

SOCIEDADES DE INTERMEDIACION ADUANERA – Deber legal de identificar en debida forma al importador

En el presente asunto al examinar el expediente administrativo encuentra la Sala que, contrario a lo que sostiene la parte actora, ésta no dio cumplimiento estricto a lo reglado en la Circular 170 de 2002, pues aunque diligenció el formato de identificación del cliente a que ella se refiere, pasó por alto importantes señales de alerta que pudieron advertir a la autoridad aduanera sobre la existencia real y legal del importador a cuyo nombre actuó Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., y que seguramente hubieran impedido la tramitación de las declaraciones de importación presentadas ante la DIAN. En efecto, como lo precisó el a quo, las operaciones de importación a que se refiere este asunto fueron realizadas (a) por una persona jurídica sin gran trayectoria comercial creada en fecha no muy lejana a dichas operaciones y (b) por valores superiores frente al capital con el cual fue constituida la empresa. La Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. fue constituida por escritura pública Núm. 274 en la Notaria Quinta de Pereira en el mes de agosto de 2004 con capital social de \$ 20.000.000.00. y las operaciones de importación cuestionadas se realizaron en los meses de octubre y noviembre del año 2005, es decir, luego de transcurrido un año y dos meses de su constitución, por valores que superaron ampliamente, en mucho más de un 100%, el valor por el cual fue constituida dicha sociedad. No obstante lo anterior, también es claro para la Sala que la sociedad de intermediación aduanera demandante omitió el estricto cumplimiento de los deberes que como auxiliar de la función pública aduanera le impone la normativa que regula la materia, en particular el referido a la exactitud y veracidad de la información contenida en las declaraciones de importación que presentó ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y que se relaciona con la identificación y existencia del importador, tal como antes se examinó. Esa omisión claramente dio lugar a la presentación de una declaración de importación que carece de validez y de soportes legales, tal como lo estableció la DIAN en el curso de la actuación administrativa demandada, y determinó que se adoptará por esta entidad la medida de aprehensión de la mercancía, al quedar ésta incurso en situación de ilegalidad dentro del territorio colombiano. En este orden, es evidente que se configuran los supuestos requeridos para la imposición de la sanción pecuniaria establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, pues la demandante como responsable de la obligación aduanera intervino en los hechos que determinaron la aprehensión de la mercancía y como declarante autorizado tenía el deber de ponerla a disposición de la autoridad aduanera para que se cumpliera dicha medida y no lo hizo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 3 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 4 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 10 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 12 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 14 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 22 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 26 LITERALES A, B Y C / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 503 / DECRETO 4431 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00253-01

Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. SIA

Demandado: U.A.E. - DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia proferida el 5 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 2192 de 20 de octubre de 2008 y 00661 de 23 de enero de 2009, mediante las cuales, en su orden, se impone una sanción a la sociedad ADUANAS OVIC S. EN C. SIA y se resuelve un recurso de reconsideración en el sentido de confirmar el acto inicial.

I.- ANTECEDENTES

I.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., la sociedad ADUANAS OVIC S. EN C. SIA demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, con el objeto de que se accediera a las siguientes:

1.1. Pretensiones

“PRIMERA

Se declare la nulidad de las resoluciones 2192 de octubre 20 de 2008, y 00661 de Enero 23 de 2009, proferidas por la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Dirección seccional de aduanas de Bogotá antes Administración Especial de Aduanas de Bogotá respectivamente, por cuanto se profirieron violando normas legales, situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.

SEGUNDA

Como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la Sociedad ADUANAS OVIC S. EN C. SIA, y se condene a la NACION UAE-DIAN al pago de todas las sumas de dinero en que haya debido incurrir la demandante con ocasión de la imposición de esta sanción tales como primas de seguro, cauciones, etc.

TERCERA

Una vez sean declaradas nulas las resoluciones demandadas, se condene a la NACIÓN – UAE DIAN, a indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionen a la demandante con ocasión de este proceso y que se demuestren a lo largo del mismo.

CUARTA

Solicito respetuosamente se condene en costas y gastos del proceso a la Unidad Administrativa Especial U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN." (Fl. 5 cdno. ppal. – mayúsculas sostenidas y negrillas originales)

1.2. Hechos

En síntesis son los siguientes:

1.2.1. 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 los servicios de intermediación aduanera con la sociedad demandante, para que en su nombre y representación realizara los trámites de nacionalización de varias mercancías de su propiedad.

1.2.2. En cumplimiento de ese mandato la sociedad demandante realizó el trámite de varias operaciones de importación, obteniendo las declaraciones respectivas el correspondiente levante.

1.2.3. El día 19 de mayo de 2006 la División de Servicio de Comercio Exterior de la Administración de Pereira profirió la Resolución núm. 001105, mediante la cual ordenó la cancelación del levante de todas las declaraciones de importación tramitadas por Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. a nombre de un falso importador.

1.2.4. El 17 de septiembre de 2007 la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN de Bogotá, mediante requerimiento aduanero, ordena a la demandante poner a disposición las mercancías nacionalizadas, argumentando que la constitución de la empresa importadora se hizo por medios no idóneos y que se había cancelado el levante de las declaraciones de importación.

1.2.5. Como al momento de obtenerse el levante el importador adquiere la libre disposición de las mercancías no fue posible para la sociedad demandante ponerlas a disposición de la DIAN, por lo cual esta entidad formuló el requerimiento especial aduanero núm. 003248 en el que propone la imposición de la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 por el 200% del valor en aduana de la mercancía.

1.2.6. Dentro del término establecido por el artículo 510 del Decreto 2685 de 1999 la demandante presentó respuesta al requerimiento especial aduanero y explicó las razones por las cuales no podía poner a disposición las mercancías, solicitando el archivo de la actuación.

1.2.7. El 10 de octubre de 2008 la División de Liquidación de la DIAN profirió la Resolución núm. 2141, mediante la cual impone a la demandante una sanción de multa por valor de \$936.337.863, en razón a que la SIA debió prever que el importador pudo haber sido constituido mediante fraude y estafa.

1.2.8. Contra esta decisión se interpuso en tiempo recurso de reconsideración y con él se aportaron los documentos exigidos al importador antes de contratar con él (tales como certificado de existencia y representación legal, RUT y formulario Circular 0170 de 2002) y todas las pruebas que demostraban que la demandante había hecho un despliegue investigativo con el fin de corroborar la existencia de la persona jurídica del importador.

1.2.9. No obstante dichas pruebas, el 23 de enero de 2009 la DIAN expidió la Resolución núm. 00661 por medio de la cual confirma la sanción impuesta a la demandante.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

En opinión de la parte actora, los actos demandados son violatorios de los

artículos 1, 13, 29 y 83 de la Constitución Política; y 2, literal b), 476 y 503 del Decreto 2685 de 1999; e igualmente de la Circular 0175 de 29 de octubre de 2001 y del principio general del derecho “*ad impossibilia nemo tenetur*”, por razones que se concretan en los siguientes cargos:

1.3.1. *“De la presunta violación de los artículos 1 y 83 de la Constitución Nacional, principio de buena fe y confianza legítima, por falta de aplicación. Violación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, por indebida aplicación”.*

En sustento de esta acusación expresó: **(i)** Que en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 se prevé que si no es posible la aprehensión de la mercancía se puede imponer una sanción al importador (que en este caso resultó ser inexistente), al propietario (quienes suplantaron a los constituyentes de la empresa), al tenedor o poseedor (quien actualmente tenga la mercancía), a quien se haya beneficiado de la operación (los suplantadores), o a 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); **(ii)** Que si lo anterior es así por qué la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales decidió imponer una sanción que ocasionaría el cierre de la sociedad demandante y el desempleo de muchos de sus trabajadores, si tenía a su alcance otras posibilidades para sancionar; **(iii)** Que a lo largo del proceso se demostró que la sociedad actora realizó los procedimientos exigidos por la Circular 170 de 2002 de la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF para el conocimiento del cliente, para lo cual solicitó que le fueran aportados el certificado de existencia y representación legal, el RUT, certificaciones bancarias, e igualmente el diligenciamiento del formulario adjunto a la citada circular, documentos fueron estudiados y aprobados desconociéndose que hubieran sido obtenidos de manera fraudulenta; **(iv)** Que si los supuestos suplantadores engañaron a quienes suscribieron la escritura pública, 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 a la DIAN nuevamente al obtener el levante de las mercancías, resulta también muy probable que la sociedad demandante hubiera sido engañada, más aún si se tiene en cuenta que a ésta no se le exige conocer personalmente al representante legal de la importadora y que tampoco es exigible que el mandato deba ser firmado con nota de presentación personal; y **(v)** Que la Sociedad de Intermediación Aduanera actuó en este caso con buena fe y atendiendo el principio de confianza legítima,

pues antes de suscribir el mandato con la importadora ésta había pasado por controles previos del Estado, por lo cual no es aceptable la sanción impuesta.

1.3.2. *“De la presunta violación del artículo 2 literal b) del Decreto 2685 de 1999, principio de justicia, por falta de aplicación”.*

Afirmó la demandante al fundamentar esta censura: **(i)** Que tal y como lo establece la misma DIAN en las resoluciones demandadas, la demandante no cometió ninguna irregularidad en las operaciones de importación que se le encomendaron, pues, 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 la normativa aduanera le exige; **(ii)** Que debido a la suplantación de la sociedad importadora la entidad demandada decidió cancelar el levante de las declaraciones de importación y ordenó a la demandante poner a disposición unas mercancías que no estaban en su poder y le impuso una sanción por no cumplir con ello, desconociendo que la cancelación del levante no obedece a un error de la sociedad declarante sino a un concierto de delitos en el cual ella no participó como de manera injuriosa lo afirma la DIAN; y **(iii)** Que esa actuación administrativa escapa al principio de justicia que debe regir a los funcionarios que adelantan los procedimientos aduaneros.

1.3.3. *“De la presunta violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, principio de legalidad, y artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, por falta de aplicación”.*

En apoyo de esta acusación expresa la demandante: **(i)** Que se violaron las disposiciones aquí citadas porque en las dos resoluciones demandadas la DIAN pretende sancionar a la sociedad de intermediación aduanera con la imposición de una multa del 200% del valor en aduanas de la mercancía por el hecho de no haber descubierto que la sociedad Importadora Risaralda había sido creada mediante fraude y suplantación, lo cual aunque alguna vez fue una infracción aduanera para la fecha en que se profirieron dicho actos no lo era, al haber sido derogada la norma que contenía esa obligación; **(ii)** Que en la parte motiva del acto administrativo sancionatorio se cita como fundamento el artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 3600 de 2005, norma según la cual las Sociedades de Intermediación Aduanera deben responder por los datos que ellas consignen en las declaraciones de importación, tales como descripción, clasificación de la mercancía, cantidad, liquidación y pago de tributos aduaneros,

datos éstos que se presume no adolecen de ningún error por no haber sido cuestionados en el proceso; **(iii)** Que aplicando extensivamente la citada norma la DIAN concluye que la sociedad demandante es responsable por las actuaciones desarrolladas por la sociedad Importadora Risaralda y que por ese hecho es procedente aplicar la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, es decir, por no haber investigado y descubierto las maniobras engañosas de esa sociedad, infracción que no se encuentra establecida ni en el artículo 26 ni en el artículo 503 del Estatuto Aduanero; **(iii)** Que el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999 que establecía la obligación para las Sociedades de Intermediación Aduanera de verificar la existencia y representación legal del importador o exportador fue derogado por el Decreto 3600 de 2005 y que lo aún vigente es el numeral 2.7 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 que establece una sanción de 30 salarios mínimos para la Sociedad de Intermediación Aduanera que no verifique la existencia del importador exportador, norma que en todo caso no puede ser aplicada tal como se precisó por la DIAN en el Concepto 046 del 2006; y **(iv)** Que la demandante, en cumplimiento de la Circular 0170 de 2002, sí verificó la existencia del importador, como atrás se dijo, pese a lo cual resultó que la sociedad importadora fue creada de forma fraudulenta, hecho que escapa a la esfera de su responsabilidad.

1.3.4. *“De la presunta violación de la Circular 0175 del 29 de octubre de 2001 y violación del artículo 13 de la Constitución Nacional, principio de igualdad, por falta de aplicación”.*

Se argumenta por la parte actora: **(i)** Que los parámetros establecidos en la Circular 0175 de 2001 para la imposición de sanciones son aplicados por algunos funcionarios de la entidad y por otros no, según lo reconoce el Jefe de la División Jurídica Aduanera en la resolución que pone fin a la vía gubernativa; **(ii)** Que la decisión de imponer una sanción en una cuantía de mil doscientos millones de pesos no puede depender de las pasiones del funcionario de turno sino que debe ajustarse a la legislación aduanera, en la cual se derogó la obligación de verificar la existencia del importador; y **(iii)** Que la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá en la Resolución núm. 001126 de 12 de septiembre de 2007, proferida en un asunto similar al presente, revocó la sanción impuesta a la sociedad de intermediación aduanera al estimar que no procede sancionarla por las irregularidades cometidas por los importadores.

1.3.5. *“De la presunta violación del principio general del derecho ad impossibilia nemo tenetur “nadie está obligado a lo imposible”, por falta de aplicación”.*

En sustento de esta acusación expresó: **(i)** Que se pretende imponer la sanción del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 establecida para cuando no sea posible aprehender la mercancía, pero que en el presente caso poner a disposición de la demandada una mercancía que nunca ha sido de su propiedad y que además nunca ha tenido en su poder, es una obligación de imposible ejecución para la agencia de aduanas; y **(ii)** Que resulta violatorio del principio de justicia que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pretenda exigir la imposición de una sanción a la agencia de aduanas cuando ésta en su actividad de agenciamiento aduanero y como era su obligación hizo que el importador liquidara y pagara los tributos aduaneros para que el fisco del Estado no sufriera ningún perjuicio.

I.2 Contestación de la demanda

La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales** contestó la demanda y se opuso a cada una de sus pretensiones. Se refirió a los cargos de la demanda en el mismo orden en que éstos fueron propuestos, señalando al efecto:

I.2.1. Sobre el cargo primero:

(i) Que las Sociedades de Intermediación Aduanera en su calidad de *“Auxiliares de la Función Pública Aduanera”*¹ deben cumplir unas obligaciones dirigidas al logro de su fin principal, que es 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 éstos, obligaciones entre las que se encuentran las establecidas en la Circular No. 0170 del 10 de octubre del 2002², a través de la cual el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, instruye, entre otros usuarios, a estas sociedades 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, ya que en las empresas que prestan servicios de comercio exterior radica el conocimiento del cliente y del mercado.

¹ Según se desprende de los artículos 3, 10, 12, 13, 14, 22 y 87 del Decreto 2685 de 1999.

² Publicada en el Diario Oficial No. 44.962 del 12 de octubre de 2002.

(ii) Que el numeral 5.2. de la Circular 0170 de 2002 le impone a las SIA la obligación de conocimiento de sus clientes, en los siguientes términos: *“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”*; que en cumplimiento de ese deber *“...es necesario indagar acerca de datos personales, comerciales y financieros relevantes que permitan establecer quién es, qué hace y a qué se dedica en realidad³”*; que el numeral 5.2.1. de esta Circular prevé que los auxiliares de la función aduanera deberán diseñar y mantener actualizado dentro de sus archivos e información comercial un *“formato de identificación del cliente”*, que contendrá como mínimo la información que allí se señala⁴; y que adicionalmente y 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”* 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”* e *“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”*.

(iii) Que la sociedad actora, contrario a lo considerado en la demanda, no dio juicioso y estricto cumplimiento a las exigencias contenidas en la Circular 170 de 2002, pues de su contenido se deduce diáfano que su obligación frente al conocimiento de cliente no se limitaba a solicitar que le fueran aportados el

³ Se precisa en la Circular que *“Todos estos datos deben verificarse, estar documentados y actualizarse”*.

⁴ *“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”*.

certificado de existencia y representación legal, el RUT y certificaciones bancarias y a diligenciar el formulario adjunto a la citada circular, sino que su función para lograr dicho cometido y garantizar el desarrollo de operaciones de comercio exterior lícitas, debía ir mucho más allá, máxime cuando de las pruebas allegadas a la investigación se establece que en relación con las operaciones de importación para las que fue contratada la sociedad de intermediación aduanera demandante se presentaba más de una de las señales de alerta antes relacionadas que debieron ser detectadas para obtener un mejor conocimiento de su cliente, pues:

(a) de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la supuesta sociedad Importadora de Risaralda y Compañía Limitada que contrató los servicios de la demandante para los trámites de importación, ésta fue creada en la ciudad de Pereira el 26 de agosto del 2004, y por lo tanto para la fecha de las importaciones tramitadas por Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. (entre el 9 de septiembre y el 22 de noviembre del 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”*; y

(b) del acuerdo con ese mismo certificado el capital con el que fue constituido la empresa asciende a la suma de \$20.000.000, mientras que el valor de las importaciones agenciadas por la sociedad demandante asciende a una suma muy superior (se pretendió importar mercancía por un valor en aduana que asciende a la suma \$2.938.797.101,19).

(iv) Que lo anterior demuestra a todas luces la falta de diligencia, cuidado y responsabilidad de la sociedad actora en el ejercicio de sus funciones como auxiliar de la función pública aduanera y en particular en relación con su obligación de conocimiento de su cliente, a pesar de que no solo es conocedora de la normativa que regula el comercio exterior sino de las prácticas usuales en su ejercicio.

(v) Que ese incumplimiento de sus deberes conllevó un trámite irregular de las importaciones agenciadas por la demandante, que se evidencia en lo siguiente: **a)** las sociedades de intermediación aduanera adelantan los trámites de importación ante las autoridades aduaneras previo el endoso aduanero del documento de transporte, acto éste que constituye un presupuesto legal para la presentación y aceptación de la declaración de importación (artículo 121 del Estatuto Aduanero); **b)** este requisito legal no se cumplió respecto de las declaraciones de importación objeto de la sanción demandada, toda vez que dentro del proceso administrativo

se acreditó que la jurisdicción penal probó que sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., que supuestamente endosó los documentos de transporte para que la sociedad de intermediación aduanera pudiera efectuar los trámites de importación ante las autoridades aduaneras, era una empresa de papel, y que los supuestos socios fueron dos personas de quienes se utilizó fraudulentamente su nombre 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 demandante realizara trámite de importación alguno, siendo por ello que la jurisdicción penal ordenó la cancelación de dicha sociedad de papel; **c)** al quedar establecida y probada la falta del endoso aduanero o de mandato para que la sociedad de intermediación aduanera pudiera efectuar legalmente los trámites de importación se concluye inequívocamente que el levante de la mercancía se obtuvo sin el lleno total de los requisitos legales; y **d)** el levante es tan solo una autorización cuya vigencia está sometida a la satisfacción continua de los requisitos que sirvieron de base para su expedición y por ello la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, mediante Resolución Número 001105 del 19 de mayo del 2006, dispuso su cancelación.

(vi) Que cancelado el levante otorgado a las mercancías relacionadas en las declaraciones de importación la mercancía quedó incurso en la causal de aprehensión y decomiso señalada en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo cual se solicitó a la demandante (como responsable de no haber cumplido en el trámite de las declaraciones de importación con todas las obligaciones que su calidad de auxiliar de la función pública aduanera le imponía) que la pusiera a disposición de la autoridad aduanera para tales efectos; y que como este requerimiento no fue cumplido por parte de la sociedad demandante, era legalmente aplicable la sanción prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, previo el trámite de ley.

(vii) Que la petición de poner a disposición de la autoridad aduanera la mercancía se dirigió a la sociedad de intermediación aduanera Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. en su calidad de declarante autorizado, por cuanto ésta es responsable por las obligaciones que se derivaron de su intervención, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2685 de 1999, y no cumplió con las funciones de conocimiento del cliente que le fueron delegadas por el legislador en su calidad de "*Auxiliar de la Función Pública Aduanera*", incumplimiento que conllevó una actuación de su

parte sin contar con el endoso aduanero que legalmente requería para su intervención.

(viii) Que en la actuación de la DIAN no hubo violación alguna al artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, sino, por el contrario, aplicación debida de dicha norma, y que la sanción consagrada en esta disposición legal le era aplicable a la sociedad actora, máxime cuando por su falta de diligencia, cuidado y estricto cumplimiento de sus funciones como “Auxiliar de la Función Pública Aduanera” prestó sus servicios a una persona jurídica inexistente a la que por lo mismo no puede la autoridad aduanera exigirle el cumplimiento de obligación alguna.

(ix) Que no se vulneró en modo alguno el principio de buena fe ni de confianza legítima, de un lado, porque al haber quedado demostrado que la sociedad demandante incumplió sus deberes debe soportar la carga legal que su incumplimiento le acarrea, y de otro, porque no existieron actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares de parte de la entidad demandada, sino aplicación juiciosa y estricta de la normativa aduanera.

1.2.2. Sobre el cargo segundo:

(i) Que no es cierto que las declaraciones de importación a que se refiere el presente proceso hayan sido presentadas correctamente obteniendo el levante de las mercancías conforme las exigencias legales, y que la irregularidad que se cometió conllevó a que la entidad demandada en ejercicio de sus facultades legales cancelara el levante otorgado y como consecuencia de ello la mercancía relacionada en las declaraciones de importación quedara en situación de ilegalidad dentro del Territorio Aduanero Colombiano.

(ii) Que la irregularidad que se presentó en el trámite de las declaraciones de importación tiene su origen en la inexistencia de la persona jurídica que en calidad de “supuesta importadora” contrató los servicios de agenciamiento aduanero con la sociedad demandante, inexistencia que ha debido ser detectada por parte de la actora si hubiera cumplido, como era su deber legal, con todos y cada uno de los mecanismos de control y verificación para conocer a su cliente.

(iii) Que al haberse demostrado no solo la irregularidad en el trámite de las importaciones que generó la cancelación del levante de las mercancías sino además el incumplimiento de las obligaciones que frente al conocimiento del

cliente debía cumplir la sociedad de intermediación aduanera, debe concluirse que no hay violación alguna al principio de justicia consagrado en el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999, por cuanto que la autoridad aduanera con su actuación exigió de la sociedad demandante lo que la misma normatividad aduanera le permite y le obliga exigir.

1.2.3. Sobre el cargo tercero:

(i) Que no es cierto que la sanción obedezca al hecho de no haber descubierto que la sociedad Importadora Risaralda había sido creada mediante fraude y suplantación, como tampoco lo es que la sanción impuesta haya sido la contenida en el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999.

(ii) Que el fundamento fáctico de la sanción impuesta es el hecho de no haberse podido aprehender, por no haber sido puesta a disposición de la autoridad aduanera, la mercancía relacionada en las 132 declaraciones de importación a las cuales se les canceló el levante, y que la sanción tiene como fundamento legal el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

(iii) Que lo afirmado por el apoderado de la sociedad actora en relación con el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999 no tiene incidencia alguna en la actuación administrativa adelantada por la entidad demandada que concluyó con la expedición de los actos administrativos demandados, puesto que la sanción impuesta no lo fue por el incumplimiento de la obligación que se encontraba prevista en el citado literal.

1.2.4. Sobre el cargo cuarto:

(i) Que de la revisión de la Resolución núm. 000661 del 23 de enero del 2009 se establece, de un lado, que fue proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la entidad demandada, y de otro, que el argumento con el que se desvirtuó la violación al principio de igualdad por no haberse tomado la misma decisión adoptada dentro del expediente 102004200600885 nunca fue el aducido por la demandante (que las decisiones no son tomadas por la División sino por cada funcionario en particular).

(ii) Que si bien las decisiones en la entidad demandada se adoptan por parte de diferentes funcionarios dependiendo de la estructura de la entidad, de la distribución de funciones y de las reglas de competencia funcional o territorial, las mismas se soportan en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina legalmente aplicable, tal y como sucedió en el caso en estudio en donde se impuso a la sociedad demandante una sanción totalmente ajustada a derecho.

(iii) Que cada caso se resuelve de manera particular y concreta de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas correspondiente y con las pruebas que se hayan allegado a la investigación, las cuales son valoradas por el funcionario competente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal y como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en las investigaciones aduaneras por expresa remisión del artículo 471 del Decreto 2685 de 1999.

I.2.5. Sobre el cargo quinto:

Que se remite a lo señalado para desvirtuar el primer cargo y que el hecho de que la sociedad actora estuviera imposibilitada para poner a disposición de la autoridad aduanera la mercancía que se encuentra en situación de ilegalidad dentro del territorio aduanero colombiano no es óbice para la aplicación de la sanción allí prevista, por cuanto la infracción contenida en esta disposición legal tiene precisamente dentro de los presupuestos legales para su aplicación la imposibilidad de ejecución a que se refiere este cargo, esto es, no poder aprehender la mercancía porque no haya sido puesta a disposición de la autoridad aduanera.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 5 de marzo de 2012 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

En relación con el primer cargo, señaló que la demandante tiene como objeto principal la actividad de intermediación aduanera, actividad de naturaleza mercantil y de servicios orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito de mercancías y cualquier operación o procedimiento aduanero.

Precisó que conforme al artículo 3º del Decreto 2685 de 1999 son responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, los declarantes, entre quienes se encuentran las sociedades de intermediación con el propósito de adelantar los procedimientos y trámites de importación, según lo establece el artículo 10 ibídem.

Afirmó, luego de transcribir el artículo 12 del Estatuto Aduanero, que la actividad ejercida por Adunas Ovic S. en C. S.I.A. es de naturaleza mercantil y de servicio, y se encuentra dirigida a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas de comercio exterior referentes a la introducción y exportación de mercancías, convirtiéndose en una actividad auxiliar de la función pública aduanera sometida a la normatividad en la materia.

Indicó que la demandante es auxiliar de las autoridades en la aplicación de las normas reguladoras del tránsito de mercancías e igualmente es responsable administrativamente por la exactitud y veracidad de la información de aquellos documentos que suscriban sus representantes debidamente acreditados ante la DIAN, tal como lo establece el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999.

Agregó que la obligación aduanera surge con la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de las contribuciones aduaneras y de las sanciones a que haya lugar.

Señaló que las Intermediarias Aduaneras deben dar cumplimiento a lo establecido por la Circular Núm. 170 de 10 de octubre de 2002, en la que se indica el procedimiento que deberán seguir los usuarios del servicio aduanero y cambiario para prevenir, detectar, controlar y reportar operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con el lavado de activos, en particular en cuanto se refiere al conocimiento de sus clientes en los términos que prevé el numeral 5.2. de dicho acto⁵.

⁵ "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 esos datos deben verificarse, estar documentados y actualizarse".

Explicó que para acatar lo mencionado por la Circular 170 de 2002 y evidenciar un conocimiento del cliente la demandante debió dar cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 5.2.1. de dicho acto que se refiere al diligenciamiento del “*formato de identificación del cliente*”, e igualmente debió tener presente las señales de alerta contenidas en los anexos de la Circular, como son la realización de importaciones por valores superiores al capital con el cual fue constituida la empresa, especialmente si se trata de empresas con poco tiempo de creación.

Advirtió que la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. fue constituida por escritura pública No. 274 en la Notaria Quinta de Pereira en agosto de 2004 con capital social de \$ 20.000.000 de pesos, y que al constituir importaciones por más del 100% del monto de su capital se emitió una señal de alerta que no debió ser pasada por alto por parte de la Sociedad de Intermediación Aduanera, quien debió verificar la existencia y validez de la documentación aportada, dado que como garante en el proceso de importación de mercancías presentó las declaraciones de importación y tramitó el levante de las mercancías amparadas en cada una de esas declaraciones de importación, no obstante lo cual no actuó con la debida diligencia y cuidado al no indagar acerca de los datos personales, financieros y respaldo económico que le sirviera como soporte para establecer la veracidad de la información suministrada por la Importadora Risaralda y Cía. Ltda.

Precisó, de otro lado, que el Juez 20 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá ordenó la suspensión de las 2789 declaraciones de importación realizadas por la Sociedad Importadora Risaralda, por haberse utilizado los nombres de los señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Edgar Caballero Gómez de Manera fraudulenta, lo que originó la cancelación de las autorizaciones de levante al importador⁶.

Estimó que con los actos acusados no se infringieron los artículos 1 y 83 de la Constitución Política, ni los principios de buena fe y confianza legítima, y que la aplicación del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 no fue indebida, pues la norma es clara al contemplar la sanción cuando no es posible aprehender la mercancía.

⁶ Resolución No. 001115 de 19 de mayo de 2006 “por medio de la cual se cancelan unas autorizaciones de levante al importador Sociedad Importadora Risaralda.” proferida por el Jefe de División de Servicios de Aduanas Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira.

Afirmó que al no efectuarse la entrega de la mercancía se incurrió en la sanción prevista en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, dado que las mercancías se encontraban en estado de ilegalidad dentro del territorio Colombiano al haberse cancelado el respectivo levante; así mismo, que la solicitud de entrega de la mercancía se dirigió a la demandante como declarante autorizado al ser esta responsable por las obligaciones derivadas de su intervención, de acuerdo a lo señalado por el artículo 3º del Decreto 2685 de 1999.

En cuanto al segundo cargo, afirmó que no se transgredió e literal b) del artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, pues fue al demostrarse el incumplimiento de la normativa aduanera por parte de la Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. que en aplicación del principio de justicia se le impuso la sanción fijada en el artículo 503 del precitado Decreto, exigiéndose a la demandante nada más que lo previsto en la ley.

Sobre el tercer cargo, manifestó que la conducta sancionada es la de no devolver las mercancías a la DIAN después de la cancelación del acta de levante dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del requerimiento.

Señaló que otra señal de alerta que no detectó la sociedad sancionada en el trámite de importación fue el monto de las declaraciones de importación que superaban los trescientos millones de pesos (\$300.000.000.) de un empresa constituida en el 2004 con un capital de solo veinte millones de pesos (\$20.000.000.00)

Reiteró que la actora aparte de recaudar los documentos para identificar al cliente y verificar la información suministrada debió cumplir con la entrega de la mercancía.

En relación con el cuarto cargo, destacó que en el expediente No. IO 2004-2006-00885 seguido contra la Sociedad Interpuertos y Cía. Ltda. S.I.A., en el que se revocó la sanción impuesta a esta sociedad, la DIAN verificó que dicha sociedad al actuar como declarante autorizado tenía el endoso aduanero, recopiló y verificó los documentos requeridos para el conocimiento del cliente, manifestó que visitó el domicilio del cliente y confirmó la existencia de la importadora, situaciones que no ocurrieron en el caso de la demandante.

Y frente al quinto motivo de censura, señaló el artículo 503 del Estatuto Aduanero dispone que cuando no es posible aprehender la mercancía por no haberla puesto a disposición de la autoridad aduanera, es procedente imponer la sanción del 200% del valor en Aduana de la mercancía al importador o declarante, por intervenir en dicha operación, y apuntó que quien ejecutó y tramitó ante la autoridad aduanera la importación de las mercancías y obtuvo las actas de levante que más tarde se cancelaron fue Ovic S. en C. S.I.A., y por ello se le solicitó que pusiera a disposición de la DIAN la mercancía para su aprehensión.

Consideró que no es aplicable en este caso el principio general del derecho "*Ad Impossibilia Nemo Tenetur*" ("Nadie está obligado a lo imposible"), pues no se observa que la obligación sea imposible de ejecutar, ya que la intermediaria aduanera debía conocer el domicilio del importador y el lugar de depósito de los productos a los cuales se les había dado el levante; además -agregó- no aparece en el plenario prueba alguna de las diligencias efectuadas por la actora con el fin de obtener la mercancía para ponerla a disposición de la DIAN o informar el lugar donde esta se encontraba a fin de efectuar su aprehensión.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso en forma oportuna recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, invocando como razones de su inconformidad:

(i) Que de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2685 de 1999 es necesario determinar en el proceso la responsabilidad del intermediario o agencia de aduanas *en razón a su intervención*, pues, contrario a lo expresado por el Tribunal, la "*sanción por contrabando*" no procede por la simple imposibilidad de la Administración de aprehender la mercancía y porque la agencia de aduana no la haya puesto a disposición de la DIAN ni haya tomado ninguna medida tendiente a hacerlo.

(ii) Que la responsabilidad de la agencia de aduanas en una operación de importación se circunscribe a lo siguiente: 1) Identificar al cliente al cual le 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 sustentar la operación de importación (artículo 121 del Decreto 2685 de 1999); 4) Liquidar y pagar los tributos aduaneros (artículo 22 del Decreto 2685 de 1999); y 5) Obtener levante de la mercancía. En este caso la demandante sí cumplió con las exigencias de la Circular 0170 de 2002 para la identificación de su cliente, tal como dan cuenta los antecedentes administrativos en los que consta que en efecto contaba con la identificación de la sociedad importadora en el formulario especial para la identificación del cliente, así como con el certificado existencia y representación, la copia del RUT, y la copia de un contrato de arrendamiento de un inmueble para el almacenamiento de las mercancías, datos y documentos éstos que no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal; igualmente, también atendió la segunda obligación atrás mencionada, pues no hubo ningún error en cuanto a la descripción de la mercancía, su clasificación arancelaria o la 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.

(iii) Que el levante de la mercancías fue cancelado no por una indebida clasificación arancelaria de la mercancía, ni porque hubiera estado mal descrita, ni porque la declaración de importación amparara mercancía diferente, como tampoco porque no se hubieran pagado los tributos aduaneros correctamente (todas éstas responsabilidades de la agencia de aduanas), sino porque el mandato otorgado por el importador era ideológicamente falso, hecho respecto del cual es necesario analizar la responsabilidad de la agencia de aduanas dando aplicación al principio de buena fe y al artículo 3º del Decreto 2685 de 1999; luego de ello, si podrá determinarse si le era aplicable o no la sanción del artículo 503 ibídem.

(iv) Que se vulneran los principios de buena fe y confianza legítima e igualmente el principio de justicia establecido en el artículo 2º literal b) del citado decreto, puesto que se exige al administrado más de lo que la misma ley requiere: en el presente caso, contrario a lo señalado por el Tribunal, la agencia de aduanas solicitó y conservó los documentos exigidos por la Circular 0170 de 2002, entre otros, el formulario de identificación mínima del cliente firmado por el señor Edgar Caballero quien se anunciaba como representante legal de la compañía importadora, copia del RUT en el que se puede observar que la firma suya es la misma que la del mandato que suscribió la importadora con la demandante, y

copia del contrato de arrendamiento de la importadora donde también se observa la firma del señor Edgar Caballero.

(v) Que el Código de Comercio en sus artículos 1262 al 1278 regula el contrato de mandato y entre sus requisitos no se encuentra que el mandante deba poner nota de presentación personal en la notaria⁷; que aun cuando se hubiere pedido el mandato en dicha forma éste hubiera estado viciado, pues el representante legal de la compañía importadora no fue suplantado para firmar un mandato ante la agencia de aduanas sino que quienes aparecen como constituyentes de la compañía importadora fueron suplantados para la constitución misma de la empresa ante la notaria, para sacar el RUT ante la DIAN a donde tuvo que asistir personalmente el representante legal ficticio, y ante la Cámara de Comercio donde también tuvo que firmar el representante legal; y que aunque la agencia de aduana tuvo ante su presencia al supuesto Edgar Caballero Gómez, así como la DIAN, la cámara de comercio, las notarías, etc., no había forma de saber que el verdadero Edgar Caballero Gómez estaba siendo suplantado, pues conforme al informe de policía judicial núm. 4054 del 10 de septiembre de 2007 la firma que aparece en el mandato es la misma firma que aparece en los demás documentos de constitución de la sociedad.

(vi) Que la agencia de aduanas no fue responsable de la falsedad en el mandato y por lo tanto, conforme al artículo 3º del Decreto 2685 de 1999, no le puede ser aplicada la sanción del artículo 503 ibídem, toda vez que su responsabilidad se encuentra limitada a su intervención; además, la obligación aduanera es personal, tal como lo señala el artículo 4º del Estatuto Aduanero.

(vii) Que conforme al principio de justicia, no es posible exigir más allá de lo que la propia norma exige, y tanto la DIAN como el Tribunal exigen ahora de la agencia de aduanas que era necesario corroborar la firma del representante legal cuando esto no es exigido por el Código de Comercio que es la norma que regula el trámite y otorgamiento de los contratos de mandato; en Colombia los documentos se presumen auténticos hasta que no se comprueba lo contrario y la agencia de aduanas presumió que el mandato y los documentos de constitución eran auténticos.

⁷ Aduce que en el mismo sentido puede verse el Concepto 120 de 2002 de la DIAN.

(viii) Que el análisis que de la responsabilidad de la agencia de aduanas no se circunscribe a las razones que dieron origen al decomiso de la mercancía, que fue la falsedad del mandato y la injerencia de la agencia de aduanas en esta falsedad, sino que se fundamenta en el hecho que la agencia de aduanas no detectó las operaciones sospechosas y las señales de alerta que ocurrieron en el proceso de importación, lo cual no constituye el presupuesto fáctico de la sanción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999; ello se encuentra reglamentado como infracción en la Resolución Núm. 285 de 2007 de la UIAF con la posibilidad para esta entidad de imponer multa hasta de \$ 2.293.793.003.

(ix) Que en el caso de la sociedad Interpuertos 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, de lo que se infiere que no es cierto que el artículo 503 se aplique únicamente cuando la agencia de aduanas no devuelve las mercancías solicitadas, pues es necesario determinar la responsabilidad de cada uno de los actores en la cadena de importación.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La parte actora reitera los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación. La entidad demandada se opone a la prosperidad del recurso de apelación e invoca para el efecto los mismos argumentos que expuso al contestar la demanda.

El Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES

5.1.- Los actos administrativos acusados.

Se encuentran representados en las resoluciones números 2192 de 20 de octubre de 2008 y 00661 de 23 de enero de 2009, expedidas por la Administración Especial de Aduanas de Bogotá de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, mediante las cuales, en su orden: i) se sanciona a la sociedad Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., como declarante autorizado, 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 novecientos treinta y seis millones trescientos treinta y siete mil ochocientos setenta y tres pesos m/cte (\$936.337,863), equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía no puesta a disposición de esta Administración para su aprehensión, y **ii)** se resuelve un recurso de reconsideración en el sentido de confirmar el acto inicial.

5.1.1. Fundamentos fácticos.

Según consta en los actos acusados, la División de Servicio de Aduanas de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira profirió la Resolución núm. 001105 del 19 de mayo de 2006, por medio de la cual se cancelan unas autorizaciones de levante al importador Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. en las que actuó como declarante autorizado la sociedad de intermediación aduanera Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., orden adoptada en cumplimiento de lo decidido por el Juzgado 20 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá (quien dispuso la suspensión de 2789 declaraciones de importación realizadas por la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda.), por cuanto se utilizaron de manera fraudulenta los nombres de unas personas en la constitución de esa sociedad.

El contenido de esta resolución fue comunicado a la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, quien a través de su División de Fiscalización Aduanera ordenó abrir investigación⁸ contra Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. y en desarrollo de ella expidió Requerimiento Ordinario⁹ en el que le informó a esta sociedad *-en su calidad de declarante autorizado-* lo decidido en la Resolución núm. 001105 del 19 de mayo de 2006 y le solicitó poner a disposición, en el término de quince (15) días calendario siguientes al recibo del requerimiento, las mercancías amparadas con las declaraciones de importación relacionadas en dicho acto a efectos de aprehenderlas de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2385 de 1999, so pena de la sanción prevista en el artículo 503 *ibídem*.

Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. dio respuesta a este requerimiento y adujo en esencia que actuó de buena fe como simple declarante de las mercancías cumpliendo todas las disposiciones legales que regulan la materia y utilizando la

⁸ Mediante Auto 134-1903 del 28 de agosto de 2007.

⁹ Número 03.070.210.403-004364 del 17 de septiembre de 2007.

información suministrada por el importador, que no ha tenido en su poder ni bajo su responsabilidad las mercancías y desconoce su destino final, ya que una vez concedido su levante por la DIAN éstas entran en libre disposición por parte del interesado, que ha cumplido lo ordenado en la Circular 170 de 2000 de la DIAN respecto al importador y ha suministrado a la DIAN y demás autoridades competentes la información obrante en sus archivos sobre las operaciones en que actuó como declarante de las mercancías requeridas, y que no tiene la obligación de responder por conductas ajenas a su legítimo actuar¹⁰.

En el curso del proceso administrativo la División de Fiscalización Aduanera, entre otras pruebas, se incorporó copia del expediente 110016000096200600001 de la Fiscalía Cuarta Especializada de la Unidad de Lavado de Activos, seguido en contra la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. y de Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., informativo del que hacen parte informes de policía que dan cuenta que la sociedad importadora se constituyó de forma ilegal al utilizarse fraudulentamente en ese acto los nombres de los señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Edgar Caballero Gómez¹¹.

La División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá mediante Requerimiento Especial Aduanero de 31 de julio de 2008¹² propone sancionar al declarante Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. por la presunta comisión de la infracción establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, con la suma de \$936.337.863.00, equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía no puesta a disposición de la entidad.

¹⁰ En su defensa argumento, en esa misma línea, que no está facultada legalmente para ejercer ningún tipo de control sobre la creación de las empresas en el país ni sobre sus inscripción ante la DIAN y demás organismos competentes y que el certificado de existencia y representación legal del importador y su inscripción en el Rut, presentados por el importador, eran válidos en la época en que Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. realizó su labor de intermediación aduanera.

¹¹ Se concluye en los informes de policía que: **i)** *“Las Sociedades de Intermediación Aduanera que presentaron declaraciones de importación a nombre de la SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA y CIA LTDA. actuaron con poderes, mandatos o endosos FALSOS, porque quienes los otorgaron o impusieron carecían de LEGITIMACION y por el contrario estaban traficando con el bien jurídico tutelado de la fe pública ...”*; **ii)** *“La Sociedad Importadora de RISARALDA y CIA LTDA. ... fue constituida en forma ilegal y por lo tanto es una de aquellas que comúnmente se conoce como ‘ficticias o de papel’”*; **iii)** *“La ilegalidad de la empresa surge de la suplantación de los señores CABALLERO GOMEZ EDGAR C.C. 177.369 y HURTADO MUNAR PEDRO FABIAN C.C. 79.905, a quienes se les atribuyen por terceros la Representación Legal de la Sociedad...”*; y **iv)** *“Se ha demostrado técnicamente (grafológica y dactiloscópicamente) que los señores PEDRO FABIAN FURTADO Y EDGAR CABALLERO GOMEZ, no intervinieron en la creación de la sociedad, corroborando de esta manera sus denuncias, ya que las huellas encontradas en documentos notariales, mediante los cuales se constituyó la empresa no coinciden con la huellas aportadas por la Registraduría Nacional en sus tarjetas decadactilares”*.

¹² Número 03.070.210.450-003248.

En respuesta a ese requerimiento Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. afirma que no tuvo ninguna intervención en el trámite de constitución de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., que las presuntas irregularidades que se presentaron en dicho acto son anteriores a su intervención como declarante autorizado, y que aunque no puso a disposición la mercancía no se le puede responsabilizar por un hecho no imputable a ella, sobre el cual además fue necesaria la intervención de autoridades judiciales para determinar que fue fraudulento¹³.

5.1.2. Fundamentos jurídicos.

Se afirma en los actos demandados que Aduanera Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. presentó y tramitó distintas declaraciones de importación a nombre de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. y que como declarante autorizado es responsable de la obligación aduanera, en los términos del artículo 3º del Decreto 2685 de 1999. Agrega que por ello, una vez canceladas las autorizaciones de levante de las mercancías al quedar éstas en estado de ilegalidad dentro del territorio aduanero nacional, la requirió para que las pusiera a disposición de la autoridad aduanera.

Explica que aunque Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. no es el importador sí actuó como declarante autorizado y debe responder administrativamente en su calidad de sociedad de intermediación aduanera no solo por la simple presentación de las declaraciones de importación sino además por la exactitud y veracidad de la información y los datos consignados en ellas, según lo establecido en los artículos 22 y 23 y el literal c) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999. En este caso esta normativa se incumplió, pues se demuestra que en las declaraciones de importación objeto de investigación Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. actuó como declarante autorizado de una sociedad denominada Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. en cuya constitución se utilizaron de manera fraudulenta los nombres de los Señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Edgar Caballero Gómez.

¹³ En la respuesta reitera que antes de presentar las declaraciones de importación realizó las verificaciones que ordena la Circular 170 de 2000 de la DIAN, que la sociedad importadora estaba legalmente constituida, se le había otorgado por parte de la autoridad aduanera el NIT (número de identificación tributaria) y se había inscrito en el RUT (registro único tributario), motivo por el cual no se podía dudar de su legalidad, y que no era la llamada a poner a disposición la mercancía. Aduce también que el requerimiento especial aduanero adolece de falsa motivación, que se debe sancionar a los demás responsables de la obligación aduanera como por ejemplo al transportador, al depósito, al importador o a cualquiera de quienes intervinieron en la operación y no solo a la agencia de aduanas, y que la argumentación de la DIAN no puede ser diferente en dos casos similares, como ocurre con ocasión del recurso de reconsideración fallado dentro del expediente 102004200600885.

Finalmente, señala que la legislación aduanera en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999 prevé que cuando no es posible aprehender la mercancía por no haberla puesto a disposición, como sucede en este caso, es procedente imponer la 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, supuestos aplicables a Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., puesto que fue quien intervino como declarante autorizado y obtuvo un lucro económico de su actuación.

En relación con los argumentos esgrimidos en la respuesta al requerimiento especial aduanero indicó en síntesis: **i)** que Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. ha debido certificar por medios fehacientes la información suministrada por su cliente, el supuesto importador, antes de continuar con los trámites de nacionalización de la mercancía, pues como sociedad de intermediación aduanera debe colaborar con la autoridad aduanera no solo en la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior sino en la plena identificación de las personas jurídicas o naturales que actúan como importadores en los procesos de nacionalización de mercancías, de acuerdo con el artículo 13 del Estatuto Aduanero; **ii)** que no dio cumplimiento a los requisitos previstos en la normativa aduanera (Circular 170 de 2000) para identificar a las personas que figuraban como supuestos representantes de la sociedad importadora, pues se ha podido advertir que los documentos de transporte no contaban con el endoso y/o mandato válidamente otorgados para actuar ante la DIAN por parte de las personas que figuran como representantes, quienes nunca dieron autorización a la Aduanas Ovic S. en C. S.I.A. para que actuara como declarante autorizado; **iii)** que si la Administración encuentra que las condiciones que sirvieron de base para autorizar el levante desaparecen debe proceder a su cancelación; **iv)** que el artículo 502 núm. 1.25 del Decreto 2685 de 1999 prevé que si dentro de los procesos de control posterior se determina que los documentos soporte presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada, se debe proceder a la aprehensión y decomiso de las mercancías; y **v)** que como no fue posible esa aprehensión, por no haber sido puesta la mercancía a disposición de la DIAN, se debe imponer la 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, siendo claro que quien figuró y actuó ante la

autoridad aduanera a lo largo de todo el trámite de importación fue Aduanas Ovic S. en C. S.I.A.

5.2.- El problema jurídico a resolver.

Como quiera que la presente instancia se encuentra delimitada rigurosamente por los términos de la impugnación presentada por la parte actora, la Sala se ocupará de establecer si la sociedad de intermediación aduanera demandante debió o no ser sancionada con la multa establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

5.3.- Análisis de la impugnación.

5.3.1. Plantea el recurrente como motivo de inconformidad con la sentencia de primera instancia que se interpretó equivocadamente la legislación aduanera en relación con la responsabilidad de las sociedades de intermediación aduanera, pues no se tuvo en cuenta que ella solo es imputable *en razón de la intervención* que aquellas hayan tenido en la operación de comercio exterior objeto de investigación. En su sentir, no es posible imponerle la sanción de que trata el artículo 503 del Estatuto Aduanero por no poner a disposición de la autoridad aduanera unas mercancías, puesto que no tuvo participación ni injerencia alguna en los hechos que motivaron la cancelación del levante de éstas (la falsedad en el mandato), los cuales son del resorte exclusivo del importador. Agrega la sociedad apelante, además, que cumplió con los deberes que la normativa aduanera le exigía como declarante, en particular el de identificar a su cliente. Igualmente, que la entidad demandada desconoció el principio de igualdad, en razón a que en un caso similar al suyo sí exoneró de responsabilidad a la sociedad de intermediación aduanera.

5.3.2. La Sala confirmará la sentencia apelada, pues, como lo decidió el *a quo*, no se logra desvirtuar por la demandante la presunción de legalidad de los actos demandados. En sustento de esta conclusión se tiene lo siguiente:

5.3.2.1. En los actos acusados se sanciona a la demandante, Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., con la multa establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, norma cuyo tenor literal es el que sigue:

“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.”

Esta norma consagra una **sanción administrativa subsidiaria** en los casos en que habiendo lugar a la aprehensión de una mercancía no es posible ejecutar esta medida.

La imposición de esta sanción implica entonces la existencia de una causal de aprehensión de la mercancía y que ésta no pueda hacerse efectiva en consideración a alguno de los siguientes eventos: que la mercancía ha sido consumida, destruida o transformada, o que el importador o el declarante o los otros sujetos a que se refiere la norma que intervienen en las operaciones de comercio exterior y que tienen el deber de poner a disposición de la autoridad aduanera una mercancía respecto de la cual es aplicable la medida de aprehensión incumplen dicha obligación.

La sanción es aplicable, en los términos de la norma comentada, al importador o al declarante, según el caso, o al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación de comercio exterior, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación.

Respecto de estos sujetos debe determinarse, a efectos de imponerles la sanción pecuniaria, que intervinieron en los hechos que dieron lugar a la medida de aprehensión de la mercancía y que no pusieron ésta a disposición de la autoridad aduanera cuando fueron requeridos para ello. En efecto, no es suficiente que se acredite el hecho objetivo de la no entrega de la mercancía requerida por la autoridad aduanera sino que es necesario determinar además la participación que el importador o declarante o los demás sujetos atrás referidos hayan tenido en la operación de importación (en particular, en los hechos que dieron lugar a la aprehensión), toda vez que la obligación aduanera es de carácter personal y la responsabilidad derivada de ella está delimitada por la intervención del respectivo sujeto.

Debe recordarse en este punto el contenido de los artículos 3º y 4º del Decreto 2685 de 1999, relativo a los responsables de la obligación aduanera y a la naturaleza de esta obligación:

“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 depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto**”.
(Negrillas agregadas)

“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.”

5.3.2.2. La aprehensión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, es una medida cautelar consistente en la retención de mercancías respecto de las cuales se configure alguno de los eventos previstos en el artículo 502 ibídem.

En el numeral 1.25 de esta disposición (adicionado por el Decreto 4431 de 2004) se consagra como causal de aprehensión de las mercancías:

“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. En el régimen de importación:

[...]

1.25. Adicionado Decreto 4431 de 2004, art. 10. 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”.

Esta causal de aprehensión es la invocada por la Administración Especial de Aduanas de Bogotá en el Requerimiento Ordinario Núm. 03.070.210.403-004364 del 17 de septiembre de 2007 y en el Requerimiento Especial Aduanero Número 03.070.210.450-003248 de 31 de julio de 2008.

De acuerdo con estos actos, esta causal se configura porque las declaraciones de importación presentadas por la demandante a nombre de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cia. Ltda. carecen de validez al referirse a una sociedad importadora constituida en forma fraudulenta, y porque, en ese orden, dicho documento no se soporta en un endoso aduanero y/o un mandato otorgado válidamente a la sociedad de intermediación aduanera para actuar ante la DIAN¹⁴. En el mandato presentado se incurrió en falsedad ideológica, pues quienes figuraban como representantes legales de la sociedad ficticia nunca autorizaron a la S.I.A. para actuar como declarante autorizado.

5.3.2.3. Al analizar el expediente administrativo que dio lugar a la expedición de los actos acusados, encuentra la Sala que sí existen los supuestos establecidos en la legislación aduanera para imponer a la demandante la sanción de que trata el citado artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, en consideración a lo siguiente:

(i) La demandante, Adunas Ovic S. en C. S.I.A. es una Sociedad de Intermediación Aduanera (SIA), esto es, una persona jurídica autorizada por la

¹⁴ En el Requerimiento Especial Aduanero se cita a este respecto el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, el cual prevé lo siguiente: “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”.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer la Intermediación Aduanera, cuyo objeto social principal es el ejercicio de dicha actividad¹⁵.

La Intermediación Aduanera, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, es una actividad de naturaleza mercantil y de servicio, ejercida por las Sociedades de Intermediación Aduanera, orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades. Además, constituye una actividad auxiliar de la función pública aduanera, sometida a las regulaciones especiales establecidas en dicho Decreto.

Su finalidad principal, según el artículo 14 *ibídem*, es 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.

En cumplimiento de su actividad, la sociedad de intermediación aduanera demandante presentó y tramitó ante la DIAN a nombre de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. las declaraciones de importación a que se refieren los actos acusados, es decir, actuó como *declarante autorizado* de dicha sociedad, en los términos del artículo 10º del Decreto 2685 de 1999¹⁶.

En esa calidad la demandante es *responsable de la obligación aduanera* de conformidad con lo establecido en el artículo 3º *ibídem*, norma que en lo pertinente prevé que: “... **serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto**”.

En el régimen de importación, según lo dispone el artículo 87 del Estatuto Aduanero, la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, y comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y

¹⁵ Definición contenida en el artículo 14 del Decreto 2685 de 1999.

¹⁶ “Artículo 10. Declarantes. Son declarantes ante la autoridad aduanera, con el objeto de adelantar los procedimientos y trámites de importación, exportación o tránsito aduanero, las sociedades de intermediación aduanera, quienes actúan en nombre y por encargo de los importadores y exportadores y las personas a que se refiere el artículo siguiente [...]”.

de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

(ii) Como sociedad de intermediación aduanera Aduanas Ovic S. en C. está sujeta a las responsabilidades y obligaciones que consagra el Estatuto Aduanero, entre éstas las establecidas en los artículos 22 y 26, literales a), b) y c), disposiciones cuyo tenor literal es el que sigue:

“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.” (negrillas ajenas al texto original)

“Artículo 26. Modificado por el Decreto 3600 de 2005. Obligaciones de las sociedades de intermediación aduanera. Las Sociedades de Intermediación Aduanera, en ejercicio de su actividad, tendrán las siguientes obligaciones:

a) Actuar de manera eficaz y oportuna en el trámite de las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero ante la autoridad aduanera;

b) Suscribir y presentar las declaraciones y documentos relativos a los regímenes de importación, exportación y tránsito aduanero, en la forma, oportunidad y medios señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con la normatividad vigente;

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;

[...]" (Negrillas agregadas por la Sala)

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 Aduanas 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.

[...]”

(iv) En el presente asunto al examinar el expediente administrativo encuentra la Sala que, contrario a lo que sostiene la parte actora, ésta no dio cumplimiento estricto a lo reglado en la Circular 170 de 2002, pues aunque diligenció el formato de identificación del cliente a que ella se refiere, pasó por alto importantes señales de alerta que pudieron advertir a la autoridad aduanera sobre la existencia real y legal del importador a cuyo nombre actuó Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., y que seguramente hubieran impedido la tramitación de las declaraciones de importación presentadas ante la DIAN.

En efecto, como lo precisó el *a quo*, las operaciones de importación a que se refiere este asunto fueron realizadas (a) por una persona jurídica sin gran trayectoria comercial creada en fecha no muy lejana a dichas operaciones y (b) por valores superiores frente al capital con el cual fue constituida la empresa. La Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda. fue constituida por escritura pública Núm. 274 en la Notaria Quinta de Pereira en el mes de agosto de 2004 con capital social de \$ 20.000.000.00. y las operaciones de importación cuestionadas se realizaron en los meses de octubre y noviembre del año 2005, es decir, luego de transcurrido un año y dos meses de su constitución, por valores que superaron ampliamente, en mucho más de un 100%, el valor por el cual fue constituida dicha sociedad.

(v) Es cierto como lo demuestran las pruebas obrantes en el proceso, que corresponden básicamente a las incorporadas al expediente administrativo, que la demandante no intervino directamente en la constitución de la Sociedad Importadora de Risaralda y Cía. Ltda., la cual fue calificada por las autoridades de policía judicial como fraudulenta y dio lugar a la suscripción de documentos falsos.

No obstante lo anterior, también es claro para la Sala que la sociedad de intermediación aduanera demandante omitió el estricto cumplimiento de los deberes que como auxiliar de la función pública aduanera le impone la normativa

que regula la materia, en particular el referido a la exactitud y veracidad de la información contenida en las declaraciones de importación que presentó ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y que se relaciona con la identificación y existencia del importador, tal como antes se examinó.

Esa omisión claramente dio lugar a la presentación de una declaración de importación que carece de validez y de soportes legales¹⁷, tal como lo estableció la DIAN en el curso de la actuación administrativa demandada, y determinó que se adoptará por esta entidad la medida de aprehensión de la mercancía, al quedar ésta incurso en situación de ilegalidad dentro del territorio colombiano.

En efecto, la inadvertencia de las claras señales de alerta sobre la persona del importador por parte de la demandante supuso que ésta presentara y tramitara ante la DIAN unas declaraciones de importación soportadas en documentos carentes de validez, como es el caso del mandato suscrito por personas que suplantaron a las personas que aparecen como firmantes de dicho documento.

Esa circunstancia, según lo expresado en los antecedentes de los actos acusados, determinó precisamente que se configurara la causal de aprehensión de la mercancía a que se refiere el artículo 502 núm. 12.5. del estatuto Aduanero, antes transcrito.

(vi) En este orden, en consonancia con lo examinado en el numeral 5.3.2.1. de estas consideraciones, es evidente que se configuran los supuestos requeridos para la imposición de la sanción pecuniaria establecida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, pues la demandante como responsable de la obligación aduanera intervino en los hechos que determinaron la aprehensión de la mercancía y como declarante autorizado tenía el deber de ponerla a disposición de la autoridad aduanera para que se cumpliera dicha medida y no lo hizo.

¹⁷ Decreto 2685 de 1999. "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".

Esa decisión de la DIAN, en criterio de la Sala, no desconoció el principio de justicia¹⁸ que debe presidir la aplicación de las disposiciones aduaneras por parte de los funcionarios aduaneros con atribuciones de fiscalización y control, toda vez que en el presente asunto no se exigió al administrado más de aquello que la ley establece en materia de obligaciones y responsabilidades como sociedad de intermediación aduanera.

5.3.2.4. Alega la demandante que la entidad demandada desconoció el principio de igualdad, en razón a que en un caso similar al suyo (Exp. núm. IO2004200600885 seguido contra la sociedad Interpuertos & Cía. Ltda. S.I.A.) sí exoneró de responsabilidad a la sociedad de intermediación aduanera.

La Sala observa que al proceso se allegó copia de la Resolución 001126 de 12 de septiembre de 2007 proferida por la Jefe de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá dentro del mencionado expediente administrativo, mediante la cual se resolvió un recurso de reconsideración formulado por la sociedad Interpuertos & Cía. Ltda. S.I.A. contra la Resolución núm. 03-064-191-668-2131-00-0580 del 23 de marzo de 2007, en la cual se sanciona a esta agencia de aduanas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, esto es, por no poner a disposición de la autoridad aduanera una mercancía que le fue requerida.

Al examinar esta decisión es claro que los supuestos del caso que en ella se resuelve son distintos a los del presente asunto, pues en él se acreditó que la sociedad de intermediación aduanera hizo uso de todos los recursos a su alcance a fin de verificar la existencia de la sociedad importadora, situación distinta a la acontecida en el caso objeto de juzgamiento, en donde quedó demostrado que la sociedad demandante omitió claras señales de alerta sobre las operaciones de importación de su cliente.

5.4.- Conclusión

En las anteriores condiciones y, como quiera que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, la Sala confirmará la sentencia apelada, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

¹⁸ Decreto 2685 de 1999, artículo 2º, literal b).

Por 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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 5 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: RECONÓCESE personería a la Abogada Nancy Piedad Téllez Ramírez, como apoderada de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los términos y para los fines del poder a ella conferido, visto a folio 14 del cuaderno de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA
Ausente con excusa