

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

REF: Expediente núm. 2009-00283-01.

Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de octubre de 2011, proferida por la Sección Primera – Subsección «B»- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actora: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la actora contra la sentencia de 13 de octubre de 2011, proferida por la Sección Primera –Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- ADUANAS OVIC S.A. EN C. S.I.A., a través de apoderada, presentó demanda ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la Resolución núm. 2193 de 20 de octubre de 2008, expedida por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- División de Liquidación-.

2ª: Es nula la Resolución núm. 00663 de 23 de enero de 2009, expedida, por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- División Jurídica Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá-.

3ª: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad demandada al pago de todas las sumas de dinero en que tuvo que incurrir con ocasión de la imposición de la sanción contenida en los actos acusados, tales como primas de seguro, cauciones, etc.

4ª: Igualmente, solicita que se condene a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- a indemnizarla por los daños y perjuicios derivados con ocasión de esta acción y que se demuestren a lo largo de la misma; así como al pago de costas y gastos del proceso.

I.2.- La parte actora, en síntesis, fundamentó sus hechos de la siguiente forma:

Que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., que se presumía legalmente constituida conforme al certificado de existencia y representación legal otorgado por la Cámara de Comercio de su domicilio, contrató sus servicios de intermediación aduanera para la realización de los trámites de nacionalización de varias mercancías de su propiedad.

Señaló que realizó varias operaciones de importación en cumplimiento de la legislación aduanera, declaraciones que obtuvieron levante y que se relacionan con la Resolución núm. 2193 de 20 de octubre de 2008 (acusada).

Indicó que a través de Resolución núm. 001105 de 19 de mayo de 2006, la División de Servicio de Comercio Exterior de la Administración de Pereira, ordenó la cancelación del levante de todas las declaraciones de importación por ella tramitadas a nombre del falso importador.

Arguyó que el 17 de septiembre de 2007, la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN de Bogotá, mediante Requerimiento Ordinario le ordenó poner a su disposición las mercancías nacionalizadas, con fundamento en que la constitución de la empresa importadora se hizo por medios no idóneos y que el levante de las declaraciones fue cancelado.

Explicó que no pudo cumplir la orden anterior, comoquiera que al momento de obtener el levante, el importador ya había adquirido libre disposición de las mercancías, hecho por el cual la entidad demandada expidió Requerimiento Especial Aduanero núm. 003250, a través del que se «propuso» imponer la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía.

Enunció que dentro del término establecido en el artículo anterior, radicó respuesta al mencionado Requerimiento Especial Aduanero, explicando las razones por las cuales no podía poner a disposición las mercancías y, por ende, solicitó el archivo del proceso.

Manifestó que la División de Liquidación de la DIAN Bogotá, expidió la Resolución núm. 2193 de 20 de octubre de 2008, por la cual le impuso una multa por el valor de \$519'210.868.00, por considerar que ella debió prever que el importador pudo haberse constituido mediante fraude y estafa.

Afirmó que el 11 de noviembre de 2008, interpuso recurso de reconsideración contra la anterior Resolución, para lo cual aportó los documentos exigidos al importador antes de formalizar el contrato de intermediación aduanera, tales como certificado de existencia y representación legal, RUT, diligenciamiento de la Circular 0170 de 2002 y todas las pruebas que demostraban que la Sociedad de Intermediación Aduanera -SIA- había hecho un despliegue investigativo con el fin de corroborar la existencia de la persona jurídica del importador.

Sostuvo que a pesar del acervo probatorio mencionado, la entidad demandada resolvió el recurso anterior, en forma desfavorable, a través de la Resolución núm. 00663 de 23 de enero de 2009.

I.3.- Fundamentos de Derecho:

En apoyo de sus pretensiones, la parte actora adujo la violación de los artículos 1º, 13 y 83 de la Constitución Política; 2º literal b), 503, 29 y 476 del Decreto 2685 de 1999; y, la Circular 0175 de 29 de octubre de 2001. En síntesis expresó lo siguiente:

Que el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, establece que si no es posible aprehender una mercancía, la sanción se puede imponer al importador (que en este caso resultó ser inexistente), al propietario (quienes suplantaron a los constituyentes de la empresa), tenedor o poseedor (quien actualmente tenga la mercancía), quien se haya beneficiado de la operación (los suplantadores), quien de alguna manera intervino en la operación (la línea naviera o aérea, muelles, depósitos o sociedades portuarias, agentes de carga, operadores portuarios o sociedades de intermediación aduanera).

Afirmó que realizó los procedimientos exigidos por la Circular 0170 de 2002 de la Unidad de Información y Análisis Financiero -UIAF- para el conocimiento del cliente, solicitando que le fueran aportados el certificado de existencia y representación legal, RUT, certificaciones bancarias y el diligenciamiento del formulario adjunto en la Circular citada, los cuales fueron estudiados y aprobados, desconociéndose que habían sido obtenidos en forma fraudulenta.

Manifestó que si los supuestos suplantadores lograron engañar a la

DIAN, a la cámara de comercio, al transportador, a la sociedad portuaria de Buenaventura, al Banco para la apertura de las cuentas, también era posible que la SIA fuese engañada, pues no era su obligación conocer personalmente al representante legal y tampoco que el mandato fuera firmado con nota de presentación personal como sí se exige para la expedición del RUT, de la apertura de la cuenta bancaria y del registro de la empresa en la cámara de comercio.

Relató que actuó de buena fe y en cumplimiento del principio de confianza legítima en los actos de la Administración, pues antes de llegar a sus manos el mandato, la empresa había pasado por controles previos por parte del Estado, razón por la cual no acepta que le sea aplicada la sanción consagrada en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

Mencionó que, por lo anterior, denuncia la flagrante violación al artículo 83 Superior, que establece que: «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas».

Aseveró que la entidad demandada en las Resoluciones acusadas, reconoció que dicha sociedad no cometió ninguna irregularidad en las operaciones de importación encomendadas, sino que, por el contrario, presentó correctamente las declaraciones de importación, liquidó y pagó los tributos aduaneros y obtuvo el levante de las mercancías, que es lo que exige la normativa aduanera.

Indicó que debido a un fraude y suplantación en la constitución de la sociedad importadora, la DIAN decidió cancelar el levante de las declaraciones de importación y le ordenó poner a disposición unas mercancías que no estaban en su poder y por este hecho, le impuso una sanción del 200% del valor en aduanas de las mismas, desconociendo que en este caso la cancelación del levante no obedecía a un error de ella en el procedimiento de importación, sino a un concierto de delitos en el cual ella resultó engañada y perjudicada por este proceso, hecho que se escapa a todas luces del espíritu de justicia que debe ser aplicado a los procesos aduaneros, pues se le está exigiendo más allá de lo que la norma aduanera dispone.

Expresó que por haberse vulnerado los artículos 29 de la Constitución Política y 476 del Decreto 2685 de 1999, debe declararse la nulidad de las Resoluciones censuradas, pues la DIAN pretende sancionarla por no haber descubierto que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., había sido creada mediante fraude y suplantación, lo cual, a la fecha en que se profirieron los actos acusados, no se consideraba una infracción «por haber sido derogada la norma que contenía la obligación».

Alegó que «el artículo 26 modificado por el Decreto 3600 de 2005», invocado en la Resolución acusada, hace referencia a que la SIA debe responder por los datos que consigne en las Declaraciones de Importación, tales como descripción y clasificación de la mercancía, cantidad, liquidación y pago de tributos aduaneros, etc., datos que por no haber sido cuestionados en este proceso se presume que no adolecen de ningún error.

Sostuvo que la DIAN concluyó que según la citada preceptiva, la SIA es responsable de las actuaciones desarrolladas por la

Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., y que por este hecho es procedente la aplicación de la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, es decir, por no haber investigado y descubierto las maniobras engañosas de esta sociedad, infracción que no se encuentra prevista en el artículo 26 del Decreto 2685 de 1999 ni en el artículo 503 del mismo compendio normativo, razón por la cual no puede ser sancionada.

Arguyó que, por su parte, el artículo 485, numeral 2.7 del Decreto 2685 de 1999, establece la sanción de 30 salarios mínimos para la sociedad de intermediación aduanera -SIA- que no verifique la existencia del importador o exportador. Sin embargo, según el Concepto 046 de 6 de octubre de 2006, el legislador expresamente eliminó la obligación de verificar la existencia del importador y por sustracción de materia, la sanción por el incumplimiento de esta obligación.

Resaltó que a pesar de lo anterior, en cumplimiento de la Circular 0170 de 2002, la demandante sí verificó la existencia del importador, dado que le solicitó que le fueran aportados los documentos idóneos para este fin, como son los certificados de existencia y representación legal, copia del RUT, diligenciamiento del formulario de identificación del cliente de la citada Circular, mas sin embargo, la importadora resultó ser una sociedad fraudulenta, hecho que se escapa de la esfera de su responsabilidad y por ende, no debe ser sancionada, ni por aplicación del artículo 485, numeral 2.7 ni del 503 del Decreto 2685 de 1999.

Señaló que según la Circular 075 de 2001 (dirigida a todos los jefes de las distintas divisiones de la DIAN), se dejan claras las políticas de la entidad demandada frente a la aplicación de sanciones como es principalmente, que exista norma que tipifique el hecho como infracción, política que se desprende del principio de legalidad.

Enunció que estos parámetros de seguridad jurídica establecidos por la DIAN, son aplicados por algunos funcionarios de esta entidad y por otros no, tal como lo establece el Jefe de la División Jurídica Aduanera en la Resolución quien manifiesta que las decisiones no son tomadas por la División Jurídica sino por cada funcionario en particular.

Subrayó que decisiones tan importantes como las constitutivas de sanciones de doscientos millones de pesos, no pueden depender de las pasiones del funcionario de turno, sino que deben fundamentarse en la legislación aduanera, la cual derogó la obligación de sancionar por no verificar la existencia del importador, además de los memorandos y circulares en los que se exige a los funcionarios de la DIAN dar aplicación al principio de legalidad.

Afirmó que en el presente caso, es una obligación de imposible ejecución poner a disposición de la DIAN una mercancía que nunca ha sido de su propiedad y que además, nunca ha tenido en su poder, por ser su función de intermediación en la operación aduanera, por lo tanto, la mercancía siempre está en custodia de los transportadores, los depósitos habilitados de la DIAN y finalmente es entregada a manos del importador.

Manifestó que, igualmente, resulta violatorio del principio de justicia, que la demandada imponga la sanción en cuestión, dado que en cumplimiento de su actividad de «agenciamiento» aduanero, hizo que el importador liquidara y pagara los tributos aduaneros para que el Estado no sufriera ningún perjuicio.

I.4.- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena- División Jurídica-, contestó la demanda y, en síntesis, fundamentó su oposición de la siguiente forma:

Que la decisión de imponer la sanción a la sociedad demandante se encuentra debidamente soportada en la legislación aduanera (artículos 3, 10,12, 13, 14, 22 y 87) que le impone una serie de obligaciones en su calidad de intermediador.

Relató que el Legislador al calificar a dichas sociedades como «AUXILIARES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADUANERA», delegó en ellas algunas funciones públicas, constituyéndose tales sujetos en parte de la Administración Pública Aduanera (guardadas las proporciones), debiendo, por ende, desarrollar sus tareas con el máximo grado de responsabilidad y cuidado, con el objeto de salvaguardar los intereses del Estado.

Mencionó que dichas funciones le generan algunas obligaciones, tales como el 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.

Aseveró que dentro de tales obligaciones, se encuentran las establecidas en la Circular núm. 0170 de 10 de octubre de 2002, publicada en el Diario Oficial núm. 44.962 de 12 de octubre de 2002, a través de la cual el Director General de la Dirección de

Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, instruye, entre otros usuarios, a las Sociedades de Intermediación Aduanera –SIA- sobre los mecanismos de control que se deben adoptar para prevenir, detectar, controlar y reportar operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con el lavado de activos, por cuanto, como se indica en la mencionada Circular¹, en las empresas que prestan servicios de comercio exterior radica el conocimiento del cliente y del mercado.

Adujo que con el fin de dotar tanto a los usuarios como a los auxiliares de la función pública aduanera de herramientas para poder cumplir con la obligación mencionada, se indicaron en el anexo 1 de la referida Circular, las «señales de alerta» que deben llamar la atención al usuario por constituir un indicio que permite detectar la realización de una operación inusual o sospechosa de estar vinculadas a operaciones de lavados de activos.

1 Ver numerales 5.2 y 5.2.1

Transcribió tales «señales de alerta», entre las que se resaltan, las «importaciones realizadas por personas naturales o jurídicas, sin trayectoria en la actividad comercial del producto importado»; «Importaciones por valores superiores frente al capital con el cual fue constituida la empresa, especialmente si se trata de empresas con poco tiempo de creación»; «cuando un importador cambie constantemente de SIAS y DEPÓSITOS»; etc.

Indicó que de lo anterior se colige que la demandante no dio juicioso y estricto cumplimiento a las exigencias contempladas en la Circular 170 de 2002, pues de su contenido se deduce que su obligación frente al conocimiento del cliente no se limitaba a solicitar que le fueran aportados el certificado de existencia y representación legal, el RUT, cuentas bancarias y el diligenciamiento del formulario ajunto a la citada Circular, sino que, su función se circunscribía a garantizar el desarrollo de unas operaciones de comercio exterior lícitas, para lo cual debía ir mucho más allá que la solicitud de tales documentos, máxime cuando de las pruebas aportadas a la investigación se establece que en relación con las operaciones de importación para las que fue contratada, se había configurado más de una de las «señales de alerta» relacionadas en la pluricitada Circular.

Explicó las siguientes señales:

- Que según el certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., fue creada en la Ciudad de Pereira, el 26 de agosto de 2004, por consiguiente, a la fecha de las importaciones tramitadas por la sociedad demandante, que fueron presentadas entre el 9 de septiembre y 22 de noviembre de 2005, apenas había transcurrido un año desde su creación, término dentro del cual en el ámbito comercial no puede afirmarse que una empresa cuenta con «trayectoria en la actividad comercial», señal ésta que la actora debió observar a efectos de realizar las indagaciones pertinentes con el fin de obtener un mejor conocimiento de su cliente.
- Que según el referido certificado, el capital con el que fue constituida la empresa en cuestión, asciende a la suma de \$20'000.000.00, mientras que el valor de las importaciones agenciadas por la SIA, ascienden a una suma muy superior si se tiene en cuenta que actuó en «971» Declaraciones de

Importación, al amparo de las cuales se pretendió importar mercancía por un valor en aduana que asciende a la suma de \$2.938.797.101,19. Esta circunstancia, además de constituir una señal de alerta de las sociedades de intermediación aduanera – SIA-, demuestra a todas luces, la falta de diligencia, cuidado y responsabilidad de la actora en el ejercicio de sus funciones como auxiliar de la función pública aduanera, concedora no solo de la normatividad que regula el comercio exterior, sino además de las prácticas usuales, no siendo desde ningún punto de vista aceptable que haya pasado por alto un hecho tan evidentemente irregular.

Expresó que la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA, actuó como declarante autorizado en las 132 declaraciones de importación, objeto de sanción, sin cumplir con las obligaciones que tenía en su condición de «AUXILIAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADUANERA» respecto del conocimiento de su cliente, dado que aún cuando pareciera que sí lo hizo, dentro del proceso administrativo se demostró que fueron utilizados en forma fraudulenta el nombre de las dos personas para la constitución de la Sociedad Importadora de Risaralda, sin que adelantara los trámites necesarios para conocer a su cliente, conocimiento que ha debido incluir el estudio comercial y financiero que le permitiera establecer realmente la existencia del presunto importador, análisis que la demandante no hizo por cuanto se limitó a efectuar una revisión documental sin realizar las verificaciones del caso.

Alegó que la actora realizó una actuación irregular, pues las Sociedades de Intermediación Aduanera –SIA- deben adelantar los trámites de importación ante las autoridades aduaneras, previo endoso aduanero del documento de transporte, el cual según el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, vigente para la época de los hechos, «es aquel que realiza el último consignatario del documento de transporte, a nombre de un intermediario aduanero para efectuar trámites ante la autoridad aduanera.», constituyéndose en un presupuesto legal para que las SIA puedan efectuar los trámites de importación y en un requisito previo a la presentación y aceptación de la Declaración de Importación, tal como lo señala el artículo 121 del E.A., que establece:

«ARTICULO 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,

(...))»

Aseguró que la norma transcrita no se cumplió con respecto de las 132 Declaraciones de Importación, objeto de la sanción demandada, dado que dentro del proceso administrativo se demostró que la Jurisdicción Penal probó que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., que supuestamente endosó los documentos de transporte para que la demandante pudiera efectuar los trámites de importación ante las autoridades aduaneras, era una empresa de papel y que los supuestos socios fueron dos personas a quienes se utilizó fraudulentamente sus nombres para la constitución de dicha sociedad y que tal como lo denunciaron ante la Justicia Penal, nunca realizaron importación alguna y como consecuencia de ello, tampoco firmaron ningún endoso ni otorgaron mandato para que la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA realizara tramite de importación alguno.

Concluyó que al quedar demostrada la falta de endoso aduanero o mandato, se evidencia sin lugar a equívocos que el levante de la mercancía se obtuvo sin el lleno de los requisitos legales para ello.

Sostuvo que cancelado el levante otorgado a las mercancías relacionadas en las «132» Declaraciones de Importación, éstas quedaron incursas en la causal de aprehensión y decomiso, señalada en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Arguyó que en virtud de la norma anterior, solicitó a la actora a través de Requerimiento Ordinario núm. 03-070-210-403-004366 de 17 de septiembre de 2007, que pusiera a su disposición la mercancía relacionada en las Declaraciones de Importación allí referidas, para efectos de proceder a su aprehensión y decomiso, requerimiento que no fue cumplido por parte de la sociedad demandante, motivo por el cual era legalmente aplicable la sanción contenida en el citado artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

Señaló que la solicitud de poner a disposición de la autoridad aduanera se dirigió a la actora, en su calidad de declarante autorizado, por cuanto ésta es responsable de las obligaciones que se derivaron de su intervención, de conformidad con el artículo 3º ibídem, quien no cumplió con las mismas, por lo que se concluye que no existió violación alguna del pluricitado artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, sino que, por el contrario, el mismo fue aplicado de conformidad con las circunstancias fácticas que rodearon la investigación.

Enunció que frente a la alegada violación del artículo 83 Superior, por el cual la demandante fundamenta su actuar de buena fe y el principio de la confianza legítima, la Corte Constitucional ha considerado que «En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculta para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional»². Por lo tanto, al haber quedado demostrado que la demandante incumplió sus deberes y obligaciones

como «AUXILIAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADUANERA», está en la obligación de soportar la carga legal que su incumplimiento le acarrea.

Afirmó que en relación con el principio de la confianza legítima, ha de tenerse en cuenta que la citada Corporación Judicial, en sentencia T-472 de 2009 (Magistrado ponente doctor Jorge Iván Palacio) señaló que:

2 Sentencia C-088 de 2000, Expediente D-2469 M.P. doctor FABIO MORÓN DÍAZ y Sentencia T-460 de 1992 M.P. doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

«...la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa»

Argumentó que, en consecuencia, y al no presentarse actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares de parte de la entidad demandada, sino ante la aplicación juiciosa y estricta de la normativa aduanera en ejercicio de sus deberes, resulta claro que en el sub examine no puede considerarse que haya habido vulneración alguna del citado principio.

Manifestó que el cargo relativo a «LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL

ARTÍCULO 2, LITERAL B) DEL DECRETO 2685 DE 1999, PRINCIPIO DE JUSTICIA POR FALTA DE APLICACIÓN» no está llamado a prosperar, por cuanto el levante de la mercancía se obtuvo de manera irregular, lo cual conllevó a que la entidad demandada en ejercicio de sus facultades legales le cancelara el levante otorgado y que como consecuencia de ello, la mercancía relacionada en las Declaraciones de Importación quedara en situación de ilegalidad dentro del territorio aduanero colombiano.

Indicó que tal irregularidad tuvo su origen en la inexistencia de la persona jurídica de la «sociedad importadora», con la que contrató la demandante, inexistencia que ha debido ser detectada si

ADUANAS OVIC S EN C SIA hubiese cumplido con su deber legal, efectuando mecanismos de control y verificación tendientes a conocer a su cliente.

Señaló que el cargo de «LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29

DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ARTÍCULO

416 DEL DECRETO 2685 DE 1999, POR FALTA DE APLICACIÓN», no está llamado a prosperar dado que las razones aducidas por el apoderado de la parte actora no son las que sirvieron de sustento para la expedición de los actos acusados, pues no es cierto que la sanción obedezca al hecho de no haber descubierto que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., había sido creada mediante fraude y suplantación. Tampoco es cierto que la sanción impuesta haya sido la contenida en el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999.

Explicó que tales imprecisiones se desvirtúan en el hecho de que el fundamento fáctico de la sanción impuesta es el de no haber podido aprehender la mercancía por cuanto no se puso a su disposición, pues el Requerimiento se efectuó debido a la cancelación del levante de las «132» Declaraciones de Importación.

Aseveró que la sanción tiene como fundamento legal el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, por consiguiente, lo afirmado por la actora no tiene incidencia alguna en la actuación administrativa adelantada por la entidad demandada y que concluyó con la expedición de los actos acusados.

Mencionó que el cargo relativo a «LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LA

CIRCULAR 0175 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2001 Y VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (sic), PRINCIPIO DE IGUALDAD DE APLICACIÓN» tampoco está llamado a prosperar, en la medida en que se fundamenta en argumentos falsos, pues de la revisión de la Resolución núm. 000663 de 23 de enero de 2009, se pudo establecer que la misma fue expedida por la Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica.

Adujo que si bien es cierto que las decisiones son adoptadas por diferentes funcionarios, dependiendo de la estructura de la entidad, también lo es que las mismas se soportan en la legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina legalmente aplicable, tal como sucedió en el caso bajo estudio, en el que se impuso una sanción totalmente ajustada a derecho.

Expresó que, además de lo anterior, no debe olvidarse que las decisiones en cada caso se resuelven de manera particular y concreta, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas correspondientes y de conformidad con las pruebas allegadas a la actuación.

Finalmente, sostuvo que el cargo de «LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR “NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE”, POR FALTA DE APLICACIÓN» tampoco está llamado a prosperar, comoquiera que el hecho de que ADUANAS OVIC S EN C SIA estuviese presuntamente imposibilitada para poner a su disposición la mercancía en situación de ilegalidad, no es óbice para la no aplicación de la sanción allí prevista, por cuanto la infracción consagrada en la disposición legal tiene precisamente dentro de los presupuestos legales para su aplicación la imposibilidad de aprehender la mercancía por no haber sido puesta a disposición de la autoridad aduanera.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

La Sección Primera -Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 13 de octubre de 2011, denegó las súplicas de la demanda. En esencia, adujo lo siguiente:

Que frente al primer cargo: «violación de los artículos 1 y 83 de la Constitución y 503 del Decreto 2685 de 1999», dentro de las operaciones de comercio exterior a las sociedades de intermediación aduanera -SIA-, se les ha confiado un importante papel en materia de cumplimiento de las normas, y en esa medida, se les ha conferido una naturaleza y teología especial.

Alegó que al examinar los artículos 1º, 12, 13 y 14 del Decreto 2685 de 1999, se tiene que las SIA son personas jurídicas cuyo objeto social principal es el ejercicio de la intermediación aduanera, para lo cual deben obtener autorización por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

Precisó que dichas sociedades tienen por finalidad colaborar con las autoridades aduaneras en la debida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior, es decir, que contribuyen en el correcto desarrollo de los reglamentos aduaneros y demás procedimientos o actividades derivadas de los mismos.

Sostuvo que su naturaleza es mercantil y de servicio, y en atención a su objeto deben facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, etc., por dicha razón, esta misma normativa define a la intermediación aduanera como una actividad auxiliar de la función pública aduanera.

Aseguró que en cuanto a sus responsabilidades, se encuentran consagradas en los artículos 3º y 22 del Decreto 2685 de 1999, igualmente vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos, según los cuales, por regla general, son responsables de las obligaciones aduaneras el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o tenedor de la mercancía, y además, por motivo de su intervención, entre otros participantes de las operaciones de comercio exterior, las Sociedades de Intermediación Aduanera -SIA.

Arguyó que las SIA son responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías; igualmente estas sociedades son de manera directa responsables por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

Relató que frente a tal aspecto, el Consejo de Estado en interpretación del artículo 87 del Decreto 2685 de 1999, precisó que:

«La intermediación aduanera es una actividad fundamental y decisiva en materia de operaciones de comercio exterior, por lo que su responsabilidad y obligaciones deben estar acorde con esa importante labor. Cuando se trata de importaciones, si bien la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidas en las normas correspondientes (artículo 87 Decreto 2685 de 1999). Para que la mercancía de procedencia extranjera finalmente quede en el territorio nacional, se deben adelantar una serie de procedimientos en los que intervienen personas diferentes al importador y frente a la DIAN. Pero como se señaló, tal vez la intervención más importante durante el trámite de la importación es la de las sociedades de intermediación aduanera que a nombre y por encargo de los importadores adelantan todo el procedimiento. Se entiende que se trata de personas especializadas en el tema, a quienes se les confían labores muy importantes en todo lo relacionado con el comercio internacional, labores que van desde el adelantamiento del trámite hasta la liquidación y pago de los tributos que gravan las importaciones...»³

³ El a quo no identificó la providencia transcrita.

Mencionó que la sanción administrativa a la SIA, se impuso con base en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, disposición que aplicó la entidad demandada ante la imposibilidad de la aprehensión de las mercancías que habían quedado en situación de ilegalidad en el País, luego de que en un control posterior se hubiesen detectado irregularidades en los documentos soporte y se cancelaran las autorizaciones de levante que las amparaban, trámite para el cual la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. contrató los servicios de la actora.

Aseveró que la sanción prevista en la norma mencionada, es aplicable por cuanto se configuró una causal de aprehensión de mercancías y éstas no se pudieron aprehender al no haber sido puestas a disposición de la DIAN, ya sea porque fueron destruidas o transformadas, etc. La sanción, en principio, se impone al importador o al

declarante, según el caso, pero también se puede imponer a los demás intervinientes de la operación, como lo son las SIA.

Adujo que en el sub judice, se pusieron en manos de la actora todas las gestiones concernientes a la nacionalización, pago y consecuente legalización de las mercancías importadas, lo que significa que era en la persona del intermediario y no en la del importador, la que estaba a cargo de obtener las autorizaciones de levante que finalmente fueron canceladas, por lo tanto era perfectamente válido para la demandada exigir de la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA el cumplimiento de las normas aduaneras sobre las cuales dicha sociedad tenía responsabilidad en calidad de auxiliar de la Administración en esta materia.

Indicó que en ese sentido, dentro del régimen de importación, las responsabilidades se derivan por razones de intervención de la persona o sujeto aduanero en el proceso de importación, según lo prevé el artículo 3º del Decreto 1909 de 1992, de modo que el importador, en principio, debe responder en cualquier circunstancia por las obligaciones que le han sido atribuidas, como el pago efectivo de los tributos, y las SIA por faltas administrativas en que incurra y las multas o sanciones que con su intervención se produzcan o generen.

Expresó que en este caso, la vinculación de la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA en su calidad de declarante y auxiliar de la función pública aduanera, adquiere mayor relevancia, así como su responsabilidad en el proceso de importación, puesto que la razón de la cancelación de la autorización de levante se produjo por la defraudación en la constitución de la sociedad importadora, es decir, la persona jurídica que en principio tiene la responsabilidad sobre la obligación aduanera y que materialmente no se puede vincular a investigación alguna por parte del organismo de control.

Precisó que la sanción que se demanda no se fundó en la ausencia de identificación de la persona del importador, sino en la imposibilidad de aprehender las mercancías que estaban en situación de ilegalidad en el territorio nacional, por lo cual la discusión planteada sobre el incumplimiento de la identificación del importador no tiene la potencialidad de desvirtuar los fundamentos de la decisión tomada por la DIAN y que ahora se demanda, pues es necesario tener presente que si bien la cancelación posterior de las autorizaciones de levante se produjo por el fraude en la constitución de la sociedad importadora y en la suplantación de personas, el fin perseguido por la demandada no era otro que el de lograr la aprehensión de las mercancías en situación de ilegalidad, facultad que podía ejercer en cualquier tiempo.

Resaltó que la Circular Externa núm. 170 de 2002, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para la prevención y control del lavado de activos, indica el procedimiento que deben seguir los usuarios del servicio aduanero y cambiario con el objeto de detectar, controlar y reportar operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con el lavado de activos.

Explicó que tal Circular establece la conducta que deben seguir los usuarios en mención para el conocimiento de su cliente; asimismo, consagró el deber para las SIA de adoptar mecanismos para seleccionar e identificar a sus clientes, para lo cual resulta necesario indagar acerca de datos personales, comerciales y financieros que permitan determinar quién es realmente, datos que también deben verificarse y actualizarse.

Señaló que en el caso bajo examen, se acreditó que los representantes legales de la Sociedad Importadora de Risaralda Cía. Ltda., fueron suplantados para la constitución de la sociedad y naturalmente ante la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA para la suscripción del respectivo mandato, y que ello fue lo que motivó la cancelación de las autorizaciones de levante de las mercancías.

Enunció que, igualmente, se demostró que la actora contaba con el formulario especial para la identificación del cliente, con el certificado de existencia y representación, copia del RUT y copia del contrato de arrendamiento de un inmueble para el almacenamiento de mercancías. Tales documentos permiten deducir que los mismos no otorgan ningún elemento para identificar a los miembros ni los representantes legales de la Sociedad Importadora, lo cual incluso originó que al momento de firmarse el referido mandato se hiciera con una persona diferente a la que figuraba como representante legal, sin que la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA pidiera documento alguno para su identificación, lo cual denota que su actuar no fue idóneo ni diligente en el ejercicio de controles tendientes a la verificación real de las personas a quienes como auxiliar de la función pública aduanera representó ante la DIAN.

Afirmó que tal como lo manifestó la entidad demandada y se probó en el proceso, el monto de las mercancías importadas en el asunto objeto de controversia, supera los \$250'000.000.00. lo cual desborda notablemente el monto del capital de la Sociedad Importadora, que es de \$20'000.000.00, lo que debió motivar a la sociedad actora el ejercicio de mayores y necesarios controles para la identificación de las personas y actividades de la sociedad y sus representantes, dado el carácter indudable de signos o hechos de alerta que comportaban tales circunstancias.

Argumentó que la anterior exigencia no se puede considerar como una vulneración a los principios de la buena fe ni de la confianza legítima, dado que en el sub examine en ningún momento se discutieron las labores efectuadas por la demandante, tendientes a precisar la identidad de su cliente, por las que se valió de documentos expedidos por la misma DIAN y la Cámara de Comercio bajo el amparo de los citados principios, sino el hecho de que la actora en su condición de SIA, auxiliar de la Administración y garante de las normas en esta materia, no haya adelantado oportunas y eficaces diligencias tendientes a la debida y real identificación de la firma importadora y de sus representantes legales una vez se presentaron las señales de alerta mencionadas.

Manifestó que frente al segundo cargo: «violación del artículo 2 literal b) del Decreto 2685 de 1999», tal norma hace referencia al principio de justicia para efectos de la aplicación de la normativa aduanera, en el entendido de que los funcionarios aduaneros no pueden aspirar a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma ley prevé y, además, que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción y salida de mercancías sin el cumplimiento de las normas de la materia.

Explicó que al respecto, «está patente la atención de este principio» en la medida en que de manera adecuada y razonable se le endilgó a la actora una responsabilidad administrativa y no por la comisión de una infracción penal, sino, única y exclusivamente por la imposibilidad de aprehender unas mercancías que habían quedado en el país en situación de ilegalidad ante la cancelación de sus autorizaciones de levante, respecto de las cuales para su internación, la empresa demandante asumió la intermediación aduanera.

Adujo que, en este sentido, no se puede considerar quebrantado el principio de justicia por la imposición de una sanción a uno de los sujetos responsables de la obligación aduanera, como en este caso, pues la DIAN lo único que ha realizado es la materialización de las normas del régimen aduanero, normas que el propio principio de justicia exige que se cumplan para el válido ingreso y salida de mercancías del país.

Indicó que respecto al tercer cargo: «violación del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 476 del Decreto 2685 de 1999», se pudo observar que igualmente la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA manifestó que se trasgredieron los principios de legalidad y del debido proceso, por cuanto las Resoluciones demandadas se fundamentaron en el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, disposición que establecía la obligación de verificar la existencia del importador o exportador, pero que fue derogada por el Decreto 3600 de 2005.

Expresó que una vez revisados en conjunto tanto el Requerimiento Especial Aduanero 3250 de 2007, en el que se propuso sanción para la actora, como los actos administrativos demandados, se pudo observar que en ninguna parte se menciona el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999 para fundamentar la decisión sancionatoria y menos, la consecuencia que allí se preveía por su incumplimiento, es decir, el numeral 2.7 del Decreto 2685 de 1999, que establece una sanción de 30 salarios mínimos legales mensuales para las sociedades de intermediación aduanera por la omisión en la verificación de la existencia y/o representación legal y domicilio de importador o exportador, en cuyo nombre y por encargo actúa ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, lo cual significa que la sanción impuesta no se adoptó con base en una norma derogada.

Señaló que si bien es cierto que existió un hecho previo que fue la ilegal constitución de la sociedad importadora por la suplantación de las personas que la integraban y fungían como representantes legales, hecho que produjo una situación de ilegalidad

para las mercancías importadas por la Sociedad Importadora Risaralda y Cía. Ltda. por la cancelación de las autorizaciones de levante que previamente habían sido concedidas, y que a su vez motivó a la entidad demandada para requerir a la SIA con el fin de que como auxiliar de la Administración contribuyera o pusiera a su disposición dichas mercancías en orden a su aprehensión, también lo es que el procedimiento que terminó con los actos administrativos que ahora se demandan, se inició ante la imposibilidad de la entidad aduanera de aprehender las mercancías, actuación que se fundamentó, única y exclusivamente, en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, que establece una sanción del 200% del valor de la mercancía en aduanas para ese tipo de supuestos, sanción que en este caso se impuso a la sociedad de intermediación aduanera, quien participó de manera directa en el proceso de declaración de mercancías.

Arguyó que lo mencionado en los actos censurados acerca de las diversas obligaciones que tienen las sociedades de intermediación aduanera y las razones por las cuales las mercancías quedaron en situación de ilegalidad en el territorio aduanero nacional, solo constituye un fundamento de la vinculación de la actora al proceso y la demostración del porqué las mercancías se encontraban en una causal de responsabilidad contenida en el mencionado literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999.

Argumentó que de lo anterior, era claro colegir que no se violaron los principios de legalidad y del debido proceso, pues la actuación adelantada por la demandada, a diferencia de lo manifestado por la actora, no se fundó en normas derogadas.

Afirmó que frente al cuarto cargo: «Violación del artículo 13 de la Constitución Política y de la Circular 0175 de 29 de octubre de 2001 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales», no se puede precisar que en el presente caso se haya violado el derecho a la igualdad, por la sencilla pero suficiente razón de que las decisiones expedidas por la Administración no tienen el carácter de precedente que trata la actora de otorgarles así las circunstancias resulten similares, pero más aún porque la interpretación y aplicación dadas por la entidad demandada al artículo 503 del Estatuto Aduanero se ajustan al contenido del mismo y a los principios que rigen los procedimientos aduaneros.

Alegó que la interpretación que se acogía en dicha providencia se refiere a la especial relevancia que tienen dentro de las operaciones de comercio exterior y como auxiliares de la función aduanera, las sociedades de intermediación, así como los fines que persiguen las normas del Estatuto Aduanero que, no son otros que la introducción de mercancías al territorio nacional o que la salida de ellas se realice con el cabal cumplimiento de los requisitos y trámites preestablecidos para el efecto en el ordenamiento jurídico.

Indicó que una vez determinado, a través de un control posterior, el estado de ilegalidad en el territorio nacional de las mercancías en las cuales había participado como declarante la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA, era imperioso para la DIAN lograr su aprehensión, razón por la cual, ante la comprobada inexistencia del importador y la cancelación de las autorizaciones de levante de las citadas mercancías, la única forma de materializar la función de control y fiscalización de la demandada era a través del Requerimiento de mercancías a la actora, situación que condujo a la imposición de la sanción cuestionada, consagrada en el pluricitado artículo 503 del Estatuto Aduanero, el cual faculta a la DIAN, según sea el caso, para la imposición de una multa del 200% del valor de las mercancías en aduanas al importador o declarante, o a los demás intervinientes de la operación de importación, que en este caso, como resulta apenas natural, por las circunstancias fácticas descritas, era perfectamente atribuible a la parte demandante, debido a su actuación y calidad de intermediario aduanero.

Finalmente, sostuvo que en relación con el quinto cargo: «violación del principio general del derecho de que a lo imposible nadie está obligado», que según la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA le fue vulnerado, por cuanto no es la propietaria ni tenedora de la mercancía cuestionada, además, de que durante el proceso de legalización éstas permanecen en custodia de los transportadores habilitados o en los depósitos hasta que finalmente se ponen en manos del transportador, consideró pertinente resaltar, los siguientes puntos, a saber:

a) Si bien como lo manifiesta la demandante, durante el proceso de nacionalización de las mercancías, éstas nunca entran a su dominio y básicamente lo que realizan las sociedades de intermediación aduanera es el control y revisión para efectos de presentar las Declaraciones de Importación ante la autoridad aduanera hasta que se produzca la autorización del levante, se debe advertir que éste no es un presupuesto fundamental para la aplicación del artículo 503 del Estatuto Aduanero, dado que como el proceso de nacionalización es complejo y en éste participan diferentes agentes que pueden ser incluso objeto de control posterior, como lo fue este caso, se puede requerir a los diferentes agentes responsables de la obligación aduanera, con independencia de que estos tengan o no la calidad de propietarios; y,

b) La imposición de la sanción a la SIA, por las consideraciones que han sido narradas no puede ser tenida como violatoria del principio, según el cual «a lo imposible nadie está obligado», ya que, como se ha probado durante el proceso, la actora es responsable de las obligaciones aduaneras derivadas de las mercancías cuya autorización de levante haya sido cancelada, obligaciones éstas que no pueden incumplirse por el hecho de que éstas ya no estén o se hayan transformado y por ende, no sea posible su aprehensión, pues tal situación no es óbice para que la DIAN persiga las mercancías y ejerza sus facultades sancionatorias frente a los responsables, quienes por este hecho tampoco se pueden liberar de sus obligaciones y menos cuando por mandato legal se les ha conferido la guarda del Estatuto Aduanero.

III- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA finca su inconformidad con el fallo apelado, en esencia, en lo siguiente:

Que si bien es cierto que en el presente caso se debate la indebida aplicación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, no es menos cierto que, conforme al artículo 3º, ibídem, es necesario determinar en el proceso la responsabilidad del intermediario o agencia de aduanas por su actuación, tal como lo preceptúa la norma en mención, pues contrario a lo manifestado por el a quo la «sanción por contrabando» no procede por la simple imposibilidad de la Administración de aprehender la mercancía y ante la imperiosa necesidad de materializar la función sancionadora, sino que es necesario realizar un juicio que permita establecer la responsabilidad de quien va a ser sancionado en el proceso con el fin de preservar los derechos constitucionales de la buena fe y del debido proceso en el cual se presume la inocencia hasta demostrar la culpabilidad y no como lo señala la sentencia de primera instancia, al establecer que el único requisito para la imposición de esta sanción es que no haya sido posible aprehender la mercancía.

Explicó que la responsabilidad de dicha Agencia de Aduanas en una operación de importación se circunscribe a lo siguiente:

«1. Identificar al cliente al cual va a realizar la operación

(Circular 0170 de 2002).

2. Obtener los datos e información de la mercancía que van a ser consignados en la declaración de importación (artículo 22 del Decreto 2685 de 1999).

3. Obtener los documentos soportes originales que van a soportar la operación de importación (artículo 121 ibídem).

4. Liquidar y pagar los tributos aduaneros (artículo 22 ibídem).

5. Obtener el levante de la mercancía.»

Precisó que frente al punto núm. 1., la Circular 0170 de 2002, establece el procedimiento que se debe seguir y los documentos que se deben exigir, así:

«(...)

5.2.1. Para tal efecto los funcionarios de la función aduanera deberán diseñar y mantener actualizado dentro de sus archivos e información comercial “formato de identificación del cliente”, el cual contendrá como mínimo la siguiente información:

Nombres y apellidos o razón social;

Número del documento de identificación o NIT; Domicilio y residencia;

Nombres, apellidos, identificación de los socios y representantes legales;

Cuando se trate de sociedades anónimas, nombre, identificación y dirección de representantes legales;

Actividad económica; Capital social registrado;

Número de declaración de importación y exportación tramitada al cliente, descripción resumida de las mercancías objeto de trámite; El origen de los recursos y forma de pago de las operaciones de comercio exterior identificando el medio e individualizando el instrumento de pago, entidad financiera emisora o pagadora, ciudad donde está localizada;

Nombre, identificación y dirección de las personas o empresas beneficiarias de las operaciones de comercio exterior.

Los profesionales del cambio de divisas tendrán un “formato de identificación del cliente” con requisitos similares a los antes citados, ajustados en la naturaleza de su negocio.»

Relató que los anteriores datos y documentos fueron exigidos, tal como se puede observar en el cuaderno administrativo anexo al proceso.

Mencionó que fue perfectamente cumplida la segunda obligación de dicha Agencia, por cuanto no hubo ningún error en cuanto a la descripción de la mercancía, su clasificación arancelaria o liquidación y pago de los tributos aduaneros, cumpliendo su responsabilidad de veracidad y exactitud de la información, conforme a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999.

Aseveró que, en cuanto a la tercera responsabilidad de obtener documentos soporte conforme al artículo 121, ibídem, es que se genera en el presente proceso discusión. Al respecto, explica que el levante de la mercancía fue cancelado no por una indebida clasificación arancelaria, no porque hubiera estado mal descrita y amparara mercancía diferente, no porque no se hubiesen pagado tributos aduaneros correctamente, sino porque el mandato otorgado por él era ideológicamente falso y es necesario determinar en este punto la responsabilidad de la Agencia de Aduanas en este hecho para efectos de establecer la imposición de la sanción del artículo 503, conforme a la aplicación del principio de buena fe y del artículo 3° del Decreto 2685 de 1999.

Adujo que las argumentaciones del a quo, por medio de las cuales se ratifican las Resoluciones demandadas, violan los principios de la justicia, de la buena fe y de la confianza legítima, al pedirle al administrado más de lo que la misma Ley exige, pues señaló que debió haber requerido más datos para confirmar la identidad del supuesto representante legal de la Sociedad Importadora Risaralda y Cía. Ltda., por cuanto tales documentos fueron falsificados.

Al respecto, manifestó que los artículos 1262 al 1278 del Código del Comercio, regulan lo atinente al contrato de mandato, previendo sus requisitos, entre los cuales no se encuentra que el mandante coloque nota de presentación personal en la Notaria. En el mismo sentido, el Concepto 120 de 2002 de la DIAN, citado en vía gubernativa, establece los requisitos del mandato, entre los que no se encuentra el mencionado.

Arguyó que aún cuando se hubiere pedido el mandato con presentación personal en Notaria éste hubiese estado viciado por cuanto el representante legal de la compañía no fue suplantado sino que lo fueron quienes figuran como constituyentes de la misma con el objeto de sacar el RUT ante la demandada.

Argumentó que para corroborar lo anterior, se adjuntó el formulario de identificación del cliente, copia del RUT, copia del arrendamiento, documentos en los que se observa la firma del señor Edgar Caballero y es la misma en todos los documentos; además, se vislumbra que la firma del mandato es la misma del RUT así que el mencionado señor Edgar Caballero o quien lo suplantó estuvo sentado ante la funcionaria de la DIAN que le otorgó el RUT y ante la misma estampó la firma que aparece consignada en el mandato otorgado a dicha Agencia de Aduanas.

Explicó que de lo anterior se puede colegir que no se trató de un caso de negligencia sino de un verdadero crimen organizado en el que tanto las Notarías como la Cámara de Comercio, la DIAN y entidades bancarias resultaron afectadas, por lo que dicha Agencia no fue más que una víctima, por ende no puede ser tildada de responsable.

Afirmó que se presenta una indebida aplicación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, en el cual se fundamenta la sanción censurada. Para explicar este argumento, considera pertinente traer a colación la sentencia de 16 de septiembre de 2010 (Expediente núm. 2004-00081, Consejero Ponente doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA), por la cual se revisa la legalidad del Concepto núm. 128 de 29 de diciembre de 2003, expedido por la Oficina Jurídica de la demandada, en la que se señaló:

«(...)

En efecto, cuando el inciso segundo del artículo 503 ibídem utiliza el adverbio “también” que significa “igual”, la norma consagra la posibilidad de aplicar el mismo

monto de la sanción a los sujetos allí mencionados, en la medida en que ostenten las calidades allí descritas y se les demuestre intervención en la operación que inicialmente generaba la medida de aprehensión de la mercancía pero que en razón al consumo, destrucción, transformación o por no poner a disposición a la autoridad aduanera, no fue posible ejecutar. De tal manera que, establecida la responsabilidad, la sanción deberá imponerse a cada uno de ellos y no a prorrata de los participantes...

(...) Estima la Sala que los cuestionamientos que se formulan en la demanda se encuentran estructurados a partir de una premisa falsa, según la cual, la multa a pagar en aquellos casos en los cuales resulte imposible la aprehensión y el decomiso de la mercancía, es una sola y debe ser cancelada entre todos los infractores, pues lo cierto es que el artículo 503 de Decreto 2685 de 1999, en ningún momento está disponiendo que el importe de dicha sanción pecuniaria deba distribuirse entre los propietarios, poseedores o tenedores de mercancías, a prorrata de su participación en las operaciones de contrabando...»

Solicitó que se dé aplicación al principio de la igualdad, «por cuanto en el caso de INTERPUERTOS aportados al presente proceso, es evidente que la DIAN sí hace un análisis de la responsabilidad de la agencia de aduana en la constitución de la sociedad ficticia para concluir que ésta no fue culpable» con lo cual se puede establecer que no es tan cierto, como lo señala el a quo, que el artículo 503 citado, se aplica de facto ante la imposibilidad de aprehender la mercancía sino que es necesario determinar la responsabilidad de cada uno de los actores en la cadena de importación.

IV.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el presente asunto se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones núms. 2193 de 20 de octubre de 2008 y 00663 de 23 de enero de 2009, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, por medio de las cuales, entre otras, se sancionó a la sociedad actora con multa.

Observa la Sala, que la causa de la sanción mencionada, se debió a que la Administración dio cuenta de que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., cuya intermediación aduanera fue realizada por la demandante, se había constituido en forma fraudulenta, razón por la cual, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- canceló el levante de las mercancías nacionalizadas y le ordenó a la SIA, mediante Requerimiento Ordinario, poner a su disposición dicha carga, orden que la demandante no pudo llevar a cabo, habida cuenta de que para la fecha, el importador ya había adquirido la libre disposición de las mencionadas mercancías.

En virtud de lo anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, expidió las Resoluciones censuradas, por las cuales le impuso a la actora una multa equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía cuestionada, es decir, de \$519'210.868.00, de conformidad con el artículo 503 del Estatuto Aduanero y por considerar que la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA., actuó en forma negligente al pasar por alto su obligación legal y las directrices contenidas en la Circular 170 de 2002, pues de haber dado cumplimiento a las mismas, habría establecido que existía algún tipo de irregularidad con el importador.

Sin embargo, en el sentir de la demandante, tal sanción no debe recaer sobre ella, pues sí dio cumplimiento a su obligación, en la medida en que le solicitó a la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., los documentos que la identificaban, describió correctamente las mercancías, efectuó la clasificación arancelaria pertinente y se liquidaron y pagaron los tributos respectivos; además, el mandato cuestionado, por el cual se le designó como agente de aduana, se circunscribió a los requisitos de Ley, por lo que no es dable que se le exijan otros adicionales que no consagra la norma; igualmente, considera que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- debió establecer quién era el verdadero responsable y a éste imponerle la sanción en discusión, por lo que solicita que en virtud del principio de la igualdad, se aplique el análisis de responsabilidad que efectuó la demandada en el caso de INTERPUERTOS, cuyos antecedentes allegó al proceso.

En este orden de ideas, encuentra la Sala, que el caso bajo examen se contraer a resolver los siguientes problemas jurídicos: a) si para imponer la sanción contenida en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, es menester para la Administración determinar, en forma previa, la responsabilidad de cada uno de los sujetos que participan en el trámite aduanero, en aras de imponer dicha sanción a cargo del responsable; b) si la obligación de las Sociedades de Intermediación Aduanera -SIA- se circunscribe únicamente a establecer la identidad de su cliente, descripción de mercancía, clasificación arancelaria y liquidación y pago de tributos o si por el contrario, se dirige a efectuar una labor de control más profunda en su calidad de auxiliar de la Administración; c) si la demandante actuó o no con negligencia durante su actuación como intermediario aduanero, verbigracia, la verificación del signatario del mandato otorgado y demás señales que presuntamente evidenciaban alguna irregularidad; y d), si es procedente exigir que la DIAN efectúe el mismo análisis de responsabilidad realizado en una actuación similar a la aquí estudiada, en aras de conservar el principio de la igualdad que debe regir en toda actuación administrativa.

Para resolver el primer problema jurídico, se precisa examinar el artículo 503 del Estatuto Aduanero, que reza:

«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 con 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 fuera del texto).

En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que la norma no le impone a la Administración la carga de determinar la responsabilidad de cada uno de los sujetos que participan en el trámite aduanero en aras de graduar la pena o sancionar únicamente al «culpable»; por el contrario, consagra la posibilidad de aplicar la misma sanción a cada uno de los individuos intervinientes en la operación por la cual se requirieron las mercancías que no fueron puestas a su disposición dentro del término otorgado. Lo anterior, por cuanto el espíritu de la norma no es otro que el de sancionar en forma contundente delitos como el contrabando, lavado de activos y la evasión de impuestos, que afectan en gran medida el patrimonio y el progreso del país.

Así lo señaló esta Corporación, en sentencia de 20 de junio de 2012, expediente núm. 2008-00171-014, en la que se precisó, lo siguiente:

«Sobre la aplicación de la sanción objeto de la controversia, la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que⁵:

“Resulta oportuno destacar que cuando el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, dispone que cuando no sea posible la aprehensión o decomiso de la mercancía la sanción a imponer será la de una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la mercancía, no se está hablando propiamente de ‘obligaciones aduaneras’, sino de las ‘sanciones aduaneras’ derivadas del incumplimiento de tales obligaciones.

Para esta Corporación resulta claro que el precepto legal en cita consagra la posibilidad de aplicar individualmente esa misma multa a los distintos sujetos intervinientes en la respectiva operación de contrabando, pues en últimas, al establecer esa sanción pecuniaria, el legislador, antes que buscar el recaudo efectivo de los tributos aduaneros dejados de cancelar, lo que está haciendo realmente es dosificar la pena, buscando reprimir drásticamente la evasión y el contrabando, tomando en cuenta su incidencia negativa en la economía nacional y en el desarrollo del país.

Por lo anterior, se impone la reiteración de los criterios consignados en la sentencia proferida el 13 de diciembre 2005, Rad. 1998-06303, M. P. doctor Camilo Arciniegas Andrade, en donde el Consejo de Estado expresó:

4 Actora: ADUCOIN SIA LTDA, demandada: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

5 Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Expediente núm. 2004-00081. C.P. doctor: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

‘Acertó el a quo en sostener que el transportador no puede exonerarse alegando que el propietario de la mercancía no ha sido vinculado a la actuación. En reiterada jurisprudencia esta Sala ha sostenido que las responsabilidades de los sujetos de obligaciones aduaneras son personales e independientes.’ ”

Así las cosas, la Sala encuentra acertada la sanción aplicada por la DIAN ante la imposibilidad de aprehender la mercancía que se encontraba en situación de ilegalidad en el territorio aduanero, por lo que no puede alegar la demandante a su favor, el hecho de que la mercancía haya obtenido su levante y ésta a su vez haya quedado a libre disposición del importador, pues la norma no contempla ningún eximente de responsabilidad y, por el contrario, incluye dentro de los eventos de imposibilidad de aprehensión haber sido la mercancía “consumida, destruida o transformada”». (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Al analizar los antecedentes administrativos que dieron origen a las Resoluciones núms. 2193 de 20 de octubre de 2008 y 00663 de 23 de enero de 2009, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, se observa que ésta impuso la sanción en cuestión, por cuanto una vez cancelada la orden de levante de las mercancías traídas al país por la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., se le solicitó a la actora, en su calidad de SIA, poner a disposición de la DIAN dicha carga, dado que se había determinado que la citada sociedad importadora era ilegal, por cuanto su constitución se había efectuado en forma fraudulenta.

Sin embargo, como la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA., no pudo dar cumplimiento al citado Requerimiento, la entidad demandada la sancionó a través de los actos acusados, pues dicha sociedad tenía responsabilidad en la referida operación, ya que participó en calidad de Sociedad de Intermediación Aduanera, sujetos pasivo de la sanción consagrada en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

En efecto, la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA., intervino en la importación de la mercancía de la sociedad que resultó ilegal, en calidad de SIA., además, recibió la contraprestación económica respectiva por su labor, es decir, se benefició de dicha operación aduanera, tal como lo dispone la norma en mención, la cual, se aplicó conforme a derecho.

Así las cosas, comoquiera que la responsabilidad en el procedimiento aduanero es individual, los intervinientes responden en igual medida y en este caso, la actora intervino como agente aduanal, calidad esta que en ningún momento se puso en duda y que ha sido corroborada en los antecedentes administrativos allegados al plenario.

Ahora, en cuanto al segundo problema jurídico, encuentra la Sala que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2685 de 1999, la función de las Sociedades de Intermediación Aduanera –SIA- no se circunscribe únicamente a establecer la identidad de su cliente, descripción de la mercancía, clasificación arancelaria y liquidación y pago de tributos, por el contrario, se dirige a efectuar una labor de control complementario de la autoridad aduanera, en el entendido de garantizar que el desarrollo de las operaciones de comercio exterior se realicen en forma lícita.

Así, pues, el Estatuto Aduanero (artículo 12 y siguientes) es claro en establecer, que tales sociedades cumplen una actividad auxiliar de la función pública, pues tienen el deber de colaborar con las autoridades 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 y actividades derivados de los mismos.»⁶

(Negrillas fuera del texto).

En cuanto a sus obligaciones, el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, establece que tales sociedades son responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban ante la DIAN; así mismo, consagra, que las SIA deben, entre otras, responder directamente por las multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

6 Artículo 13 del Estatuto Aduanero.

En cuanto al tercer problema jurídico, referente a si la demandante actuó o no con negligencia en su calidad de SIA, observa la Sala que en el caso bajo examen y de acuerdo con las obligaciones legales mencionadas en párrafos precedentes, es evidente la responsabilidad que tuvo la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA., frente a la nacionalización de las mercancías traídas al país por parte de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. que resultó ser ilegal, pues no dio cumplimiento al Estatuto Aduanero al no verificar que la información allegada por la importadora no era veraz, tal como se determinó con posterioridad, lo cual denota negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones legales y, por ende, acreedora de la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

Al respecto, esta Corporación, en sentencia de 3 de julio de 20147, señaló:

7 Re.: Expediente ním.:2009 00253 01, Actora: ADUANAS OVIC S. EN C. SIA y Consejero Ponente doctor GUILLERMO VARGAS AYALA.

«iii) En relación con la obligación que se resalta (arts. 22 y 26, literal c) del Decreto 2685 de 1999), es pertinente anotar que la información de la declaración de importación a que ella se refiere involucra la que tiene que ver con la identificación del importador, esto es, de la persona a cuya cuenta se hace la declaración.

El cumplimiento de este deber, en cuanto hace a este aspecto específico (identificación del importador), debe entenderse ligado como en todos los demás deberes al propósito fundamental que tiene la intermediación aduanera, que no es otro que 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. Para el logro de este cometido, lógicamente, resulta necesario la aplicación de medidas de control que eviten prácticas relacionadas con el lavado de activos, el contrabando, la evasión y cualquier otra conducta irregular que atente contra dichas normas, siendo una de ellas la relacionada con la verificación de la existencia del importador.

En tal sentido, la responsabilidad por la veracidad y exactitud sobre los datos del importador consignados en la declaración de importación no se debe limitar a la indicación del nombre de aquel en dicho documento sino que debe comprender la verificación de la existencia legal de dicha persona, a partir del conocimiento que la agencia de adunas tenga de él.

Precisamente, con el fin de prevenir y controlar el lavado de activos, la Dirección de Impuestos y Adunas Nacionales, en uso de sus facultades legales, expidió la Circular 170 de 2002, en la cual estableció como mecanismo para alcanzar tales objetivos el que denominó “Conocimiento del Cliente”. En el numeral 5.2. de este acto se consagra dicho mecanismo en los siguientes términos:

“5.2 Conocimiento del cliente. Las personas o empresas que presten servicios inherentes o relacionados con operaciones de comercio exterior o cambiarias tienen el deber de establecer mecanismos de control orientados a seleccionar y conocer a sus clientes, ya sean estos habituales u ocasionales, identificarlos y tener conocimiento de sus actividades económicas en aras de establecer la coherencia entre éstas y las operaciones de comercio exterior que realizan. Lo anterior considerando las características de los diferentes servicios o productos que ofrezcan.

Por lo expuesto, es necesario indagar acerca de datos personales, comerciales y financieros relevantes que permitan establecer quién es, qué hace y a qué se dedica en realidad. Todos estos datos deben verificarse, estar documentados y actualizarse.”

Agrega esta disposición en su numeral 5.2.1. que los auxiliares de la función aduanera (entre quienes se encuentran las sociedades de intermediación aduanera) deberán diseñar y mantener actualizado dentro de sus archivos e información comercial un “formato de identificación del cliente”, que contendrá como mínimo la siguiente información:

“Nombres y apellidos o razón social del cliente; Número del documento de identificación o NIT; Domicilio y residencia;

Nombres, apellidos, identificación de los socios y representantes legales;

Cuando se trate de sociedades anónimas, nombre, identificación y dirección de representantes legales;

Actividad económica; Capital social registrado;
Número de declaración de Importación y Exportación tramitada al cliente, descripción resumida de las mercancías objeto de trámite;

El origen de los recursos y forma de pago de las operaciones de comercio exterior identificando el medio e individualizando el instrumento de pago, entidad financiera emisora o pagadora, ciudad donde está localizada;

Nombre, identificación y dirección de las personas o empresas beneficiarias de las operaciones de comercio exterior”.

En este acto con el objeto de dotar a los auxiliares de la función pública aduanera y demás usuarios a quienes se dirigió la Circular 170 del 2002 de herramientas para poder cumplir con la obligación antes transcrita, se establecieron en su Anexo número 1 unas “señales de alerta aduaneras” que deben llamar la atención al usuario por constituir un indicio que permite detectar la realización de una operación inusual o sospechosa de estar vinculadas a operaciones de lavado de activos, entre las que se destacan las siguientes:

“Importaciones realizadas por personas naturales o jurídicas sin trayectoria en la actividad comercial del producto importado.

Importaciones por valores superiores frente al capital con el cual fue constituida la empresa, especialmente si se trata de empresas con poco tiempo de creación...”»

Así las cosas, es evidente que la Sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA., no solo pasó por alto las obligaciones establecidas en el Estatuto Aduanero, sino que además no tuvo en cuenta las señales de alerta previstas en la mencionada Circular 170 de 2002, a que se hizo alusión ampliamente en el escrito de contestación de la demanda que quedó reseñado ab initio de estas consideraciones, pues de haberlo hecho, habría observado que existían irregularidades con la Sociedad Importadora de Risaralda y

Cía. Ltda., lo cual evidencia la falta de control que debió ejercer la actora en su calidad de auxiliar de la actividad aduanera.

Finalmente, respecto del último problema jurídico planteado, vislumbra la Sala que no es procedente que a través del proceso de la referencia, se entre a examinar si la DIAN aplicó al presente caso el mismo análisis legal de responsabilidad efectuado en otra actuación administrativa, pues la función del Juzgador dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se circunscribe a verificar la legalidad de los actos administrativos acusados mas no a comparar que su fundamentación sea igual o similar a la de otros expedidos por la misma autoridad administrativa; además, como quedó demostrado, en el presente caso tales actos se expidieron conforme a derecho. Y en el evento de que la Administración hubiera cometido un yerro en el análisis de otra actuación administrativa, ello no implica que deba persistir en el error en las restantes actuaciones que adelante, ni mucho menos que ello per se implique exonerar de responsabilidad a quien en determinado proceso se le haya demostrado haber incurrido en las conductas que dieron lugar a la sanción impuesta.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 13 de octubre de 2011, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de abril de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con excusa