señalan las normas aplicables a los hechos endilgados, que, por demás, están debidamente probados en el expediente.

Para mayor claridad en el tema conviene señalar que respecto de la «Liquidación de los tributos aduaneros», responsabilidad del importador, en atención a lo dispuesto en el artículo 89 del Decreto 2685 de 1999 vigente, «Los tributos aduaneros que se deben liquidar por la importación, serán los vigentes en la fecha de presentación y aceptación de la respectiva declaración de importación». - se subraya - y para el 19 de abril de 2016 - fecha en que se presentó la declaración de importación que se investiga -, se encontraba vigente la Circular nro. 12757000002398 de la Dirección de Aduanas de la DIAN, informando a los «Funcionarios de la DIAN, importadores y demás usuarios de Comercio Exterior»-se resalta-, que «En cumplimiento de las disposiciones del Sistema Andino de las Franjas de Precios Agropecuarios (SAFP), según las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las Resoluciones emanadas de la Junta de la Comunidad Andina y demás normatividad vigente...los Aranceles Totales para los productos marcadores, sus sustitutos, productos agroindustriales o subproductos señalados en dichas Normas», para la subpartida 2309.10.90.00 era del setenta por ciento (70%) del Arancel Total, (fols. 79 y vuelto)

Como quiera que en la declaración de importación investigada se clasificó la mercancía por la subpartida arancelaria 2309.90.20.00, liquidando un IVA del cinco por ciento (5%) y un arancel del diez por ciento (10%) y no por la determinada por la autoridad aduanera, en atención a lo dispuesto en el artículo 580, en concordancia con el artículo 588 del Decreto 390 de 2016, correspondió formular liquidación oficial de revisión, con las correspondientes implicaciones sancionatorias a los responsables señalados en la regulación aduanera vigente, por su intervención, como ya vimos, según corresponda.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Sentencia de 1º de agosto de 2013, Rad. Interno nro. 018861.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN», Acto Impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-840-0-001485 de 28 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

En efecto, bajo el Capítulo II, sobre «Infracciones administrativas aduaneras de los declarantes en los regímenes aduaneros», Sección I, «En el régimen de importación», el Decreto 2685 de 1999, vigente en el tema de infracciones en las que pueden incurrir los declarantes en el régimen de importación y las sanciones asociadas a su comisión, es muy claro al señalar en el numeral 2.2 del artículo 482:

«Incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en las Declaraciones de Importación, cuando tales inexactitudes o errores conlleven un menor pago de los tributos aduaneros legalmente exigibles... La sanción aplicable será de multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor de los tributos dejados de cancelar.» (Subraya el Despacho).

Por su parte, el artículo 485 *ibídem*, señala como infracción aduanera de las agencias de aduanas y sanciones aplicables, entre otras, la siguiente:

«Infracciones aduaneras de las agencias de aduanas y sanciones aplicables.

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

(...)

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

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

En conclusión, se reitera, no admite discusión el tema, cuando el legislador claramente señala las consecuencias para uno y otro usuario aduanero investigado.

Por lo considerado, no es de recibo la argumentación tendiente a trasladar la responsabilidad de NUTRISTAR S.A.S. como importador investigado, a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2.

Así que las solicitudes expresas del recurrente frente a que:

«...declare solidariamente responsable a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S...toda vez que fue este último quien firmaba en calidad de agente de aduanas, aunado a que no realizó de manera adecuada la asignación de la subpartida arancelaria de los alimentos que importaba la sociedad NUTRISTAR S.A.S...se condene a la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS al pago de las sanciones que ha generado la dirección de impuestos y aduanas nacionales (DIAN) contra la sociedad NUTRISTAR SAS por la indebida clasificación de subpartida arancelaria. Toda vez que la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. era la sociedad que firmó todas las declaraciones de importación en calidad de agente de aduanas de la sociedad NUTRISTAR SAS...Que se condene a la sociedad AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR SAS a pagar de manera solidaria e ilimitada el pago de los intereses y sanción total que se ha causado por la sanción impuesta a la sociedad NUTRISTAR S.A.S.», no son de recibo.

La «OBLIGACION ADUANERA», se contrae a las responsabilidades propias de la agencia de aduanas y su infracción que no es otra que la dispuesta en el precitado numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 vigente; sin perjuicio de que la sociedad importadora responda por sus propias obligaciones, las cuales ya fueron claramente señaladas.

En estos términos la inconformidad no prospera.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN», Acto Impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019, Expediente: RA-2016-2018-5202.

I. ANÁLISIS DE LAS INCONFORMIDADES PRESENTADAS POR LA AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2.

1. ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA POR HABER SIDO DEROGADA POR EL DECRETO 390 DE 2016 CONSAGRATORIO DE UN NUEVO RÉGIMEN SANCIONATORIO Y FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO VIGENTE NO CONSAGRA LA SANCIÓN PROPUESTA. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. / y 2. FALSA MOTIVACIÓN POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO.

Las 2 inconformidades planteadas por la representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, se circunscriben a la discusión del fenómeno jurídico de la vigencia de las normas por las cuales se sancionó a dicho usuario de comercio exterior y en consecuencia a la pretendida aplicación del principio de favorabilidad, argumentos que serán respondidos en bloque con las siguientes consideraciones:

La Ley 1609 de 2013 - Ley Marco de Aduanas-, consagró los criterios fundamentales a tener en cuenta por el Gobierno Nacional, en la elaboración de los decretos y demás actos que reglamenten la mencionada Ley.

Respecto al tema de vigencia de los actos administrativos que desarrollen la ley, la normativa establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 2o. REGULACIÓN. Los decretos que dicte el Gobierno para desarrollar esta ley marco serán reglamentados a través de Resoluciones de Carácter General, proferidas por la autoridad competente.

(...)

ARTÍCULO 5o. CRITERIOS GENERALES. Los Decretos y demás Actos Administrativos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la ley marco de aduanas, deberán observar los siguientes criterios:

(...)

3. Cuando una disposición exija para su publicación una reglamentación por parte de una autoridad competente, esta deberá expedir la reglamentación en un plazo no mayor a 180 días después de su publicación en el Diario Oficial, que permita el cumplimiento efectivo y real de la disposición a reglamentar. Sin perjuicio de que la autoridad deba implementar un modelo de sistematización informático para el cumplimiento de las obligaciones aduaneras caso en el cual deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses» (Se subraya).

Teniendo en cuenta que los cambios normativos realizados con el Decreto 390 de 2016 respondían a modificaciones de alto impacto en los procesos de comercio exterior de importación, exportación y tránsito aduanero, así como nuevos regímenes aduaneros, cambios en las responsabilidades y obligaciones de los operadores del comercio exterior y reformas conceptuales en el régimen sancionatorio, estos requerían no solo desarrollo reglamentario sino de la implementación de servicios informáticos nuevos que cumplieran con la dinámica señalada en la normatividad propuesta.

Al ser cambios sustanciales, requerían de especificaciones funcionales y desarrollos informáticos que no se limitaban a la realización de ajustes al servicio actual, sino a la construcción de nuevos servicios que soportaran los nuevos flujos de procesos establecidos en la nueva regulación aduanera. Por este motivo se consideró procedente hacer uso de lo previsto en la Ley marco, y proponer una vigencia escalonada del articulado en las tres etapas permitidas por la Ley.

El 7 de marzo de 2016, se expidió el Decreto 390 de 2016, «Por el cual se establece la Regulación Aduanera», el cual en su artículo 674, consagró la figura de la aplicación escalonada, de la siguiente manera:

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019, Expediente: RA-2016-2018-5202.

«**APLICACIÓN ESCALONADA.** La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir 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.
2. Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.
3. En caso de requerirse la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses, con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses. En este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático». (Subrayado fuera de texto).

Esta normativa fue interpretada por la DIAN – en primer lugar - en el Oficio 000514 de 11 de enero de 2017, así:

«(...)

Es así como, en el marco normativo precedente y en desarrollo de lo determinado por el numeral 2, esta entidad expidió las resoluciones: 41 del 11 de mayo de 2016, 42 del 13 de mayo de 2016, 64 del 28 de septiembre de 2016 y 72 del 29 de noviembre de 2016, con las cuales se reglamentaron todos los artículos del Decreto 390 de 2016 que pueden regir sin que el nuevo sistema informático electrónico de la DIAN sea implementado.

Los artículos que no fueron objeto de reglamentación en las resoluciones enumeradas en el aparte anterior, requieren para su aplicación el desarrollo e implementación del nuevo modelo de sistematización informático de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el cual la entidad viene trabajando.

Es por lo precedente que el numeral 3 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, establece que "[E]n este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático".

En este orden de ideas, los artículos del Decreto 390 de 2016 que, en virtud de la reglamentación a que hace referencia el numeral 2 del artículo 674 ibídem, rigen a la fecha, son aquellos que fueron reglamentados mediante resoluciones: 41 del 11 de mayo de 2016, 42 del 13 de mayo de 2016, 64 del 28 de septiembre de 2016 y 72 del 29 de noviembre de 2016 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los demás artículos del Decreto 390 de 2016, que no entraron a regir de manera inmediata, o con ocasión de su reglamentación, a la luz de lo determinado por los numerales 1 y 2 del artículo 674 del decreto en comento, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático, en los términos establecidos por el numeral 3 del precitado artículo 674 del Decreto 390 de 2016 (...).» (Resaltado y subrayado fuera de texto)

En ese contexto, la Dirección de Gestión Jurídica mediante el Concepto nro. 1093 de 27 de agosto de 2018, aclaró lo concerniente a las vigencias de los tres decretos que conforman la legislación aduanera actual, esto es el Decreto 2685 de 1999, el Decreto 390 de 2016 y el Decreto 349 de 2018.

Respecto del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 – que es la inquietud de la recurrente - señaló su plena vigencia y del pretendido artículo 538 del Decreto 390 de 2016 «INFRACCIONES DE LAS AGENCIAS DE ADUANA.», expresamente señaló: «En cuanto a la inquietud sobre la vigencia de los artículos sobre infracciones y sanciones, se precisa que

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

estos solo son aplicables en la medida en que la obligación correlativa se encuentre vigente y rigiendo». (énfasis añadido).

Aquí vale la pena señalar que los conceptos de la DIAN transcritos, responden también con claridad su afirmación consistente en que «(...) han transcurrido dos años y la DIAN no se ha pronunciado ni siquiera en el sentido de indicar cuales normas de su reglamento anterior continúan vigentes como lo ordenó el artículo 674-2 del Decreto 390 de 2016».

Así las cosas y de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 178 del Decreto 349 de 2018 que modifica el artículo 667 del Decreto 390 de 2016, la sanción que debía aplicarse en el caso de autos, es la prevista en el Núm. 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por corresponder a la normativa vigente al momento del inicio de la operación aduanera, es decir a la importación realizada mediante la declaración con adhesivo nro. 07500310012945 del 19 de abril de 2016. Señala textualmente dicha norma:

«Artículo 178. Modifíquese el artículo 667 del Decreto 390 de 2016, el cual quedará así:

«Artículo 667. Transitorio para las formalidades aduaneras, los regímenes aduaneros, las resoluciones de clasificación arancelaria, las obligaciones e infracciones administrativas con ocasión del cambio normativo.
(...)»

Parágrafo. Cuando una operación aduanera se haya iniciado en vigencia de la normatividad anterior, el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones aplicable será el establecido en la norma vigente al momento de su inicio, (...)». (Se subraya).

Por su parte, el propio Decreto 349 de 2018, adicionó al artículo 3° del Decreto 390 de 2016, la definición de «REGULACIÓN ADUANERA VIGENTE», dejando vigente el Decreto 2685 de 1999, así:

«REGULACIÓN ADUANERA VIGENTE.

Es el conjunto de disposiciones vigentes contenidas en el Decreto 2685 de 1999, Decreto 390 de 2016 y los títulos II y III del Decreto 2147 de 2016, las normas que los reglamenten, modifiquen o adicionen y en general las demás disposiciones cuyo control y cumplimiento estén a cargo de la administración aduanera». (Se resalta y subraya).

Entonces, no cabe duda que las normas del Decreto 390 de 2016 en materia de sanciones e infracciones como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que señala dicho decreto, en este caso de las Agencias de Aduanas, solo serán aplicables, o su vigencia y rigor, solo acaecerá cuando el sistema informático que las soporte esté desarrollado. Esto, en consideración a las vigencias escalonadas consagradas en el Decreto 390 de 2016 ya explicada.

Es por lo que a través del ya mencionado Concepto nro. 1093 de 27 de agosto de 2018, la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN aclaró lo concerniente a las vigencias de los tres decretos que conforman la legislación aduanera actual, esto es el Decreto 2685 de 1999, el Decreto 390 de 2016 y el Decreto 349 de 2018. Respecto a la vigencia de los artículos sobre infracciones y sanciones del Decreto 390 de 2016, precisó que éstos solo son aplicables en la medida en que la obligación correlativa se encuentre vigente y rigiendo. Es decir, la obligación que se incumplió y que el legislador consideró que correspondía a una infracción y por ende debía imponerse una sanción.

Con todo, queda claro que el régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 que nos incumbe en esta actuación no está vigente. Por lo tanto, no es procedente aceptar lo mencionado por la recurrente al afirmar que las infracciones y sanciones impuestas en la resolución recurrida no están vigentes, y que el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 consagró un nuevo régimen donde no existe disposición expresa que consagre sanción por la conducta «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;».

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

Ahora bien, frente al **principio de favorabilidad** la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina en el Oficio nro. 022410 de 18 de octubre de 2016, expuso lo siguiente:

«Ahora bien, aclarado el término de cuando se entiende expedida una norma, debemos referirnos a lo expuesto en el literal b) del artículo 2o del Decreto 390 del 2016. En efecto, dicha norma señala que el **principio de favorabilidad** será aplicable a partir de la expedición de la norma, sin embargo, debe entenderse que lo que quiso decir, es que la aplicación del principio de favorabilidad se aplicaría a partir de la entrada en vigencia de la norma, habida cuenta que como queda visto atrás, con la sola expedición de una norma esta no nace a la vida jurídica. Lo anterior lo precisa la Sentencia C - 084 del 2016 así: "Finalmente, debe la Corte aclarar al demandante y al coadyuvante, que no es posible sostener válidamente que la ley "necesariamente" empieza a regir "inmediatamente" después de su promulgación, punto en el cual el actor incurre en confusión, debido tal vez a que los dos fenómenos, en muchas ocasiones, pueden coincidir. La promulgación como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual esta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y solo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley "a partir de su promulgación", en cuyo caso una vez cumplida esta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias» (Se resalta y subraya).

Más claro aún, quedó en la definición del *principio de favorabilidad* que trajo el Decreto 349 de 2018:

«Artículo 1°. Modifíquese el literal b) del artículo 2° del Decreto 390 de 2016, el cual quedará así:

"b) **Principio de favorabilidad.** Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso **entra a regir una norma** que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente.

Si la nueva norma es desfavorable al interesado, será la norma anterior la aplicable a todas las infracciones que se cometieron durante su vigencia» (Se resalta).

Es decir, para nuestro caso, si bien las normas del Decreto 390 de 2016 se habían promulgado y algunas iniciado su vigencia, las normas sancionatorias por una obligación incumplida correlativamente, no habían empezado a regir en razón de las vigencias escalonadas introducidas en el Decreto 390 de 2016 al amparo de los criterios de la Ley Marco de Aduanas – Ley 1609 de 2013.

En esos términos, la favorabilidad que reclama la recurrente, no es procedente aplicarla al caso controvertido, en la medida que no es posible aplicar el principio de favorabilidad de una norma que no ha empezado a regir *versus* otra que continúa en rigor, mientras la condición de la primera se cumple.

En esta misma línea, como lo señala el Oficio nro. 022410 de 18 de octubre de 2016 de la DIAN, «**el principio de favorabilidad es aplicable a partir del momento en que entren en vigencia las infracciones administrativas aduaneras del Decreto 390 del 2016, las que aún no han entrado a regir, por cuanto las obligaciones, formalidades aduaneras y los regímenes aduaneros sobre los cuales se construyeron las conductas que conforman dichas infracciones, todavía no han nacido a la vida jurídica**» (Se resalta).

Así también lo señaló la DIAN en el Concepto 51458 del 2009, cuando expuso: «(...) para efectos de aplicar el principio de favorabilidad, es necesario que exista un tránsito de legislación que produzca efectos sobre las actuaciones particulares que se encuentren en curso en el momento de expedirse la nueva norma y en donde sea necesario establecer cuál de las dos disposiciones debe aplicarse al caso particular y concreto» (Se subraya).

Por consiguiente, continuando con la transcripción del Oficio nro. 022410 de 18 de octubre de 2016, «**hasta tanto no nazca a la vida jurídica la conducta prevista en el numeral 9o del artículo**

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

527 del Decreto 390 del 2016, y en consecuencia haya quedado derogada la infracción del numeral 2o del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999, no se presentará la sucesión de leyes en el tiempo, que permita al operador jurídico analizar cuál de las dos normas le es más favorable al interesado. Mientras esto no suceda, resulta pertinente dar aplicación a la norma vigente, que en materia de infracciones administrativas aduaneras es el Decreto 2685 de 1999» (Se resalta).

Al no haber sido incluido el artículo 538 en el numeral 1° del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, no haberse reglamentado a la fecha las obligaciones correlativas, y no haberse implementado los sistemas informáticos necesarios para aplicar esas obligaciones correlativas y flujo de procesos de las sanciones e infracciones, dicha norma no ha entrado en vigencia, por no cumplirse los presupuestos establecidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 674 del Decreto *idem*, para tal fin. Así, tratándose de una norma que no ha entrado en vigor — porque no se han cumplido las condiciones para ello, — no es posible su aplicación y por lo mismo inaplicable el principio de favorabilidad.

Por tanto, no le asiste razón a la recurrente en solicitar la aplicación de la normativa del Decreto 390 de 2016 por favorabilidad, señalando que el nuevo régimen sancionatorio previsto en el artículo 538 del mencionado Decreto, no contempla conducta de «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;».

En esos términos, el despacho llega a la conclusión de que no es procedente la aplicación del principio de favorabilidad que solicita la Representante Legal de la Agencia de Aduanas, toda vez que tal evento se fundamenta en una norma que no ha entrado en vigencia, como lo es el artículo 538 del Decreto 390 de 2016. En consecuencia, tampoco le asiste razón al invocar una falsa motivación y atipicidad de la conducta, por haber aplicado la sanción dispuesta en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, habida cuenta que dicha norma se encuentra vigente, es previa al hecho que se imputa y es de obligatorio cumplimiento, al no haber entrado en vigencia el nuevo régimen sancionatorio.

Como se observa, no le asiste razón a la recurrente cuando de manera errónea expone que son evidentes las inconsistencias de la actuación administrativa que nos ocupa, «que la convierten en una actuación carente de motivos serios y poco razonables (...), lo que materializa falsa y errónea motivación y violación de las siguientes normas (...) Ley 1609 de 2013 (...) artículos 520 del Decreto 2685 de 1999 y 2b del Decreto 390 de 2016, (...) numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por indebida aplicación y violación al principio de legalidad (...) artículo 538 del Decreto 390 de 2016 por falta de aplicación (...) artículo 555 del Decreto 390 de 2016 (entró en vigencia de manera inmediata) por violación directa al no aplicar los principios que este ordena (...) artículo 30 del Código Civil por cuanto esta propuesta de sanción adolece de falta de interpretación armónica de las normas aplicables (...) violación de los artículos 6, 29, y 83 de la Constitución Política y de los artículos del CPACA (...)».

Por lo tanto, el despacho, confirmará la sanción impuesta en la resolución recurrida a la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, la cual se encuentra establecida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, como consecuencia de la infracción de hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilizó sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conllevaron a la imposición de sanciones y a la liquidación de mayores tributos aduaneros.

Teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de debate, vinculó y notificó igualmente al señor GUSTAVO ADOLFO ROJAS QUINTERO, identificado con NIT 13.509.058 en calidad de responsable subsidiario de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA NIT 860.070.374-9 a través de su apoderado especial, doctor CAMILO ANDRÉS VARGAS RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'956.566 de Bogotá y tarjeta profesional nro. 131.473 del C.S.J., en atención al principio de publicidad que rige esta actuación, se ordenará la notificación del presente acto administrativo a las direcciones obrantes en el RUT, a pesar de no haber presentado formalmente recurso

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2018-2018-5202.

alguno contra dicho acto (fols. 1 a 220), en atención a lo previsto en los artículos 505 y 656 del Decreto 390 de 2016.

Mediante oficio con radicado nro. 003E2019014179 de 2 de abril de 2019, el señor JIMMY JAVIER JEREZ RAMIREZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'900.661 de Bogotá, representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S., informó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cambio en la dirección para notificaciones de su representada «NUEVA DIRECCION: AVENIDA CARRERA 80 # 2-51, BODEGA 79, LOCAL 3 - CORABASTOS» de Bogotá D.C., dirección a la cual será notificada igualmente éste acto administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica, U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución nro. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR por correo el presente acto administrativo al señor JIMMY JAVIER JEREZ RAMIREZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'900.661 de Bogotá, representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S. NIT 900.341.859-7, o a quien haga sus veces, a la dirección procesal (fol. 209): **carrera 14 No 76-11 oficina 302, de la ciudad de Bogotá D.C.**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR por correo el presente acto administrativo al señor JIMMY JAVIER JEREZ RAMIREZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'900.661 de Bogotá, representante legal de la sociedad NUTRISTAR S.A.S. NIT 900.341.859-7, o a quien haga sus veces, a la dirección procesal (fol. 209): **AVENIDA CARRERA 80 # 2 - 51, BODEGA 79, LOCAL 3 - CORABASTOS, de la ciudad de Bogotá D.C.**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR POR CORREO la presente resolución a la señora ALEYDA OVIEDO RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía nro. 65'741.084, representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, NIT 807.000.355-7, o a quien haga sus veces, a la dirección RUT (fol. 221): **AC 24 95 A 80 OF 404 ED COLFECAR BUSINESS CENTER ETAPA 1, de la ciudad de Bogotá D.C.**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 505, 656, 657, 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR por correo la presente resolución al señor GUSTAVO ADOLFO ROJAS QUINTERO, identificado con NIT 13.509.058 en calidad de responsable subsidiario de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOMS OPERATOR S.A.S. NIVEL 2 NIT 807.000.355-7, a la dirección RUT (fol. 224) **CL 3 7 E 91 BARR QUINTA ORIENTAL, de la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 505, 656, 657, 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR por correo la presente resolución al señor LUIS ALEJANDRO RUEDA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'435.025, representante legal de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. NIT 860.070.374-9, o a quien haga sus veces, a la dirección RUT (fol. 222 y vuelto) **CL 82 11 37 P 7, de la ciudad de Bogotá D.C.**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 505, 656, 657, 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

«POR LA CUAL SE DECIDEN DOS (2) RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN». Acto impugnado: Resolución No. 1-03-241-201-640-0-001485 de 29 de marzo de 2019. Expediente: RA-2016-2018-5202.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR POR CORREO la presente resolución al doctor CAMILO ANDRÉS VARGAS RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía nro. 79'956.566, apoderado especial de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., NIT 860.070.374-9, o a quien haga sus veces, a la **dirección RUT (fol. 223) CL 45 5 55 BRR PIEDRAPINTADA, de la ciudad de Ibagué Departamento del Tolima**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 505, 656, 657, 664 y 665 del Decreto 390 de 2016.

ARTÍCULO OCTAVO: REMITIR el expediente RV-2016-2018-5202, una vez notificada la presente resolución a la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y a la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes, para lo de su competencia.

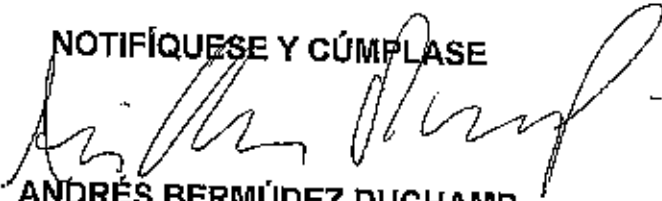
ARTÍCULO NOVENO: REMITIR copia de la presente resolución, una vez notificada y ejecutoriada, a las Divisiones de Gestión Jurídica, de Liquidación y de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, para lo de su competencia.

ARTÍCULO DÉCIMO: ARCHIVAR el expediente nro. RV-2016-2018-5202.

ARTÍCULO UNDÉCIMO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno en sede administrativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

26 ABO 2019


ANDRÉS BERMÚDEZ DUCHAMP

Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos
Dirección de Gestión Jurídica

Proyectó: Gustavo Gutiérrez

Revisó: Alfonso Herrera Ramírez

Aprobó: Carolina Cuellar Rojas

