

GARANTIA EN REEMPLAZO DE LA APREHENSION – Equivalente al 100 por ciento del valor aduanero de la mercancía / POLIZA DE GARANTIA EN MATERIA ADUANERA – Objeto / EFECTIVIDAD POLIZA DE GARANTIA- Incumplimiento de poner a disposición de la Dian la mercancía / DECOMISO – En firme el acto que lo disponga la mercancía pasa a ser propiedad de la Nación

En reemplazo de la mercancía aprehendida podrá otorgar el importador garantías equivalentes al valor aduanero de la misma (100 por ciento - bancaria o de compañía se seguros), cuyo objeto es el de asegurar la obligación de que aquella será puesta a disposición de la Aduana cuando en el proceso administrativo se ordene su decomiso o se permita declararla bajo una modalidad de importación; y que en caso de que ocurrido el siniestro (decomiso) no se hubiera restituido la mercancía dentro del término concedido para el efecto, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas declarará, en un mismo acto, la obligación incumplida y ordenará la efectividad de la garantía constituida. Ello, por cuanto como lo ha señalado la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 30 de marzo de 2006 (Expediente núm. 1998-01372 (8864), Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), una vez en firme la Resolución de decomiso, la mercancía pasa a ser de propiedad de la Nación, por lo que se debe poner inmediatamente a disposición de la autoridad, cuyo incumplimiento, como ya se indicó, impone que se disponga la efectividad de la garantía.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1794 DE 1993 – ARTICULO 24; RESOLUCION 1794 DE 1993 – ARTICULO 41

DECOMISO – En firme el acto que lo disponga la mercancía pasa a ser propiedad de la Nación / EFECTIVIZACION DE GARANTIA EN MATERIA ADUANERA – Obligación de poner la totalidad de la mercancía decomisada a disposición de la DIAN

La mercancía a restituir debe serlo en su totalidad, dado que la misma ya no le pertenece al importador una vez quede en firme el acto administrativo que disponga su decomiso, sino al Estado. Como quiera que en el sub lite la actora no dejó a disposición de la Administración la totalidad de la mercancía decomisada, dio lugar a que se hiciera efectiva la póliza que garantizaba la devolución de la misma. A juicio de la Sala, la entidad demandada al expedir los actos administrativos acusados, actuó conforme a derecho, pues, como quedo visto, la norma que autoriza la garantía en reemplazo de la aprehensión no permite devoluciones parciales de la mercancía respecto de la cual se decreta el decomiso, lo cual descarta la falsa motivación que se le endilga a aquellos. Ahora, admitir lo contrario sería dejar en libertad a los contribuyentes para que restituyeran la mercancía que ellos a su arbitrio consideraran, lo que iría en detrimento patrimonial del Estado, pues muy seguramente reintegrarían la que menos beneficio (utilidad) les representara, que, precisamente, al parecer fue lo que ocurrió en el caso sub examine, si se tiene en cuenta que de la mercancía aprehendida, las cajas con multimas en pasta Ref.: Nur Fur WESCHSELESTROM, entregadas a Almagrario por la actora, conforme consta en el control de peso núm. 98246 de 27 de noviembre de 2000, -cuyo contenido por demás no fue verificado como allí se afirma y mucho menos su estado y peso-, serían la de menos valor frente a los químicos contenidos en los tanques (CIORTIMAZOLE BATCH No 99816 y SODIUM DICIOFENAL BIOMINC FERE BATCH 9904514) y los bultos (ERYTHORBATE DE SODIAM LOTE 50805 y de

CARBEDAZIN), que también hacían parte de aquella, sin que medie justificación alguna para su no devolución.

NOTA DE RELATORIA: Se cita la sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, del 30 de marzo de 2006, Radicado 1998-01372 (8864), M.P. Camilo Arciniegas Andrade

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 13001-23-31-000-2001-01326

Actor: ECU LINE DE COLOMBIA LTDA

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN- contra la sentencia de 6 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES.

I.1- La sociedad **ECU LINE DE COLOMBIA LTDA.**, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1º: Son nulas las Resoluciones núms. 048-064-6.0-0655-003891 de 12 de diciembre de 2000, expedida por el Jefe de la División de Liquidación y Aduanas

DIAN-Cartagena, por medio de la cual se declara el incumplimiento de una obligación aduanera respaldada con garantía de compañía de seguros y se hace efectiva; 048-064-2.5-0656-000165 de 26 de enero de 2001, emanada del Jefe de la División de Liquidación y Aduanas DIAN-Cartagena, que resolvió el recurso de reposición; y 000740 de 3 de mayo de 2001, expedida por el Administrador Local de Aduanas Nacionales de Cartagena, que resolvió el recurso de apelación.

2ª: Que como consecuencia de la declaración anterior se diga que la demandante no tiene obligación alguna de devolver la mercancía a la DIAN; y a título de restablecimiento del derecho, se ordene cancelar la garantía que se hizo efectiva por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- por medio de los actos administrativos acusados.

I.2- La actora apoya sus pretensiones en los siguientes hechos:

1º: El 17 de noviembre de 1999, con acta núm. 00030, funcionarios de la DIAN de Cartagena, aprehendieron una mercancía que arribó al país en un contenedor, para lo cual adujeron como causa la no descripción de la mercancía.

2º: Con Resolución núm. 000027 de 24 de enero de 2000, la División de Fiscalización Aduanera de la Aduana de Cartagena, propuso el decomiso de la mercancía aprehendida y le formuló pliego de cargos por presunta falta administrativa de mercancía no presentada, al no estar amparada en los documentos de transporte, cargos que contestó oportunamente, informándole a la DIAN la responsabilidad directa del transportador en la presentación de la mercancía y de las inconsistencias legales aducidas en el pliego.

3°: Pese a lo anterior, la División de Liquidación mediante Resolución núm. 0048-064-0636-001441 de 15 de mayo de 2000 ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida, decisión contra la cual interpuso recurso de reconsideración, que fue decidido de manera confirmatoria a través de la Resolución 002926 de 4 de septiembre de 2000.

4°: El 12 de diciembre de 2000, la División de Liquidación de la Aduana de Cartagena, mediante Resolución núm. 04-064-6.0-655-003891, decretó el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la garantía.

5°: El 15 de enero de 2001 interpuso recurso de reposición y, en subsidio, apelación contra la citada Resolución, los que fueron resueltos de manera confirmatoria a través de las Resoluciones núms. 048-064-2.0656-000165 de 26 de enero de 2001 y 000740 de 3 de mayo de 2001, respectivamente, decisión esta última que agotó la vía gubernativa y de la cual se notificó el 4 de mayo de ese año.

I.3- La actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1°: Que en la vía gubernativa aparece constancia de haber cumplido parcialmente la obligación de devolver la mercancía a la DIAN, por lo que el cobro de la totalidad del monto de la póliza constituye "cobro de lo no debido".

Agrega que en el memorial contentivo de los recursos de reposición y apelación, radicado con Oficio de 27 de noviembre de 2000, le informó a la Jefe de la División de Comercialización de la Aduana de Cartagena que había puesto a disposición de dicha Administración la mercancía, la cual ingresó físicamente a las bodegas de Almagrario, con recibo de peso núm. 98246 de 27 de noviembre de 2000, el

que aparece firmado por el representante de dicha sociedad, solicitando designar un funcionario para la respectiva entrega, documentos que se anexaron al citado memorial y en los que constaba el cumplimiento parcial de la obligación, lo que no se tuvo en cuenta, dado que se confirmó la efectividad de la garantía por el 100% de la suma asegurada.

Considera que con tal actuación la Administración no sólo incurre en falsa motivación del acto administrativo al declararse el incumplimiento total de la obligación, cuando hubo un cumplimiento parcial, sino que al tener pleno conocimiento la DIAN del cumplimiento parcial, solo puede pensarse en actos de mala fe por parte de la aquella, que ejerciendo su poder, declaró la efectividad de una garantía en forma total, dejando de lado los actos de cumplimiento del obligado, perjudicando de esta manera su patrimonio.

Afirma que el artículo 178, inciso 2°, del Código de Comercio, señala que “La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida del derecho”.

Sostiene que la sola falsa motivación del acto administrativo al cobrar lo que no se debe, es razón suficiente para decretar la anulación de los actos administrativos demandados, pues ellos no pueden servir de base para efectuar un cobro coactivo, por cuanto no se está exigiendo lo justo, lo que realmente se debe, sino el cobro es excesivo, contradice lo alegado y probado dentro del expediente y la realidad misma.

2°: Que ante la evidencia de un cumplimiento parcial de la obligación, la Administración ha debido apreciar los argumentos y pruebas presentadas en tal sentido en el memorial contentivo de los recursos de reposición y, en subsidio,

apelación contra el acto administrativo que decretó el incumplimiento y efectividad de la garantía en forma total, lo cual no ocurrió, si se tiene en cuenta que las Resoluciones a través de las cuales se resolvieron, no hicieron mención alguna al respecto.

3º: Que el procedimiento de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la garantía se inició y adelantó con base en normas que ya no estaban vigentes, violándose así el principio constitucional de legalidad contemplado en el artículo 29 Constitucional, ya que el proceso se inició el 7 de noviembre de 2000, con base en la Resolución 1794 de 1993, modificada por la Resolución núm. 4324 de 1995, normas que a esa fecha se encontraban derogadas y no se dejaron vigentes por expreso mandato de los artículos 544 y 545 de la Resolución núm. 4240 de 2000, que inició su vigencia el 1o. de julio de 2000.

Resalta que en materia de procedimiento es imposible aplicar normas derogadas porque las disposiciones procedimentales son de orden público y de aplicación inmediata.

1.4.-. La Administración de Aduanas Nacionales de Cartagena, mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Sostuvo que en el mes de noviembre de 1999, arribó al muelle de Cartagena un contenedor con mercancía consistente en tambores, cajas y bultos de productos químicos, que se pretendía amparar en el conocimiento de embarque núm. CHIWVHB008243, consignado a nombre de la actora, y de la inspección practicada se ordenó la aprehensión de la misma el 17 de noviembre de ese año, por tenerla como no presentada, ya que no venía identificada genéricamente en el

documento de transporte, como lo exige el artículo 7° de la Resolución núm. 5268 de 1998. La mercancía intervenida estaba compuesta por:

- “1.- Tanque con CIORTIMAZOLE BATCH No 99816.
- 2.- Tanque con SODIUM DICIOFENAL BIOMINC FERE BATCH 9904514
- 3.- Bultos de ERYTHORBATE DE SODIAM LOTE 50805
- 4.- Bultos de CARBEDAZIN
- 5.- Multitomas en Pasta Nur Fur WESCHSELESTROM.”.

Agrega que en la diligencia de reconocimiento y avalúo, a la mercancía aprehendida se le asignó la suma de \$167'500.800.00; que la actora haciendo uso de la figura contemplada en el artículo 79 del Decreto 1909 de 1992, constituyó a favor de la Nación una garantía en reemplazo de la misma, en los términos del artículo 24 de la Resolución núm. 1794 de 1993, lo que le permitió retirarla con el compromiso de ponerla a disposición de la DIAN en caso de decretarse el decomiso.

Indica que concluido el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía con el decomiso debidamente ejecutoriado, la División Jurídica en aplicación de lo previsto en el artículo 41 de la Resolución núm. 1794 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Resolución 4324 de 1995, remitió las pruebas a la División de Liquidación para que declarara el incumplimiento de la obligación garantizada de poner la mercancía a disposición de la DIAN, lo cual se surtió a través de los actos objeto de la presente acción.

En cuanto al cargo de la falsa motivación por el cobro de lo no debido, adujo que no lo acepta porque la declaratoria de incumplimiento y su confirmación se fundamentaron en los hechos que estaban debidamente probados dentro del proceso administrativo y se hizo una correcta aplicación de las normas aduaneras que gobiernan la materia.

Precisa que la causal de nulidad de falsa motivación sólo se configura en la medida en que las razones de hecho o de derecho resulten falsas de acuerdo con la realidad probatoria existente en los antecedentes administrativos que generan la manifestación de voluntad por parte de la Administración.

Afirma que las dependencias que intervinieron en la expedición de los actos acusados no tuvieron conocimiento del hecho de que la actora hubiese presentado parte de la mercancía decomisada, pues no hay prueba dentro del expediente administrativo que así lo indique.

Sostiene que ese hecho pudo ser considerado, pues conforme al artículo 59 del C.C.A. la Administración solo se pronunció sobre los asuntos planteados con ocasión de los recursos, dentro de los cuales no estuvo la devolución parcial de la mercancía decomisada, lo que descarta la vulneración del derecho de defensa alegada por la actora por esta circunstancia.

En cuanto a la violación al principio de legalidad, adujo que tampoco se acepta dicho cargo, dado que una lectura seria y detenida de los actos demandados pone de manifiesto que se dictaron con fundamento en la nueva normativa, en la vigente al momento de su expedición, la Resolución núm. 4240 de 2000.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El Tribunal Administrativo de Bolívar accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Luego de analizar las pruebas obrantes en el proceso, adujo que, respecto al cargo de falsa motivación por cobro de lo no debido, la entidad demandada al

proferir la Resolución núm. 048-064.0-0655-003891 de 12 de diciembre de 2000, expedida por la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Cartagena, no valoró el documento de control de peso núm. 98246 de 27 de noviembre de 2000 de Almagrario S.A., de recibo de 220 cajas de cartón a la Empresa ECU LINE, en el que se describía que la mercancía correspondía a multitomas de varias referencias, visible a folios 84 y 88.

Que al proferir las Resoluciones confirmatorias núms. 048-064-2.5-0656-000165 de 26 de enero de 2001 y 000740 de 3 de mayo de 2001, emitidas por la División de Liquidación y el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente, no evaluó este hecho, el que fue expresamente señalado en el memorial de interposición de los recursos de reposición y, en subsidio, apelación.

Agrega que la DIAN se limitó a afirmar que el recurrente no demostró la entrega de la mercancía y que no la puso a disposición, por lo que se verificaba el siniestro amparado mediante póliza, contestaciones genéricas de las cuales no se puede inferir que hubiese analizado la afirmación que hizo el demandante de haber efectuado la entrega parcial de la mercancía, dado que no se pronunció de manera precisa, pese a que al interponerse los recursos se enunció con exactitud el día, lugar y autoridad ante la cual se verificó la entrega y el número de la orden de control de peso.

Recaba en que tal suceso pudo y debió ser comprobado por la entidad demandada para pronunciarse de manera explícita sobre la situación invocada al momento de desatar los recursos, evidenciándose así las razones de aquella para desestimar el argumento defensivo que expuso el administrado contra la decisión de declarar el incumplimiento; y, que, como no lo hizo, concluye que se encuentra probada la causal de nulidad de falsa motivación de los actos acusados.

Agregó que el segundo cargo, consistente en la vulneración del derecho a la defensa, guarda estrecha relación con el cargo anterior, dado que la Administración al desatar los recursos de reposición y, en subsidio, apelación en vía gubernativa contra el acto que decretó el incumplimiento en la entrega de la mercancía y ordenó hacer efectiva la póliza de garantía, no se pronunció sobre los argumentos del recurrente, alusivos al cumplimiento parcial de la obligación, circunstancia que se encuentra demostrada, ya que la afirmación genérica consignada en las Resoluciones que desataron los citados recursos, en el sentido de que el recurrente no demostró la entrega de la mercancía y no la puso a su disposición, no constituye una respuesta efectiva frente al planteamiento expuesto por el recurrente, quien indicó fecha, día y autoridad ante la cual efectuó la entrega de la mercancía, sin que la Administración se pronunciara expresamente sobre ello, lo cual constituye una trasgresión al derecho a la defensa.

Anotó que al prosperar los cargos de nulidad por falsa motivación y violación del derecho a la defensa, se hacía innecesario el análisis del restante cargo de nulidad formulado por la actora.

Denegó la pretensión segunda, consistente en la declaración de que la aquí demandante no tiene la obligación de devolver la mercancía a la DIAN, por cuanto tal obligación no se origina de los actos acusados -que declararon el incumplimiento de la obligación adquirida por el tomador de poner a disposición la mercancía decomisada y se dispuso hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento-, sino de la obligación de devolución de la mercancía que proviene de la Resolución por la cual se decretó el decomiso de la mercancía y se ordenó al afectado ponerla a disposición de la Administración de Aduanas de Cartagena - Resoluciones núms. 001441 de 15 de mayo de 2000 y la confirmatoria núm.

002926 de 4 de septiembre de ese año-, citadas en los hechos 6 y 8 del acto acusado, actos que no fueron el objeto de impugnación a través de la acción instaurada en el presente proceso.

En relación con la tercera pretensión, consistente en que se ordene cancelar la garantía que se hizo efectiva por parte de la DIAN a través de los actos acusados, accedió, condicionándola al hecho de que dicha póliza se hubiere hecho efectiva.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, señaló que no está de acuerdo con la decisión del a quo de decretar la nulidad de los actos acusados, por cuanto no hay razones para concluir que la acreditación de los requisitos del beneficio mencionado quede a discrecionalidad del importador, dado que el artículo 24, inciso 2°, de la Resolución núm. 1794 de 1993, señala con claridad cuál es el objeto de conceder a una persona a quien se le aprehende una mercancía, el beneficio de la póliza en reemplazo de la aprehensión y no indica ningún condicionante al cumplimiento del riesgo asegurado, por lo que mal podría la Administración ante el cumplimiento parcial, realizar análisis o presentar fórmulas que permitieran el desconocimiento de la responsabilidad en cabeza del tomador de la garantía.

Destaca que el artículo 1061 del C. de Co. define el término de garantía como la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, a cumplir una exigencia específica, a afirmar o negar la existencia de determinada situación de hecho.

Anota que si se observan de manera coordinada las citadas disposiciones, se puede concluir que al importador que se le otorga el beneficio mencionado, promete a la Administración el cumplimiento de la obligación de restituir la

mercancía si sobre ella recae la decisión de su decomiso o declararla si se permite que así lo haga, bajo alguna modalidad de importación.

Lo anterior implica entonces que el importador, además de asegurar la mercancía de los sucesos inciertos que pueda ocasionar su daño o pérdida, garantiza el cumplimiento de ponerla a disposición de las autoridades aduaneras cuando se decreta el decomiso de la misma o se permita declararla bajo una modalidad de importación.

Agrega que el Consejo de Estado ha dicho frente al tema que “Una vez en firme la resolución de decomiso, la mercancía pasa a ser de propiedad de la Nación, y el importador debe ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad. La garantía ampara, por lo tanto, el riesgo de incumplimiento de esta obligación, que debe ser honrada por el importador inmediatamente después de la fecha de ejecutoria de la resolución de decomiso...” (Expediente núm. 1998-01372-01(8864), Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade).

De lo esbozado, concluye que el cumplimiento de la obligación debe ser total y no parcial, como argumenta la demandante y desacertadamente lo sostiene el a quo, pues la mercancía ya no es de propiedad de la persona que constituyó la póliza, sino del Estado y, por ende, cualquier eventualidad que ocurra con la misma deberá ser asumida por ella.

Reitera que lo fundamental para el cumplimiento de la obligación amparada en la póliza en reemplazo de la aprehensión, es la integridad de la mercancía, por ello para la DIAN la prueba de cumplimiento parcial no es suficiente para el relevo de la responsabilidad que asumió el tomador de la misma de restituir la mercancía una vez se definiera la situación jurídica en un sentido u otro.

Agrega que si la Administración aceptara el cumplimiento parcial de dicha obligación estaría poniendo en grave peligro la seguridad fiscal de la Nación, pues dejaría la puerta abierta para que cualquier ciudadano dejara de cumplir sus obligaciones aduaneras y luego adujera que cumplió aunque parcialmente para relevarse de su responsabilidad.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

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

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La inconformidad de la entidad demandada con el fallo de primer grado, consiste, básicamente, en que no se ha debido declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, que decretaron el incumplimiento y ordenaron hacer efectiva la garantía, por cuanto la actora no cumplió con la obligación de restituir la mercancía aprehendida (frente a la cual se declaró el decomiso), pues el que lo hubiera hecho de manera parcial no constituye una prueba suficiente para el relevo de la responsabilidad que asumió al tomar la póliza, beneficio que se otorga con la condición de que aquella deba ser devuelta de manera total, íntegra, a la Administración, una vez definida la situación jurídica, en un sentido u otro, de conformidad con el artículo 24, inciso 2°, de la Resolución núm. 1794 de 1993.

Para dilucidar la controversia, es menester tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 24, de la Resolución núm. 1794 de 13 de octubre de 1993, **“Por la cual se establecen los plazos, modalidades y condiciones en que deben**

otorgarse las garantías que respalden obligaciones aduaneras", expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, vigente para la época de los hechos objeto de estudio, era del siguiente tenor:

"Garantías en reemplazo de aprehensión.

Cuando exista mercancía aprehendida y aún no se haya ejecutoriado la resolución ordenando el decomiso podrá constituirse garantía bancaria o de compañía de seguros, si la División de Comercialización o quien haga sus veces lo autoriza, previo concepto favorable de la División de Fiscalización o de Liquidación, según el caso. Esta garantía se constituirá por el 100% del valor aduanero de la mercancía, por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de la autorización respectiva y podrá renovarse si fuere necesario.

El objeto de la garantía es respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la Aduana cuando en el proceso administrativo se ordene su decomiso, o se permita declararla bajo una modalidad de importación. ...". (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 41, ibídem, modificado por el artículo 1º de la Resolución núm. 4324 de 1995, consagraba el trámite para la efectividad de las garantías, así:

"ARTICULO PRIMERO: Modifícase el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1.993, el cual quedará así:

"ARTICULO 41: Efectividad de las garantías.-

"La División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas correspondiente o la que haga sus veces, **declarará de oficio**, mediante resolución motivada, el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantía bancaria o de compañía de seguros, previa recepción del expediente que contenga las pruebas correspondientes remitido por la División competente de la Administración de Impuestos y Aduanas donde ocurrieron los hechos y de la fotocopia autenticada de la garantía, enviada por la dependencia donde repose el original de la misma, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo de tales documentos, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

En todo caso, en la misma providencia se declarará la obligación incumplida, se ordenará la efectividad de la garantía y se determinará la obligación de pagar la suma líquida de dinero con la cual se afecta la garantía. ...".

De las disposiciones transcritas se colige que en reemplazo de la mercancía aprehendida podrá otorgar el importador garantías equivalentes al valor aduanero de la misma (100% - bancaria o de compañía se seguros), cuyo objeto es el de asegurar la obligación de que aquella será puesta a disposición de la Aduana cuando en el proceso administrativo se ordene su decomiso o se permita declararla bajo una modalidad de importación; y que en caso de que ocurrido el siniestro (decomiso) no se hubiera restituido la mercancía dentro del término concedido para el efecto, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas declarará, en un mismo acto, la obligación incumplida y ordenará la efectividad de la garantía constituida. Ello, por cuanto como lo ha señalado la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 30 de marzo de 2006 (Expediente núm. 1998-01372 (8864), Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), una vez en firme la Resolución de decomiso, la mercancía pasa a ser de propiedad de la Nación, por lo que se debe poner inmediatamente a disposición de la autoridad, cuyo incumplimiento, como ya se indicó, impone que se disponga la efectividad de la garantía.

A folios 5 a 7 del cuaderno principal, obra la Resolución núm. 048-064-6.0-0655-003891 de 12 de diciembre de 2000, expedida por el Jefe de la División de Liquidación y Aduanas DIAN-Cartagena, por medio de la cual se declaró de oficio el incumplimiento de la obligación adquirida por la actora de poner a disposición de la Aduana la mercancía y, en consecuencia, ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba tal compromiso.

Conforme consta a folios 8 a 18, ibídem, la aquí demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, apelación contra la citada decisión, en cuyo memorial alega en su defensa, entre otros, que existe cobro de lo no debido, toda vez que “parte de la mercancía decomisada fue devuelta a la DIAN, con oficio en tal

sentido elevado a la División de Comercialización el 27 de noviembre de 2000, antes de la emisión del acto administrativo recurrido, mercancía que ingresó a las bodegas de Almagrario de Cartagena, según recibo de control de peso No. 98248 de noviembre 27 de 2000”.

Mediante las Resoluciones núms. 048-064-2.5-0656-000165 de 26 de enero de 2001, emanada del Jefe de la División de Liquidación y Aduanas DIAN-Cartagena; y 000740 de 3 de mayo de 2001, expedida por el Administrador Local de Aduanas Nacionales de Cartagena¹, respectivamente, se resolvieron de manera confirmatoria los recursos interpuestos.

Los argumentos expuestos por la Administración en la Resolución que resolvió el recurso de reposición son, entre otros, los que se transcriben a continuación:

“... una vez constituida la garantía el proceso administrativo continuó y concluyó con el decomiso de la mercancía aprehendida con Resolución No. 01441 de mayo 15 de 2000, confirmado con la Resolución No. 02926 de septiembre 24 de 2000; proceso dentro del cual se otorgan las oportunidades procesales pertinentes a parte interesada para controvertir los actos de la Administración.

Una vez el Decomiso en firme sin que se hubiere puesto a disposición de la Aduana la mercancía se procedió a declarar el incumplimiento de la obligación garantizada, observándose que el recurrente en su escrito de interposición de recurso solo se refiere al Decomiso administrativo, actuación que está totalmente finiquitada, y no es este el escenario procesal para debatir su procedencia o no, ya que dicha investigación ya culminó.

No demuestra el recurrente que la mercancía se haya puesto a disposición de la Aduana, razón por la cual procede confirmar el incumplimiento declarado con la Resolución No. 03891 de diciembre 12 de 2000, al no desvirtuarlo sus fundamentos de hechos y derechos.

Concluyendo el caso en estudio, se trata es de hacer o no efectiva la póliza No. 5015498 de la compañía de Seguros el Cóndor S.A., que garantiza el cumplimiento de poner a disposición de la Aduana la mercancía una vez se declare su decomiso, lo que es totalmente diferente a la definición jurídica de la mercancía que se inició con la

¹ Visibles a folios 19 a 29 del cuaderno principal.

aprehensión de la misma, y dándole la oportunidad a los afectados de ser oído y escuchados a través de los diferentes pliegos y recursos que se han utilizado con sus respectivas notificaciones legales.

Los argumentos manifestados por el recurrente hacen referencia al decomiso de la mercancía, más no del caso de la obligación aduanera generada por la garantía en reemplazo de aprehensión. Es importante resaltarle al recurrente que sus argumentos fueron los mismos esbozados en el Recurso de Reconsideración y los cuales fueron resueltos por la División Jurídica de la Administración de Cartagena, mediante Resolución No. 002926 de Septiembre 4 de 2000 ...”.

Estos fundamentos, además a otros, también tuvo en cuenta la Administración para confirmar el recurso de apelación.

Cabe señalar que al proceso no se allegó copia del expediente administrativo en el cual se expidieron los actos acusados, por cuanto la actora no suministró las expensas necesarias requeridas por la Administración para el efecto, conforme consta a folio 82 del cuaderno principal.

Sin embargo, a folio 84, ibídem, obra copia auténtica del Control de Peso núm. 98246, remitida por Almagrario S.A. con Oficio 401040 de 15 de julio de 2004 al a quo, en el que se indica que el 27 de noviembre de 2000 se recibieron de la aquí demandante 220 cajas de cartón “Mercancía: Multitomas Varias Refs. ... Destinatario: ECU LINE, Propietario: ECU LINE ... Observaciones: Se recibieron 220 cajas de cartón conteniendo multitomas, sin verificar su contenido ...”.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala el documento anterior no resulta prueba suficiente para exonerar a la actora de la obligación que contrajo con la entidad demandada al momento de constituir la póliza, como era la de devolver la mercancía aprehendida en su totalidad, en el evento de que sobre ella recayera el

acto de decomiso, como en efecto ocurrió, momento a partir del cual la mercancía pasa a ser propiedad de la Nación.

En efecto, como atrás se indicó, así lo ha sostenido la Sala, entre otras, en sentencia de 30 de marzo de 2006 (Expediente núm. 1998-01372 (8864), Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), que ahora se prohija, en la que se precisó:

“... El artículo 79 del Decreto 1909 de 1992 (modificado por el art. 2.º del Decreto 2614 de 1993), titulado «GARANTÍA EN REEMPLAZO DE LA APREHENSION», autoriza a la DIAN para entregar al importador la mercancía aprehendida, si previamente se otorga de una garantía por el valor aduanero de esta. Si la mercancía no fuere legalizada o si se ordenare su decomiso, pasará a poder de la Nación una vez quede en firme la resolución que así lo disponga. El tenor de las normas es como sigue:

«ARTÍCULO 79. GARANTIA EN REEMPLAZO DE LA APREHENSION. Cuando sobre las mercancías aprehendidas no existan restricciones legales o administrativas para su importación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá autorizar su entrega previo el otorgamiento de una garantía constituida por el valor aduanero de las mismas, en los términos y condiciones que para el efecto se establezcan.

ARTICULO 80. DECOMISO. La mercancía de procedencia extranjera que haya sido aprehendida pasará a poder de la Nación, cuando no se legalice dentro de los términos previstos para el efecto en este Decreto, o una vez quede en firme la resolución que así lo disponga.»

Una vez en firme la resolución de decomiso, la mercancía pasa a ser de propiedad de la Nación, y el importador debe ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad. La garantía ampara, por tanto, el riesgo de incumplimiento de esta obligación, que debe ser honrada por el importador inmediatamente después de la fecha de ejecutoria de la resolución de decomiso...”
(Negrillas fuera de texto).

Lo anterior pone de manifiesto que le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que la mercancía a restituir debe serlo en su totalidad, dado que la

misma ya no le pertenece al importador una vez quede en firme el acto administrativo que disponga su decomiso, sino al Estado.

Como quiera que en el sub lite la actora no dejó a disposición de la Administración la totalidad de la mercancía decomisada, dio lugar a que se hiciera efectiva la póliza que garantizaba la devolución de la misma.

A juicio de la Sala, la entidad demandada al expedir los actos administrativos acusados, actuó conforme a derecho, pues, como quedo visto, la norma que autoriza la garantía en reemplazo de la aprehensión no permite devoluciones parciales de la mercancía respecto de la cual se decreta el decomiso, lo cual descarta la falsa motivación que se le endilga a aquellos.

Ahora, admitir lo contrario sería dejar en libertad a los contribuyentes para que restituyeran la mercancía que ellos a su arbitrio consideraran, lo que iría en detrimento patrimonial del Estado, pues muy seguramente reintegrarían la que menos beneficio (utilidad) les representara, que, precisamente, al parecer fue lo que ocurrió en el caso sub examine, si se tiene en cuenta que de la mercancía aprehendida, las cajas con multitomas en pasta Ref.: Nur Fur WESCHSELESTROM, entregadas a Almagrario por la actora, conforme consta en el control de peso núm. 98246 de 27 de noviembre de 2000, -cuyo contenido por demás no fue verificado como allí se afirma y mucho menos su estado y peso-, serían la de menos valor frente a los químicos contenidos en los tanques (CIORTIMAZOLE BATCH No 99816 y SODIUM DICIOFENAL BIOMINC FERE BATCH 9904514) y los bultos (ERYTHORBATE DE SODIAM LOTE 50805 y de CARBEDAZIN), que también hacían parte de aquélla, sin que medie justificación alguna para su no devolución.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a revocar el fallo apelado y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, 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 :

REVÓCASE el fallo apelado y, en su lugar, se dispone:

DENÍEGANSE las súplicas de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de febrero de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO