



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 25000 2324 000 2009 00254 01
DEMANDANTE: SEGUROS DEL ESTADO S.A.
DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES – DIAN
TERCERO: AGENCIA DE ADUANAS OVIC S. EN C. SIA
**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
FALLO**

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el tercero interesado contra la sentencia de 16 de abril de 2012, por la cual la Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió: **I)** declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos tercero¹, cuarto parcial² y quinto³ de la demanda; **II)** declarar no probadas las excepciones de falta e indebida aplicación de las normas consideradas desconocidas con los actos acusados; y **III)** denegar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La sociedad Seguros del Estado S.A., a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴ para que accediera a las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 03-064-191-668-2131-002141 de octubre 10 de 2008, por medio de la cual el Jefe de la

¹ caducidad de la facultad sancionatoria respecto de Seguros del Estado S.A.;

² Falsa motivación de los actos administrativos demandados

³ la improcedencia de la sanción a Aduanas OVIC, por cuanto dentro de sus obligaciones no se encuentra la de poner a disposición de la DIAN la mercancía introducida al territorio nacional.

⁴ El 10 de julio de 2009 (fls. 12 a 37 del cuaderno N° 1 del expediente).

División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá impone sanción por valor de \$ 725'743.703,00 a la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA y se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No.11-43-101000067 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución No.0000662 del 23 de enero de 2009, por medio de la cual la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos, Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 03-064-191-668-2131-00-2141 de Octubre 10 de 2008, confirmándola en todas sus partes.

3. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución inmediata de los dineros que SEGUROS DEL ESTADO S.A. deba pagar a la DIAN en el evento de adelantar un cobro coactivo en virtud de éstas injustas actuaciones y adicionalmente que se condene en costas y gastos del proceso a la DIAN⁵.

1.2. Los hechos

Indicó que ADUANAS OVIC S. EN C. SIA – en adelante **ADUANAS OVIC-**, presentó 105 declaraciones de importación, por operaciones adelantadas entre el 21 de julio y el 4 de noviembre de 2005, respecto de mercancías propiedad de la sociedad IMPORTADORA RISARALDA Y CÍA. LTDA. – en adelante **IMPORTADORA RISARALDA-**.

Señaló que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – en adelante DIAN-, expidió el memorando N° 175 de 22 de marzo de 2006, suspendiendo las declaraciones de importación de la sociedad **IMPORTADORA RISARALDA**, en cumplimiento de lo ordenado por el Juez 20 Penal Municipal con Control de Garantías.

Aseguró que el Jefe de la División de Comercio Exterior de la Administración de Aduanas de Bogotá le remitió informe a la División de Fiscalización Aduanera, en el que se consignó lo siguiente: **I)** el 24 de marzo de 2006 le fueron presentadas, en la Zona Franca, las declaraciones de importación números 01092061268614 / 68621 / 68639/ 68646/ 68581/ 68660/ 68678 / 68685 / 68700 / 68574 / 68692 / 68599 / 68608; y **II)** las mercancías amparadas en dichas declaraciones obtuvieron levante ese mismo día.

⁵ Folios 20 a 22 del cuaderno N° 1 del expediente.

Sostuvo que la División de Servicio de Aduanas de la DIAN de Pereira expidió la Resolución N° 001105 de 19 de mayo de 2006, mediante la cual canceló unas autorizaciones de levante de mercancía propiedad de la sociedad **IMPORTADORA RISARALDA**, en las que actuó como declarante **ADUANAS OVIC**. Ese mismo día la Administración de Aduanas de Buenaventura, mediante Resolución N° 001103, declaró sin efectos los levantes referidos, en razón a la investigación penal precitada.

Afirmó que quince meses después la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, esto es, el 28 de agosto de 2007 ordenó abrir investigación contra **ADUANAS OVIC** y, el 17 de septiembre de 2007 a través de requerimiento ordinario le informó que las declaraciones de importación a nombre de la sociedad **IMPORTADORA RISARALDA** fueron canceladas mediante Resoluciones números 001105 de 19 de mayo de 2006 y 001103 de 19 de mayo de 2006, decisiones que asegura no le fueron notificadas.

Manifestó que **SEGUROS DEL ESTADO** expidió la póliza de cumplimiento de disposiciones legales N° 11-43-101000067, 19 meses después de la noticia criminal, esto es, el 18 de octubre de 2007; en la que precisó que la vigencia tenía como límites temporales el 8 de enero de 2008 y el 8 de abril de 2009 por valor de \$438'190.000, en las que el asegurado es **ADUANAS OVIC** y el beneficiario la DIAN.

Dijo que la Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN, mediante requerimiento especial aduanero N° 03.070.210.450-003249 de 31 de julio de 2008, propuso sancionar a **ADUANAS OVIC** por no poner a disposición de la DIAN la mercancía objeto de estudio, con la suma de \$725.743.703, acto que dijo tampoco fue notificado a Seguros del Estado.

Agregó que mediante Resolución 002141 de 10 de octubre de 2008 se impuso sanción y se dispuso la afectación de la póliza otorgada por **SEGUROS DEL ESTADO**. La anterior decisión, mediante la cual se impuso sanción a **ADUANAS OVIC** y se ordenó hacer efectiva la póliza, fue notificada a la demandante el 17 de octubre de 2008 y contra ella interpuso recurso de reconsideración, habiéndose confirmado el acto inicial mediante resolución N° 0000662 de 23 de enero de 2009.

1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Constitución Política artículo 29

Código de Comercio artículos 1054, 1057, 1072, 1073 y 1081.

Decreto 2685 de 1999⁶ artículos 478 y 503.

La parte actora en el concepto de violación indicó que los hechos que fundamentan los actos acusados corresponden a situaciones acaecidas con anterioridad a la vigencia de la póliza expedida en el *sub exámine*; para el efecto señaló que de conformidad con los artículos 1054 y 1057 del Código de Comercio en un contrato de seguro se amparan hechos futuros e inciertos, jamás hechos pasados y ciertos o conocidos, de allí, que a su juicio, los actos acusados se encuentren viciados de nulidad.

Aseguró que de haber sido advertida de los cargos y la investigación adelantada contra **ADUANAS OVIC** no hubiese emitido la póliza afectada mediante los actos administrativos acusados.

Sostuvo que la vinculación a la aseguradora no tiene respaldo jurídico, pues había operado la caducidad de las acciones derivadas del contrato de seguro, destacando que si se contara desde el momento en que debió conocer o en el que conoció efectivamente se encontrarían ampliamente superados los dos años de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.

Afirmó que en el presente asunto operó la caducidad de la acción administrativa sancionatoria frente a la demandante, pues desde la presentación de las declaraciones de importación, momento a partir del cual debe computarse dicho término y el que se impuso la sanción, se superó el término de tres (3) años con que contaba la administración para tal efecto, conforme a las voces del artículo 478 del Decreto 2865 de 1999.

Señaló que el acto mediante el cual se realizó el requerimiento especial aduanero a **ADUANAS OVIC**, no le fue notificado a

⁶ Por el cual se modifica la Legislación Aduanera.

SEGUROS DEL ESTADO, quien expidió la póliza afectada con los actos acusados, lo que deviene en la violación al debido proceso.

Agregó que la obligación de entregar las mercancías recae sobre el importador, mas no sobre el declarante, por lo que en el presente asunto no se podía afectar la póliza expedida por **SEGUROS DEL ESTADO**, pues las partes de dicha relación eran la aseguradora y Aduanas OVIC, en la cual no se encontraba contemplado el actuar de la sociedad Importadora Risaralda.

II. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Por auto de 6 de agosto de 2009 se admitió la demanda de la referencia; asimismo se ordenó notificar del contenido de la misma al agente del Ministerio Público y a la DIAN, a quien se ordenó aportar los antecedentes administrativos que originaron los actos demandados⁷.

2.2. Por auto de 17 de marzo de 2011 se decretó la nulidad del proceso de la referencia desde el auto que ordenó correr traslado para alegar de conclusión y se ordenó notificar a la sociedad **ADUANAS OVIC**, al considerar que se encontraban acreditadas las causales de nulidad de que tratan los numerales 6° y 9° del artículo 140 del C.P.C.⁸.

2.3. Las contestaciones a la demanda.

2.3.1. La DIAN se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda⁹ de conformidad con los siguientes argumentos:

2.3.1.1. Sobre la póliza y su vigencia

Señaló que el riesgo asegurado en la póliza afectada con los actos acusados es el pago de tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de la actividad de intermediación aduanera; de allí que como consecuencia de la cancelación del levante de la mercancía amparadas en múltiples declaraciones de importación presentadas por **ADUANAS OVIC**, respecto de las

⁷ Folios 75 a 80 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁸ Folios 15 a 16 del Cuaderno del incidente.

⁹ Folios 108 a 139 del cuaderno N° 1 del expediente.

cuales se solicitó fuera puesta a disposición de la DIAN y al no serlo no puede generarse otra consecuencia que la sanción de que trata el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, es decir, la que recae en **ADUANAS OVIC** únicamente.

Aseguró que el acto mediante el cual se ordenó hacer efectiva la póliza es de fecha 10 de octubre de 2008, época para la cual ésta se encontraba vigente, pues es claro que el siniestro corresponde a la declaración de incumplimiento por parte de la DIAN, que fue confirmada mediante resolución N° 662 de 23 de enero de 2009. Así las cosas, los actos censurados fueron proferidos dentro de los dos extremos temporales de la vigencia de la póliza, esto es, entre el 1° de agosto de 2008 y el 8 de abril de 2009, la que abarcaba entre otros el pago de tributos y sanciones derivados de su actividad de intermediario aduanero.

2.3.1.2. Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria

Indicó que la caducidad de la facultad sancionatoria en el asunto sub exámine se extendía hasta el 5 de octubre de 2010, toda vez que dicho término debe computarse a partir del momento en que se consolidó la infracción, es decir, desde el 5 de octubre de 2007, pues el requerimiento ordinario N° 03.070.210.403-004365 de fecha 17 de septiembre de 2007 en el que la DIAN solicitó a **ADUANAS OVIC** poner a disposición la mercancía en el término máximo de 15 días, vencieron el 5 de octubre de 2007 y, como en el presente asunto los actos acusados se expidieron con anterioridad a dicha fecha no es de recibo predicar la referida caducidad.

2.3.1.3. Sobre el debido proceso

Sostuvo que no se vulneró el debido proceso de la demandante, pues el requerimiento especial aduanero debe notificarse, de conformidad con el Estatuto Aduanero, a aquellos sujetos que son legalmente interesados en el trámite aduanero, dentro de los cuales no se encuentran las aseguradoras. Agregó que el interés y la obligación de la aseguradora surgen cuando se configura una infracción, en razón a su compromiso contractual que nada tiene que ver con la definición de la situación jurídica de las mercancías.

Concluyó que **ADUANAS OVIC** al actuar como declarante autorizado en 105 declaraciones de importación a nombre de Importadora Risaralda no cumplió con su obligación de auxiliar de la función pública aduanera, pues se demostró que se utilizó en forma fraudulenta el nombre de dos personas para la constitución de dicha sociedad, de allí que se concluyera que no estableció los mecanismos necesarios para conocer a su cliente ni sus actividades económicas.

2.3.1.4. Excepciones

Finalizó proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos 3 (caducidad facultad sancionatoria), 4 (falsa motivación) y 5 (improcedencia de la sanción) de la demanda, al considerar que el sujeto activo de la infracción era **ADUANAS OVIC**, quien actuó en calidad de declarante en las importaciones realizadas por la sociedad Importadora Risaralda, lo que a la luz del artículo 22 del Estatuto Aduanero la convierte en responsable aduanero, lo que de suyo implica la inexistencia de imputabilidad de la compañía de seguros.

2.3.2. Aduanas OVIC solicitó acceder a las pretensiones de la demanda¹⁰ de conformidad con los siguientes argumentos:

Señaló que si los suplantadores de los señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Édgar Caballero Gómez lograron engañar a la DIAN al obtener el RUT, a la Cámara de Comercio, al transportador, a la sociedad portuaria de Buenaventura, al banco para la apertura de cuentas y nuevamente a la DIAN al obtener el levante de las mercancías propiedad de **IMPORTADORA RISARALDA**, resultaba posible que se timara a la sociedad de intermediación aduanera, a quien no se le exige conocer personalmente al representante legal y tampoco que el mandato fuera firmado con nota de presentación personal, como si se exige para la obtención de otros documentos expedidos por las personas antes mencionadas.

Sostuvo que la DIAN, con ocasión de un fraude y suplantación en la constitución de la sociedad **IMPORTADORA RISARALDA**,

¹⁰ Folios 174 a 183 del cuaderno N° 1 del expediente.

decidió cancelar el levante de las declaraciones de importación y ordenar a **ADUANAS OVIC** la devolución de unas mercancías que no estaban en su poder, como consecuencia de ello impuso sanción equivalente al 200% del valor de la mercancía en aduana al no atender el requerimiento, cuando a quien debió requerir fue a la importadora.

Aseguró que su actuar se ajustó a derecho, pues no cometió ninguna irregularidad en las operaciones de importación encomendadas, toda vez que presentó correctamente las declaraciones de importación, liquidó y pagó los tributos aduaneros y obtuvo el levante de las mercancías. De allí que al no incumplir con sus obligaciones aduaneras no resulte procedente la imposición de la referida sanción en su contra.

Recordó el principio general de derecho en virtud del cual nadie está obligado a lo imposible, pues se le exigió poner a disposición una mercancía que no estaba en su poder, lo que tuvo como consecuencia la imposición de la sanción. Indicó que la mercancía siempre estuvo en custodia de los transportadores, en los depósitos habilitados por la DIAN y por el importador, a quienes no se les solicitó cumplir con la obligación pese a que se encontraban en mejor posición de atender el requerimiento.

2.4. Alegatos de conclusión

Surtida la etapa probatoria, a la cual se dio apertura con auto de 19 de noviembre de 2009, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto¹¹.

2.4.1. La parte actora reiteró, en líneas generales, los argumentos expuestos en su escrito de demanda¹².

2.4.2. La parte demandada se ratificó en que los actos acusados se encuentran ajustados a derecho, por las razones expuestas en su escrito de contestación de demanda¹³.

¹¹ Auto de 12 de mayo de 2011 (folios 191 a 192 del cuaderno N° 1 del expediente).

¹² Folios 193 a 204 del cuaderno N° 1 del expediente.

¹³ Folios 205 a 225 del cuaderno N° 1 del expediente.

2.4.3. Según consta en el expediente¹⁴ el tercero interesado en las resultas del proceso y el agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad.

III. LA SENTENCIA APELADA

La Sección Primera, Subsección "C" en descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió: **I)** declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos tercero, cuarto parcial y quinto de la demanda; **II)** declarar no probadas las excepciones de falta e indebida aplicación de las normas consideradas desconocidas con los actos acusados; y **III)** denegar las pretensiones de la demanda¹⁵, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Aseguró que los cargos tercero, cuarto y quinto, relativos a la investigación adelantada contra **ADUANAS OVIC**, así como la consecuente imposición de sanción a través de los actos acusados no guardan relación con la condición de garante en calidad de aseguradora ni con las cuestiones atinentes a la póliza de seguro de cumplimiento. En ese orden de ideas concluyó que quien debió acusar la legalidad de los actos demandados era la sancionada y no la aseguradora, razón por la que indicó que la excepción tenía vocación de prosperidad.

Advirtió que los fundamentos expuestos por el tercero interesado (Aduanas Ovic) no construían una verdadera excepción, sino argumentos de defensa relacionados con el fondo de la controversia por lo que decidió resolverlos a la luz del estudio de legalidad de los actos administrativos enjuiciados.

Sostuvo que de la lectura de la póliza objeto de estudio quedaron acreditados los siguientes extremos: **I)** la vigencia de la misma inició el 8 de enero de 2008 y finalizó el 8 de abril de 2009; y **II)** la contingencia que amparaba era la de garantizar el pago de las sanciones acaecidas dentro del término indicado, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones y

¹⁴ Informe secretarial de fecha 16 de junio de 2011, suscrito por la Secretaria de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁵ Folios 229 a 261 del cuaderno N° 1 del expediente.

responsabilidades de la sociedad **ADUANAS OVIC** en su ejercicio de intermediación aduanera, hasta el monto asegurado.

Indicó que como consecuencia del incumplimiento de **ADUANAS OVIC**, consistente en poner a disposición de la DIAN la mercancía solicitada mediante requerimiento, se impuso sanción y ordenó afectar la póliza de marras, pues los hechos tuvieron lugar durante su vigencia, de allí que no se pudiera predicar el desconocimiento a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Afirmó que contrario a lo señalado por la actora no acaeció la caducidad de las acciones derivadas del contrato de seguro, pues dicho término debía computarse a partir de la ocurrencia del siniestro, que para el presente caso resultaba ser la declaratoria de incumplimiento, junto con la afectación de la póliza respectiva. En ese mismo sentido se pronunció respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Concluyó que no se vulneró el debido proceso de la actora, toda vez que no resultaba procedente notificar a la aseguradora de los requerimientos aduaneros durante la investigación adelantada contra **ADUANAS OVIC**, pues aún no había certeza de la existencia de la infracción; ahora bien, una vez declarado el incumplimiento e impartida la orden de hacer efectiva la respectiva garantía se notificó a la aseguradora, con lo que se garantizó su derecho de defensa, al cumplir con la carga de notificarle un acto administrativo que resultaba de su interés.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. La parte actora solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a la totalidad de pretensiones de la demanda¹⁶ de conformidad con los siguientes argumentos:

Indicó que contrario a lo señalado por el juzgador de primera instancia, se encuentra legitimada por activa respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto del escrito de demanda, pues en razón a la expedición de los actos administrativos censurados se vulneró su derecho al debido proceso, en tanto no le fue notificado el requerimiento aduanero, pese a que tenía un interés directo en el

¹⁶ Folios 282 a 301 del cuaderno N° 1 del expediente.

resultado de dicha actuación administrativa.

Señaló que no comparte las consideraciones que llevaron al Tribunal a concluir que el hecho generador del siniestro ocurrió dentro de la vigencia de la póliza, pues éste tuvo lugar con la presentación de las declaraciones de importación, las cuales son anteriores a la constitución de la póliza, de allí que no resulte válido afectar la póliza por hechos consumados, pues de suyo implicaría desconocer el principio basilar de dichos contratos, esto es, amparar contingencias futuras e inciertas, tal como lo han señalado en su jurisprudencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y las Secciones Tercera y Cuarta del Consejo de Estado.

Sostuvo que la caducidad de las acciones derivadas de los contratos de seguros es de dos años y empezará a contarse a partir del momento en el que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; precisando que en el asunto objeto de estudio ello ocurrió con la presentación de las declaraciones de importación a la DIAN, esto es, entre el 1 de julio y el 4 de noviembre de 2005. De allí que no sea de recibo afectar una póliza cuya vigencia tenía como límites temporales el 1° de agosto de 2008 y el 8 de abril de 2009.

Dijo que en el presente caso se desconoció la figura de la caducidad de la facultad sancionatoria, por cuanto entre el hecho constitutivo de afectación de la póliza, esto es, la presentación de las declaraciones de importación que tuvo lugar en noviembre de 2005, hecho evidenciado por la DIAN en marzo de 2006, y la fecha de ejecutoria de la resolución que impone sanción, a saber, el 27 de enero de 2009, es claro que se encuentra ampliamente superado el término de tres años a que hace referencia el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, como plazo para que la administración ejerza su potestad sancionatoria.

Reiteró que la falta de notificación del requerimiento aduanero es constitutiva de la vulneración de su derecho a la defensa y, por ende, al debido proceso, pues es obvio que tenía un interés directo en el resultado de la investigación administrativa, que como se evidenció finalizó con la imposición de sanción a la sociedad **ADUANAS OVIC** y la afectación de la póliza expedida por la compañía de seguros. Con ello se desconoce el carácter

personal de la obligación aduanera, en tanto se le atribuye responsabilidad a **ADUANAS OVIC** por suplantar a una persona, cuando ésta nada tuvo que ver con ese hecho.

Agregó que el deber de poner a disposición de la DIAN, las mercancías introducidas al territorio nacional, en esta operación de comercio es del importador, es decir, de la **IMPORTADORA RISARALDA**; pues quien obtuvo beneficio de dicho ejercicio fue el importador o propietario de las mercancías.

4.2. **ADUANAS OVIC**, en su calidad de tercero interesado, solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda¹⁷ de conformidad con los siguientes argumentos:

Indicó que en una operación de importación corresponde a la agencia de aduanas: **I)** identificar al cliente con el cual va a realizar la operación; **II)** Obtener los datos e información de las mercancías que van a ser consignadas en la declaración de importación; **III)** obtener los documentos originales que van a soportar la operación de importación; **IV)** liquidar y pagar los tributos aduaneros; y **V)** obtener el levante de la mercancía. Lo anterior, a efecto de señalar que Aduanas OVIC cumplió a cabalidad cada una de las anteriores obligaciones.

Aseguró que la resolución de decomiso de la mercancía ocurrió no por incumplimiento de la agencia de aduanas en sus obligaciones, sino porque el mandato de la **IMPORTADORA RISARALDA** era falso.

Afirmó que contrario a lo señalado por el Tribunal *a quo* no había forma de saber que el señor Édgar Caballero, representante legal de la sociedad **IMPORTADORA RISARALDA** había sido suplantado, pues según el informe de policía judicial la firma que aparece en el mandato es la misma que aparece en los demás documentos de constitución de la sociedad. De allí que, a su juicio, ni la DIAN, la Cámara de Comercio, las notarías que intervinieron en el proceso, ni la aseguradora hayan advertido tal irregularidad; en ese orden de ideas, no resulta de recibo que la sancionen por tal conducta, cuando no fue quien propicio la falsedad mencionada.

¹⁷ Folios 263 a 271 de este cuaderno.

Señaló que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la obligación aduanera es de carácter personal, a efecto de precisar que si bien es cierto la DIAN tiene la facultad de verificar, en cualquier momento, la introducción de mercancías al territorio nacional en debida forma, independientemente de quien la tenga en su poder, también lo es que la DIAN no puede desconocer que no puede exigir el cumplimiento de la obligación aduanera a quien no es responsable de la misma.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1.- La parte actora, reiteró los argumentos expuestos en el proceso, haciendo especial énfasis en el recurso de apelación contra la sentencia¹⁸.

5.2.- La parte demandada solicitó confirmar la sentencia proferida en primera instancia, de conformidad con las consideraciones realizadas por el Tribunal *a quo*, en tanto guardan relación con los escritos presentados por ésta a lo largo del proceso de la referencia.¹⁹

5.3.- Según consta en el expediente el tercero interesado guardó silencio²⁰.

VI. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos de Distrito Judicial, de conformidad con el artículo 129 numeral 1º del CCA y, en

¹⁸ Folios 9 a 21 de este cuaderno.

¹⁹ Folios 22 a 24 de este cuaderno.

²⁰ Informe secretarial de fecha 5 de noviembre de 2013 (folio 43 de este cuaderno).

cumplimiento al Acuerdo N° 357 de 5 de diciembre de 2017 celebrado entre las Secciones Quinta y Primera ante la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de la Corporación es competente para proferir la decisión de segunda instancia en el proceso de la referencia, en tanto ha sido remitido dentro del acuerdo de descongestión por la Sección Primera.

7.2. Problema jurídico

Observa la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar si era procedente declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto, y denegar las pretensiones de la demanda; en caso afirmativo se confirmará la sentencia apelada, y en caso negativo se procederá a revocar la sentencia impugnada para realizar el pronunciamiento que corresponda en derecho.

Para solucionar el problema jurídico, la Sala procederá a analizar si los argumentos de la apelación, de cara a la decisión del *a quo* que se decantó por la no legitimación de la aseguradora para discutir la sanción impuesta a **ADUNAS OVIC** y por encontrar ajustados a derecho los actos administrativos acusados, mediante los cuales se impuso sanción a la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA y, como consecuencia de ello, afectó la póliza de cumplimiento N° 11-43-101000067 expedida por SEGUROS DEL ESTADO amparando a la sociedad de intermediación aduanera y, con ello realizar el pronunciamiento que corresponda en derecho, tal como se señaló párrafos atrás.

Al efecto, se abordarán los siguientes derroteros: **I)** los actos acusados; **II)** de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto; y **III)** el caso concreto.

7.2.1. Los actos acusados

7.2.1.1. Resolución N° 002141 de 10 de octubre de 2008, “por medio de la cual se sanciona por no poder aprehender mercancía”:

“EL JEFE DE LA DIVISIÓN DE LIQUIDACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE BOGOTÁ”

En uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en los artículos 5, literal b) del artículo 18, artículo 23, artículo 37, literal b) del artículo 39 del Decreto 1071, Decreto 1265 de 1999 modificado por el Decreto 2392 de 2006, Resolución 8046 y 0411 de 2006 y artículo 56 de la Resolución 1618 de 2006, Resolución 2 de 2008 y demás normas concordantes y/o complementarias y teniendo en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES (...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR al declarante autorizado ADUANAS OVIC S EN C SIA con Nit 860.075.384-5, de acuerdo con lo establecido en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, con multa a favor de la Nación Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la suma de SETECIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$ 725.743.703), suma esta equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía no puesta a disposición de esta Administración para su aprehensión, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO ORDENAR LA EFECTIVIDAD de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales número 11-43-101000067, expedida por la Compañía SEGUROS DEL ESTADO con Nit 860.009.578-6 y constituida por la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA con Nit 860.075.384-5 por un valor TOTAL de CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL PESOS MICTE (\$438.190.000), a favor de la Nación Unidad Administrativa Especial Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, conforme al artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000 que reglamenta el Decreto 2685 de 1999, en caso de no acreditarse el pago dentro diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, valor este que no totalidad de la sanción por lo que el excedente deberá ser cancelado por el declarante.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia por correo certificado a los Representantes Legales de la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA con Nit 860.075.384.5 y de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO con Nit 860.009.578-6 o quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el artículo 567 del Decreto 2685 de 1999, modificado por los artículos 56 del Decreto 1232 de 2001 y 2 del Decreto 143 de 23 de enero de 2006.

(...)

ARTÍCULO QUINTO: INFORMAR que contra la presente providencia procede el recurso de reconsideración el cual deberá interponerse personalmente ante la División Jurídica Aduanera de esta Administración, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 515 a 518 del Decreto 2685 de 1999 (...)²¹

²¹ Folios 39 a 59 del cuaderno N° 1 del expediente.

7.2.1.2. La Resolución N° 0000662 de 23 de enero de 2009²² no se transcribe por cuanto confirmó en su integridad la resolución anteriormente transcrita.

7.2.2. De la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto del escrito contentivo de la demanda.

Al respecto, la Sala considera necesario recordar que estos cargos hacen referencia a: **III)** caducidad de la facultad sancionatoria respecto de **SEGUROS DEL ESTADO**; **IV)** Falsa motivación de los actos administrativos demandados; y **V)** la improcedencia de la sanción a **ADUANAS OVIC**, por cuanto dentro de sus obligaciones no se encuentra la de poner a disposición de la DIAN la mercancía introducida al territorio nacional.

En cuanto a la legitimación en la causa se considera necesario precisar que el estar legitimado en la causa de hecho (creencia de quien postula), por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a lograr la favorabilidad pretensional –según el interés de la parte–; pero si acontecerá si se está legitimado en derecho o materialmente, pues en esta se analiza la *litis* desde el interés sustancial y la relación sustantiva de derecho que ata a las partes y de cara al acervo probatorio y a la normativa aplicable al caso²³.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se observa que la demandante se encuentra legitimada de hecho en tanto fue quien otorgó la póliza que amparaba el posible incumplimiento de las obligaciones aduaneras de **ADUANAS OVIC**, última que resultó sancionado mediante los actos acusados. Y que está legitimada materialmente o de derecho, por cuanto luego de establecida la comisión de la conducta por **ADUANAS OVIC** se dispuso la afectación de la póliza de cumplimiento expedida por **SEGUROS DEL ESTADO**, con lo que se evidencia la posibilidad sustantiva para concurrir al proceso.

De ahí que la integración del binomio conformado por los dos aspectos que entrañan la legitimación, permita a la Sala concluir, contrario al Tribunal *a quo*, que la demandante se encuentra

²² Folios 60 a 85 del cuaderno N° 1 del expediente.

²³ Sentencia de 3 de mayo de 2018. M.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad.: 2008 00576 01. Demandante: Guillermo de Jesús Parra Jaramillo.

legitimada en la causa para actuar en el proceso de la referencia respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto.

Sumado a lo anterior, se considera necesario señalar que esta Sala de Decisión tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de procesos con identidad de supuestos fácticos y jurídicos, en los que se concluyó que la aseguradora se encuentra legitimada en la causa por activa para cuestionar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se hace efectiva la póliza expedida por **SEGUROS DEL ESTADO** respecto de las obligaciones de **ADUNAS OVIC**²⁴.

Como consecuencia de lo anterior la Sala abordará el estudio de los cargos planteadas tanto por **ADUANAS OVIC**, como de **SEGUROS DEL ESTADO**; para tal efecto, procederá a analizar los siguientes aspectos: **I)** obligación aduanera; **II)** caducidad de la acción administrativa sancionatoria; **III)** prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros; y **IV)** falsa motivación.

7.2.2.1. De la obligación aduanera:

Para el efecto debe precisarse que el asunto de la referencia tiene como supuesto fáctico la sanción que impuso la DIAN a **ADUANAS OVIC** por no poner a disposición la mercancía solicitada mediante Requerimiento Especial Aduanero N° 03.070.210.450.-003249 del 31 de julio de 2008 y la consecuente afectación de la póliza de cumplimiento N° 11-43-101000067 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO** y constituida por **ADUANAS OVIC**.

Por lo anterior, resulta de vital importancia traer a colación el concepto y alcance de la obligación aduanera que, para la época de ocurrencia de los hechos objeto de estudio, se encuentra regulada en los artículos 3 y 4 del Decreto 2685 de 1999, así:

“ARTÍCULO 3. RESPONSABLES DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el

²⁴ sentencia de 22 de marzo de 2018. Rad. 2009-00281 y sentencia de 5 de abril de 2018. Rad.: 2010 00630. Demandantes: ADUNAS OVIC Y SEGUROS DEL ESTADO. Demandado: DIAN. M.P.: Alberto Yepes Barreiro.

depositario, intermediario y **el declarante**, en los términos previstos en el presente Decreto.

Para efectos aduaneros la Nación estará representada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales²⁵ (negrillas y subrayas de la Sala).

(...)

“ARTÍCULO 4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella”²⁶ (negrillas y subrayas de la Sala).

De la anterior lectura, se advierte que la sanción devenida del incumplimiento de la obligación aduanera es de carácter personal, lo que de suyo implica que deba analizarse el factor subjetivo de la conducta.

Ahora bien, lo anterior no impide, en forma paralela, que las consecuencias por el incumplimiento o el cumplimiento en indebida forma recaigan en la mercancía misma, cuando se trata de definir la situación jurídica de las mercancías; supuesto que garantiza entre otras figuras las de aprehensión, decomiso y multa que se genera si no se autoriza el levante o autorizado, éste se retrotrae. De allí que el Estatuto Aduanero tenga como responsable de dicha obligación a cualquier persona que, en razón a su intervención o como consecuencia de las obligaciones derivadas en dicha operación, pueda determinarse como tal, se itera, en calidad de responsable.

Lo anterior permite evidenciar que el requerimiento aduanero no sólo puede ser atendido por quien ostente la calidad de importador en una operación de introducción de mercancías al territorio nacional, contrario a lo afirmado por **ADUNAS OVIC**, sino que también cobija a quienes en razón de su intervención en dicha operación estén en obligación de hacerlo.

Ahora bien, de los argumentos del recurso de apelación se observa la afirmación ateniende a que ADUANAS OVIC fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones de intermediario aduanero, razón por la que no podía ser sancionada por no haber

²⁵ Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016 pero vigente al momento de expedición de los actos acusados.

²⁶ *Ibidem*.

puesto a disposición de la DIAN las mercancías solicitadas mediante requerimiento especial aduanero, pues no las tenía en su poder.

Al respecto se considera necesario recordar que, de conformidad con el artículo 510 del Estatuto Aduanero, la respuesta al requerimiento especial aduanero deberá presentarse por el presunto infractor, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación, y en ella deberá formular por escrito sus objeciones y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. Aclarado lo anterior, procede la Sala a seguir con el esquema metodológico planteado líneas atrás, no sin antes anticipar que la jurisprudencia de esta Sala de Decisión ha señalado que el siniestro amparado mediante la póliza de cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de seguro aduanero tiene lugar con la notificación del acto administrativo que impone sanción, aspecto que será desarrollado en los párrafos subsiguientes.

Para el efecto se hace necesario precisar que la póliza N° 11-43-101000067 garantizaba el pago de tributos aduaneros y las sanciones a que hubiera lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de la actividad de intermediación aduanera realizada por **ADUNAS OVIC**.

En cuanto a la exigibilidad de la póliza, se hace necesario traer a colación el contenido de los artículos 1054, 1057, 1072 y 1073 del Código de Comercio, cuyo tenor literal es el siguiente:

***“ARTÍCULO 1054. <DEFINICIÓN DE RIESGO>**. Denomínese riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.*

(...)

***ARTÍCULO 1057. <TÉRMINO DESDE EL CUAL SE ASUMEN LOS RIESGOS>**. En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.*

(...)

***ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>**. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.*

(...)

***ARTÍCULO 1073. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>**. Si el siniestro, iniciado antes y*

continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.

Al respecto, la Sala de Decisión de la Sección Quinta de la Corporación ha señalado que para poder entender que ha acaecido el siniestro amparado en una póliza de cumplimiento no basta la comisión de una infracción aduanera, sino que se requiere su declaración por parte de la DIAN, la cual se materializa mediante los actos administrativos objeto de censura en el asunto de la referencia, es decir, con la imposición efectiva de la sanción por la autoridad aduanera y su consecuente orden de hacer efectiva la garantía asegurada²⁷.

Y es que precisamente esta Sala, mediante sentencia de 22 de marzo de 2018²⁸ concluyó que resulta incorrecto señalar que el siniestro del riesgo se configura con el incumplimiento de la obligación aduanera, la cual se materializa al vencimiento del requerimiento para poner a disposición la mercancía cuyo levante ha sido cancelado, pues como se explicó, una cosa es la comisión de la conducta reprochada y constitutiva de infracción aduanera que recae sobre el o los responsables aduaneros, y otra muy distinta la decisión de hacer efectiva la garantía asegurada que es lo que incide y se aplica directamente a la aseguradora al momento de ocurrencia del siniestro, que no es otro que el hecho de que el responsable aduanero no puso a disposición de la autoridad la mercancía.

Pues suponer lo propuesto por la parte actora, implicaría, de forma errada, que el lapso involucrado permanezca por fuera del inicio del término de vigencia de la respectiva póliza, siendo que para tal época no se contaba aún ni con la veracidad de la sanción a **ADUANAS OVIC**, así como tampoco con su adecuación típica, naturaleza (multa, suspensión o cancelación de actividades), tasación y menos con los aspectos esenciales para

²⁷ Sentencia del 21 de mayo de 2018. M.P.: Rocío Araújo Oñate. Rad.: 2009 00282 01. Demandante: Seguros del Estado, mediante la cual se reitera lo señalado por la Sección en los fallos proferidos en los expedientes números: 2010 00137 02, 2010 01402 01 y 2010 00630 01.

²⁸ M.P.: Alberto Yepes Barreiro. Rad.: 2009 00281 01. Demandante: Seguros del Estado y Otro.

viabilizar o no la afectación de la póliza N° 11-43-101000067, que se itera es la imposibilidad de colocar a disposición la mercancía objeto de decomiso.

En ese orden de ideas se concluye que el siniestro, esto es, la declaratoria de incumplimiento al requerimiento de poner a disposición de la autoridad aduanera las mercancías solicitadas, ocurrió dentro de la vigencia de la póliza, comprendida entre el 8 de enero de 2008 y el 8 de abril de 2009, toda vez que el primero de los actos administrativos demandados, esto es, el que impuso la sanción por no poner la mercancía a disposición de la DIAN fue proferido el 10 de octubre de 2008 y notificado el 17 de octubre de 2008. Con esto se materializa el binomio entre la comisión de la infracción aduanera y la concreción declarativa mediante los actos expedidos por la DIAN, acorde con lo que se explicó párrafos atrás. Lo anterior se puede evidenciar con mayor claridad a la luz del contenido del artículo 480 del Decreto 2685 de 1999 que dispone:

“EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS. Siempre que se haya otorgado garantía para respaldar el pago de tributos aduaneros y sanciones por el incumplimiento de obligaciones, si se configura una infracción, se hará efectiva la garantía otorgada por el monto que corresponda, salvo que el garante efectúe el pago correspondiente antes de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento de una obligación o imponga una sanción. En estos casos no procederá la imposición de sanción pecuniaria adicional.

Las sanciones de suspensión o de cancelación se podrán imponer sin perjuicio de la efectividad de la garantía de que trata el inciso anterior”
(Negrillas y subrayas de la Sala).

Así las cosas se advierte que, contrario a lo señalado por el apelante, la DIAN podía afectar la póliza N° 11-43-101000067, emitida por Seguros del Estado, pues la declaratoria del siniestro tuvo lugar dentro de los parámetros legalmente establecidos.

Sumado a lo anterior, se advierte que de la lectura detenida del numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 se deriva la facultad de la DIAN para aprehender y decomisar las mercancías que no encuentren correspondencia con los documentos que soportan la operación de comercio declarada o no se presenten en debida forma tales documentos.

A su turno, el artículo 503 del mismo Decreto señala como consecuencia de no poner a disposición las mercancías susceptibles de aprehensión y decomiso, la imposición de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor declarado en aduana, la cual se cargará al importador o declarante, según sea el caso. También podrá realizarse respecto del propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, también a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, asimismo respecto de quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. De allí que el cargo atiente a señalar que el requerimiento aduanero debía notificarse a la aseguradora quede desechado.

Situación que al ser analizada por la Sala puede advertirse ajustada a derecho, toda vez que la interpretación de las normas que sirvieron como fundamento para la expedición de los actos acusados, a la luz de los elementos probatorios que reposan en el expediente conducen a la imposición de la sanción a la sociedad **ADUANAS OVIC** y la consecuente afectación de la póliza expedida por **SEGUROS DEL ESTADO**, en el monto máximo de la misma, y por lo cual el excedente deberá ser asumido por la sociedad de intermediación aduanera.

7.2.2.2. Caducidad de la acción administrativa sancionatoria.

Al respecto, se recuerda que el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, prevé lo siguiente:

[...] ARTÍCULO 478. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA.

La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión [...] (Negritas por fuera de texto).

La atribución sancionatoria que recae en cabeza de la

Administración, se circunscribe a la imposición de aquellas cuando medie una infracción de las obligaciones aduaneras taxativamente establecidas en el Estatuto Aduanero, cometida por quien funge como el responsable de acatarla. Tales sanciones, podrán consistir en multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta. De acuerdo con lo anterior, las faltas se califican como leves, graves y gravísimas, respectivamente²⁹.

Tal como se explicó en párrafos precedentes, la sanción impuesta a la agencia **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** por parte de la **DIAN**, fue la establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, esto es, por no haberse podido aprehender la referida mercancía introducida al territorio nacional por **IMPORTADORA RISARALDA**, en tanto que esta no se puso a disposición de la autoridad aduanera cuando así lo requirió. El hecho objeto de sanción aduanera, lo constituyó la imposibilidad de aprehender la mercancía involucrada en la irregularidad, lo cual tuvo ocurrencia cierta y objetivamente demostrada, en el momento en que habiéndose ordenado tal aprehensión, no pudo materializarse.

El Requerimiento Ordinario Nro. 03.070.210.403-004365 de 17 de septiembre de 2007, se insiste, fue entregado el día 20 de septiembre de 2007 en las instalaciones de la agencia aduanera, otorgó quince (15) días calendario para poner a disposición la mercancía relacionada en las declaraciones de importación canceladas, por lo tanto, **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** contó con la oportunidad de ejecutar dicha obligación hasta el día **5 de octubre de 2007**, fecha límite después de la cual, al no hacerlo, quedó configurado el incumplimiento de la misma y la respectiva infracción aduanera.

Está comprobado en el proceso que con respuesta radicada el mismo **5 de octubre de 2007**, la agencia manifestó que no estaba en posibilidad de poner a disposición de la **DIAN**, en forma real y material, la mercancía solicitada mediante el referido Requerimiento Ordinario, por no tenerlas a su cargo bajo ningún título, desconocer su paradero, no ser responsable de las mismas y porque la importadora ya había adquirido su libre disposición.

²⁹ Ver artículos 476 y 477 del Decreto 2685 de 1999.

Es ese el instante en que ocurrió la omisión constitutiva de la infracción administrativa aduanera que la **DIAN** sancionó y que ahora es motivo de debate judicial, que no el propuesto en su impugnación por la parte actora, quien pretende circunscribirlo, equívocamente, al mes de noviembre de 2005 cuando fueron presentadas las declaraciones de importación sin la verificación de las condiciones del importador, siendo que para esa fecha no fue emitida la pluricitada orden de aprehensión cuya inobservancia se erige en la referida infracción aduanera.

Bajo la perspectiva impuesta por el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, (i) la comisión de la omisión que generó la infracción administrativa aduanera sancionada, sucedió el día **5 de octubre de 2007**, (ii) la **DIAN** tenía tres (3) años a partir de esa fecha para imponer la respectiva sanción antes que operara el fenómeno de la caducidad, los cuales vencían el día **5 de octubre de 2010**, (iii) por lo que, en el *sub lite*, fueron oportunamente interrumpidos con la notificación de la **Resolución nro. 03-064-191-668-2131-00-2141 de 10 de octubre de 2008**.

Por estas evidentes razones, la Sala observa que, contrario a lo manifestado por la parte actora, no estaba caducado el procedimiento administrativo sancionatorio en poder de la **DIAN**, por lo que debe desecharse el presente cargo formulado en contra de los actos acusados.

7.2.2.3. Prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros.

El artículo 1081 del Código de Comercio, ordena:

*“[...] **ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>**. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes [...]
(Negrillas por fuera de texto)

Para la Sala, tal y como fue considerado en el numeral 7.2.2.1. de la parte motiva de esta providencia, el riesgo asegurado se siniestró con la expedición y notificación del acto administrativo que impuso efectivamente la sanción garantizada con la Póliza de Cumplimiento Disposiciones Legales Nro. N° 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, esto es, con la **Resolución nro. 03-064-191-668-2131-00-2141 de 10 de octubre de 2008.**

En ese sentido, no pueden alegarse las prescripciones ordinaria ni extraordinaria previstas en la norma, en tanto que en el mismo acto que se declara el respectivo siniestro del riesgo asegurado, se ordena cobrar y hacer efectiva la garantía. Por lo tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

7.2.2.4. Falsa motivación de los actos acusados

Al respecto la Sala, advierte que este cargo hace referencia a la indebida aplicación de los artículos 1054, 1057, 1072, 1081 del Código de Comercio, a la violación del artículo 29 de la Constitución Política, a falta de reconocimiento del artículo 44 del C.C.A. y al desconocimiento del artículo 84 del C.C.A por falsa motivación de los actos.

En ese orden de ideas se considera necesario abordar el análisis de los demás aspectos de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida en primera instancia

Como consecuencia de ello, corresponde a la Sala establecer si los actos administrativos mediante los cuales se impuso sanción a **ADUANAS OVIC** y se afectó la póliza de seguro de cumplimiento expedida por Seguros del Estado se encuentran ajustados a derecho o no y, con ello determinar si el fallo proferido en primera instancia debe ser confirmado o revocado.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a analizar las normas que sirvieron de fundamento para proferir los actos acusados, por cuanto el Tribunal *a quo* concluyó que respondían en forma clara

los supuestos fácticos puestos a su consideración, para ello se acudirá a las siguientes normas del Decreto 2685 de 1999:

“DECRETO 2685 DE 1999

Por el cual se modifica la Legislación Aduanera.

(...)

ARTÍCULO 13. FINALIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN ADUANERA. La Intermediación Aduanera tiene como fin principal colaborar con las autoridades aduaneras en la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior, para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás procedimientos o actividades derivados de los mismos.

(...)

ARTÍCULO 22. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA. Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán en las controversias de valor, únicamente cuando declaren precios inferiores a los precios mínimos oficiales, o cuando declaren precios diferentes a los consignados en la factura aportada por el importador con los ajustes a que haya lugar.

ARTÍCULO 23. ATESTACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS DECLARACIONES Y FORMULARIOS. La presentación y suscripción de las declaraciones a través del sistema informático aduanero, o de formularios oficiales aprobados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de cualquier otra actuación que se surta ante las autoridades aduaneras, por parte de los representantes acreditados por las Sociedades de Intermediación Aduanera, conlleva la atestación por parte de éstas acerca de la veracidad de la información en ellos contenida.

La autoridad aduanera, sin perjuicio del ejercicio de sus facultades legales para la verificación documental o física, aceptará la información consignada en las declaraciones y formularios suscritos por los representantes autorizados de las Sociedades de Intermediación Aduanera.

ARTÍCULO 26. OBLIGACIONES DE LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA. Las Sociedades de Intermediación Aduanera, en ejercicio de su actividad, tendrán las siguientes obligaciones:

(...)

c) Responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, exportación, tránsito aduanero y demás documentos transmitidos electrónicamente o suscritos en desarrollo de su actividad, en los términos establecidos en el artículo 22 del presente decreto; (...)

ARTÍCULO 121. DOCUMENTOS SOPORTE DE LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN. Para efectos aduaneros, el declarante está obligado a obtener antes de la presentación y aceptación de la Declaración y a conservar por un período de cinco (5) años contados a partir de dicha fecha, el original de los siguientes documentos que deberá poner a disposición de la autoridad aduanera, cuando ésta así lo requiera:

(...)

g) Mandato, cuando no exista endoso aduanero y la Declaración de Importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado y, (...)

ARTÍCULO 128. AUTORIZACIÓN DE LEVANTE. La autorización de levante procede cuando ocurra uno de los siguientes eventos

(...)

9. Cuando practicada inspección aduanera física o documental, se establezca la falta de alguno de los documentos soporte, o que estos no reúnen los requisitos legales, o que no se encuentren vigentes al momento de la presentación y aceptación de la declaración, y el declarante dentro de los cinco (5) días siguientes los acredita en debida forma o,

(...)

ARTÍCULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos (...)

1.25 Cuando dentro de los términos a que se refiere el numeral 9 del artículo 128 del presente Decreto, o dentro de los procesos de control posterior **se determine que los documentos soporte presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada o, cuando vencidos los términos señalados en los numerales 6 y 9 del mismo artículo no se presentaron en debida forma los documentos soporte que acreditan que no se encuentra incurso en restricción legal o administrativa. (...)**

ARTÍCULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA. **Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso. También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de**

la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad. En aquellos casos en que no se cuente con elementos suficientes para determinar el valor en aduana de la mercancía que no se haya podido aprehender, para el cálculo de la sanción mencionada se tomará como base el valor comercial, disminuido en el monto de los elementos extraños al valor en aduana, tales como el porcentaje de los tributos aduaneros que correspondan a dicha clase de mercancía. La imposición de la sanción prevista en este artículo no subsana la situación irregular en que se encuentre la mercancía, y en consecuencia, la autoridad aduanera podrá disponer en cualquier tiempo su aprehensión y decomiso". (Subrayas y negrillas de la Sala).

Esta Judicatura anticipa que los cuestionamientos no disponen de entidad jurídica para lograr que se revoque la sentencia de 16 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones que siguen:

Los actos censurados, previo requerimiento especial aduanero a la sociedad ADUANAS OVIC S. en C. SIA., señalaron que:

- **ADUANAS OVIC** intervino como declarante autorizado, lo que la hace responsable administrativamente de la exactitud y veracidad de la información y datos consignados.
- Las sociedades de intermediación aduanera, al ser autorizadas por la DIAN, tienen dentro de sus obligaciones la de velar por la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el desarrollo de los regímenes aduaneros, destacándose la plena identificación de las personas jurídicas o naturales que actúan como importadores en los procesos de nacionalización de mercancías.
- **ADUANAS OVIC**, en su calidad de declarante autorizado, se benefició efectivamente de la operación de comercio, por cuanto: a) obtuvo lucro económico derivado de sus actuaciones, b) intervino en las mismas porque actuó como declarante autorizado en cada una de las declaraciones referidas, y c) un representante de dicha sociedad retiró un conjunto de las mercancías de la Sociedad Portuaria

Regional de Buenaventura, respecto de las cuales no se demostró cuál fue el destino final de las mercancías o a quién se entregaron.

- **ADUANAS OVIC** pudo advertir que los documentos de transporte no contaban con los endosos y/o mandato válidamente otorgados, para actuar ante la DIAN por parte de las personas que figuraban como representantes, pese a que las firmas plasmadas en esos documentos no correspondían con las de los señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Édgar Caballero Gómez.
- Como consecuencia de lo anterior se concluyó que las declaraciones de importación no contaban con el consentimiento del importador o consignatario del documento de transporte, por ende el intermediario tampoco contaba con la capacidad para actuar en su nombre y, los levantes otorgados por la autoridad aduanera no eran procedentes, así que era deber de la administración dejar sin efecto los levantes otorgados en las referidas declaraciones, lo que efectivamente fue ordenado.
- La DIAN, de conformidad con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, dentro de los procesos de control posterior, puede aprehender y decomisar la mercancía cuando constate que los documentos soporte no corresponden con la operación de comercio declarada.
- En aplicación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 cuando no sea posible aprehender la mercancía por no haberla puesto a disposición de la autoridad aduanera es procedente imponer sanción del 200% del valor en aduana de la mercancía al importador o declarante, a quien se haya beneficiado o a quien de alguna manera intervino en dicha operación y, toda vez que se encuentra acreditado que quien adelantó la importación de las mercancías objeto de estudio ante la DIAN fue Aduanas OVIC, era procedente la imposición de dicha sanción a la referida sociedad.

Como consecuencia de ello, corresponde a la Sala determinar si tales afirmaciones guardan relación con el material probatorio

que reposa en el expediente, para poder dar respuesta a los cargos de los recursos de alzada.

7.2.2.5. Del material probatorio

Junto con los actos acusados ya referidos se destacan los siguientes elementos probatorios:

- Resolución N° 001105 de 19 de mayo de 2006 por medio de la cual la DIAN canceló 872 autorizaciones de levante, en virtud de la orden recibida por parte del Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. y las instrucciones del Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN, de las mercancías en las que figuraba como importador la sociedad **IMPORTADORA DE RISARALDA**, declaraciones de importación tramitadas por la sociedad de intermediación aduanera **ADUANAS OVIC**, entre el 9 de septiembre y el 22 de noviembre de 2005³⁰.
- Requerimiento ordinario N° 03.070.210.403-004365 de 17 de septiembre de 2007, por el cual la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN requiere la puesta a disposición de las mercancías relacionadas en las 105 declaraciones de importación referenciadas, para proceder a aprehenderlas de acuerdo con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999³¹.
- Respuesta al anterior requerimiento, en el que **ADUANAS OVIC** solicita ser exonerada de responsabilidad administrativa aduanera por cuanto su actuar en el asunto objeto de estudio se encontraba enmarcado dentro de la normativa aduanera y penal³².
- Solicitudes de orden de retiro de carga suscritas por un representante de la sociedad **ADUANAS OVIC** respecto de los contenedores con mercancías amparadas en las declaraciones de importación objeto de estudio, las cuales

³⁰ Folios 4 a 14 del cuaderno N° 1 de antecedentes administrativos.

³¹ Folios 164 a 166 del cuaderno N° 3 de antecedentes administrativos.

³² Folios 169 a 170 del cuaderno N° 3 de antecedentes administrativos.

tenía a su cargo la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura³³.

- Acta de visita de la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN a las instalaciones de la **ADUANAS OVIC**, de fecha 25 de febrero de 2008, en la que se dejó constancia que las fotocopias de las declaraciones de importación del listado anexo y los documentos que las soportan, junto con el documento de transporte, factura comercial, mandato y/o endoso se remitirían a la DIAN a más tardar el 3 de marzo de 2007³⁴.

- Auto de 25 de febrero de 2008, mediante el cual la División de Fiscalización Aduanera solicita a la sociedad **ADUANAS OVIC** los soportes de 85 declaraciones de importación presentadas ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira y, 20 declaraciones de importación presentadas ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Buenaventura, para un total de 105 declaraciones de importación en las que **ADUANAS OVIC** aparece como declarante de mercancías de la sociedad Importadora Risaralda³⁵.

- Requerimiento especial aduanero N° 03.070.210.450-0032449 de 31 de julio de 2008 mediante el cual se propone sancionar a **ADUANAS OVIC** en la suma de setecientos veinticinco millones setecientos cuarenta y tres mil setecientos tres pesos (\$725'743.70.) por no poner a disposición de la autoridad aduanera mercancías que permanecen de manera ilegal en el territorio nacional, las cuales ingresaron única y exclusivamente por la actividad que desarrolló la mencionada sociedad³⁶.

- Póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales N° 11-43-101000067 expedida el 18 de octubre de 2007 por **SEGUROS DEL ESTADO**, afianzando las obligaciones tributarias y sancionatorias aduaneras a **ADUANAS OVIC**, cuya vigencia tiene como límites temporales el 8 de enero de 2008 y el 8 de abril de 2009, con valor asegurado de

³³ Folios 184 a 193 del cuaderno N° 3 de antecedentes administrativos.

³⁴ Folio 267 del cuaderno N° 4 de antecedentes administrativos.

³⁵ Folios 268 a 269 del cuaderno N° 4 de antecedentes administrativos.

³⁶ Folios 563 a 569 del cuaderno N° 6 de antecedentes administrativos.

cuatrocientos treinta y ocho millones ciento noventa mil pesos (\$438'190.000), y en el que se lee como objeto del seguro:

“Con sujeción a las condiciones generales de la póliza que se anexan, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido, Seguros del Estado S.A., garantiza:

GARANTIZAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y LAS SANCIONES A QUE HAYA LUGAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION ADUANERA, CONTENIDAS EN EL DECRETO 2685 DE 1999 EN LOS ARTICULOS 26, 354 Y 356 DEL DECRETO 1232 DE 2001, DECRETO 3600 DE 2005. LA RESOLUCION 4240 DE 2000, RESOLUCION 7002 DE 2001 Y DEMAS NORMAS VIGENTES QUE LA MODIFIQUEN O ADICIONEN, IGUALMENTE RESPONDER POR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y DE LAS DEMAS SANCIONES QUE HAYA LUGAR EN CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES COMO DECLARANTE EN MODALIDAD DE TRANSITO ADUANERO NACIONAL

**NOTA* LA COMPAÑIA DE SEGUROS RENUNCIA EXPRESAMENTE AL BENEFICIO DE EXCUSION, DE CONFORMIDAD CON EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 496 DE LA RESOLUCION 4240 DE JUNIO 2 DE 2000.*

**NOTA* LA PRESENTE POLIZA TIENE UNA VIGENCIA DESDE LAS 00:00 08.01.2008 HASTA LAS 24:00 08.04.2009”³⁷.*

De la lectura del material probatorio es claro que ADUANAS OVIC presentó orden de retiro respecto de mercancías amparadas en las declaraciones de importación objeto de estudio, de los depósitos de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, con lo que se desvirtúa la afirmación de no haber tenido a su disposición las mercancías para poder atender el requerimiento de la DIAN, más aun cuando dentro del plenario no obra prueba del destino que tuvieron las mismas, pues correspondía a ADUANAS OVIC demostrar que no tenía a su cargo tales mercancías para poder desvirtuar las consideraciones de los actos acusados, que se decantaron por señalar que era la llamada a ponerlas a disposición.

³⁷ Folio 38 del cuaderno N° 1 del expediente.

De lo anterior se concluye que ADUANAS OVIC no demostró que las mercancías estuvieran en posesión del importador, luego su argumento consistente en que el llamado a atender el requerimiento aduanero era éste carece de sustento probatorio.

Así las cosas, la Sala concluye que el requerimiento realizado por la DIAN a ADUNAS OVIC se encuentra ajustado a derecho por cuanto estaba obligada a poner a disposición de la DIAN las mercancías retiradas de la Sociedad Portuaria de Buenaventura.

En ese orden de ideas, es claro que siguiendo con el esquema temático planteado, líneas atrás, se analizará la contingencia que amparaba la póliza N° 11-43-101000067 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO** para garantizar el cumplimiento de las obligaciones aduanera de **ADUANAS OVIC** respecto de la DIAN.

Todo lo anterior refleja para la Sección Quinta que no se advierte yerro en la valoración e interpretación probatoria que las censoras imputaron respecto al aseguramiento de las conductas sancionadas y su posible desfase con el tiempo de su concurrencia, ni en el monto de cobertura asegurada ni en la supuesta obligatoriedad de notificar el requerimiento especial a la aseguradora.

Como consecuencia de lo anterior se confirmará la sentencia apelada, en tanto negó la declaratoria de nulidad de los actos de mandados, en el entendido que la sanción impuesta a Aduanas OVIC encuentra sustento en el incumplimiento a lo dispuesto en las normas del Decreto 2865 de 1999, antes transcritas, y como consecuencia de ello la afectación de la póliza expedida por Seguros del Estado debía afectarse, comoquiera que ésta amparaba el pago de sanciones derivadas de la actividad de intermediación aduanera y el siniestro tuvo ocurrencia durante la vigencia de la misma.

Así las cosas, la Sala revocará el ordinal primero de la sentencia recurrida, conforme se explicó en párrafos precedentes, y la confirmará en lo demás, comoquiera que se denegaron las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero.- REVOCAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 16 de abril de 2012 por la Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por la DIAN, respecto de los cargos tercero, cuarto y quinto y, en su lugar NEGARLA.

Segundo.- CONFIRMAR el fallo apelado en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

Tercero.- DEVOLVER el expediente de la referencia al tribunal de origen, una vez quede en ejecutoriada la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

