



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro**

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN**

**Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho–Fallo de segunda instancia**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, oportunamente interpuesto por la parte demandada **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**, en adelante **DIAN**, contra la sentencia de 14 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que accedió parcialmente a las súplicas del tercero con interés directo en las resultas del proceso, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, y denegó sus demás pretensiones, así como también denegó íntegramente las súplicas de la parte actora, **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

#### I.ANTECEDENTES

##### 1. Demanda

La sociedad **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se declare la nulidad de las **Resoluciones Nros. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008** “por medio de la cual se impone una sanción a la sociedad **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**” y **1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009**, “por medio de la cual se resuelven dos recursos de reconsideración”, proferidas por la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**, en adelante **DIAN** y, como consecuencia de lo anterior, se le restablezcan sus derechos patrimoniales vulnerados con tales actos.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

### 1.1. Al respecto formularon las siguientes pretensiones:

*“[...] PRIMERA: Que se declare la nulidad de las Resoluciones no. 03-064-191-668-2131-002154 del 10 de octubre de 2008 y 665 del 23 de enero de 2009, expedidas por la División de Liquidación y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos-Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, respectivamente.*

*SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a la sociedad Aduanas Ovic S. en C. S.I.A., y se condene a la DIAN al pago de todas las sumas de dinero en que haya incurrido la demandante con ocasión de la imposición de esta sanción, tales como primas de seguros, cauciones, etc.*

*TERCERA: Que se condene a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios, que se ocasionen a la demandante, con ocasión de este proceso y que se demuestren en el mismo.*

*CUARTA: Que se condene en costas y gastos del proceso a la demandada [...]”.*

### 1.2. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se resumen de la siguiente manera:

La sociedad **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** en calidad de declarante y mandataria, tramitó varias declaraciones de importación relacionadas en los actos demandados, las que obtuvieron levante automático, siendo mercancías de propiedad de la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA.**, de la que se presumía se encontraba legalmente constituida, conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio que se le presentó.

Luego de la orden impartida por el Juez Veinte (20) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, D.C., relativa a la suspensión inmediata de las declaraciones de importación realizadas por la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA.**, al haberse utilizado de forma fraudulenta, en su constitución, los nombres de los señores Pedro Fabián Hurtado Munar y Edgar Caballero, la División de Servicio al Comercio Exterior de las Administraciones de Aduanas de Buenaventura y Pereira, a través de las Resoluciones Nros. 1103 y 1105 de 19 de mayo de 2006, ordenaron la cancelación del levante de todas las declaraciones de importación tramitadas por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** a nombre



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

del falso importador SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA. y, el 17 de septiembre del año aludido, a su vez, la División de Fiscalización de Aduanas de Bogotá, mediante Requerimiento Ordinario Nro. 03.070.210.403-004368, le ordenó a la demandante poner a disposición las mercancías nacionalizadas.

Explicó que, a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, no le fue posible dejar las mercancías a disposición, en cuanto al momento del levante automático, la SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA. adquirió la libre disposición de las mercancías; sin embargo, por tal hecho, a través de Requerimiento Especial Aduanero Nro. 03-070-210-450-003252 de 31 de julio de 2008, la **DIAN** se propuso imponerle una sanción a la demandante equivalente al 200% del valor de la mercancía, conforme lo establecido en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, esto es, por el monto de mil ciento cincuenta y ocho millones, ciento diecisiete mil, nueve pesos m/cte. (\$1.158.117.009,00).

Luego, mediante la **Resolución Nro. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008**, la División de Liquidación de la **DIAN**, efectivamente impuso una sanción de multa a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** por valor de mil ciento cincuenta y ocho millones, ciento diecisiete mil, nueve pesos m/cte. (\$1.158.117.009,00), fundamentado en que la S.I.A. no puso a disposición la referida mercancía y debió prever que el importador pudo haber sido constituido mediante fraude y estafa. Interpuesto el recurso de reconsideración, acompañado de las pruebas suficientes, la decisión fue confirmada con la **Resolución Nro. 1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009**.

**1.3.** A juicio de la actora, se violaron los artículos 1º, 13, 29 y 83 de la Constitución Política; 2º literal b), 503 y 476 del Decreto 2685 de 1999; y, la Circular 0175 de 29 de octubre de 2001<sup>1</sup>.

Para los efectos, explicó el alcance del concepto de la violación, señalando, en resumen, que se les desconoció el principio de la buena fe y la confianza legítima, por la indebida aplicación del artículo 503

<sup>1</sup> Expedida por el Director General de la DIAN. “[...] ASUNTO: SEGURIDAD JURÍDICA. Con el fin de facilitar la labor tanto de los funcionarios como de los particulares, y especialmente con miras a lograr la unificación de criterios en materia jurídica y en el desarrollo de procesos que se adelantan en las distintas dependencias, dentro de las competencias de la DIAN, en materia tributaria, aduanera y cambiaria, es importante que todos los funcionarios tengan en cuenta los siguientes parámetros en el desempeño de sus respectivas funciones: [...]”.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

del Decreto 2685 de 1999, el cual establece que de no poderse aprehender la mercancía, la sanción puede imponerse al importador - que resultó inexistente-; al propietario - quienes suplantaron a los constituyentes de la empresa-, al tenedor o poseedor; o a quien se haya beneficiado de la operación - los suplantadores- y quienes de alguna manera intervinieron en la operación: la línea naviera o aérea, muelles, depósitos o sociedades portuarias, agentes de carga, operadores portuarios o sociedades de intermediación aduanera, por lo que no acepta que se le hubiese impuesto la referida sanción, cuando demostró que realizó los procedimientos que les correspondía, previstos en la Circular Nro. 170 de 2002 de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), además de haber agotado los controles previos dispuestos por el mismo Estado, quienes engañaron a la propia DIAN, dos veces: al expedirle el RUT y al obtener el levante de la mercancía, a la Cámara de Comercio, al registrar la escritura pública, al transportador, a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y al banco para la apertura de cuentas.

Considera de lo anterior, la posibilidad de que la sociedad de intermediación aduanera también fuese engañada, en especial, porque actuó de buena fe y en cumplimiento del principio de confianza legítima, dado que antes de llegar a ellos, la empresa había pasado los controles previos dispuestos por el Estado, por lo que la sanción no le debió ser aplicada.

Se inaplicó el principio de justicia del literal b) artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, cuando la misma **DIAN** en las Resoluciones demandadas reconoce que la sociedad de intermediación aduanera no incurrió en ninguna irregularidad en las operaciones de importación, liquidó y pago los tributos y obtuvo levante de las mercancías, que es lo que la normatividad aduanera les exige.

Y, con ocasión del fraude y suplantación de la sociedad importadora, la **DIAN** cancela el levante de las declaraciones de importación y ordena a la S.I.A. poner a disposición unas mercancías que no estaban en su poder y que no es producto de un error de la intermediadora, sino que, en contrario, resultó engañada y perjudicada por dicho proceder, al ser ajena al concierto de delitos y no haber participado como en forma injuriosa lo consignó la demandada.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

El desconocimiento del principio de legalidad integrante del debido proceso, lo asienta en que debió inaplicarse el artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, el cual establece para la intermediadora aduanera la responsabilidad por los datos que consigne en la declaración de importación, los que no se cuestionaron en la investigación administrativa, y la **DIAN** extendió esa responsabilidad por la actuación desarrollada por la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA.**, exactamente, por no investigar y descubrir sus maniobras engañosas, siendo que tal obligación fue derogada por el Decreto 3600 de 2005 y así mismo su sanción, además que existe Concepto aduanero Nro. 046 del 6 de octubre de 2006 sobre la improcedencia de exigir tal requisito.

No obstante, la derogatoria de tal exigencia, alega haber cumplido la Circular Nro. 0170 de 2002, al verificar la existencia del importador a través de los documentos idóneos para tal cometido, como son el certificado de existencia y representación legal, copia del RUT y diligenciamiento del formulario de identificación del cliente.

El principio de igualdad y la Circular 0175 de 2001 se desconocieron, en cuanto la **DIAN** ha revocado sanciones similares a la impuesta a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, como se conoce en la Resolución Nro. 1126 del 12 de septiembre de 2007, en la que la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, revocó sanción de multa por hechos idénticos, esto es, por irregularidades cometidas por los importadores. A su vez, la Circular Nro. 0175 de 2001, deja en claro que las sanciones a aplicarse deben estar previamente tipificadas normativamente, parámetros que no pueden ser aplicados por algunos empleados de la **DIAN** y por otros no.

Respecto de la falta de aplicación del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, explica que no le era factible poner a disposición unas mercancías que no eran de su propiedad y nunca estuvieron en su poder, dada su gestión de mera intermediación. Lo cual configura la imposibilidad de la exigencia que la **DIAN** les hiciera en su momento.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

## **2. Admisión de la demanda**

A través de providencia de 6 de diciembre de 2010 (folios 217 a 219), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor, entre estas, a la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, como tercero con interés directo en las resultas del proceso, al haber expedido la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, entre otras decisiones.

## **3. Contestación**

La **DIAN** contestó la demanda a través de escrito de 3 de noviembre de 2011 (folios 295 a 304) y, en síntesis, fundamentó su oposición a todas las pretensiones de esta parte actora, en relación con la falta de aplicación del principio de la buena fe y confianza legítima, pasando a citar las disposiciones referentes a la actividad de intermediación aduanera, siendo estos los artículos 3º, 10, 12, 13, 14, 22 y 87 del Estatuto Aduanero así como el contenido de la Circular Nro. 170 de 10 de octubre de 2002, sobre los mecanismos de control que deben adoptar las sociedades de intermediación aduanera para prevenir, controlar y reportar operaciones sospechosas vinculadas con el lavado de activos, en cuyo Anexo se enlistaron las señales de alerta para que el usuario pueda detectar la realización de una operación inusual o sospechosa.

De la anterior normatividad, concluye que la intermediadora aduanera sancionada no dio cumplimiento a sus obligaciones, en cuanto ellas no se limitaban a que le aportaran el certificado de existencia y representación legal, el RUT, certificaciones bancarias y el diligenciamiento del formulario adjunto a la Circular 170 de 2002, para así garantizar el desarrollo de operaciones de comercio exterior lícitas, más aún cuando estas operaciones presentaban más de un señal de alerta consignadas en la circular referenciada, derivada del certificado de existencia y representación legal de la supuesta sociedad importadora, toda vez que i) su fecha de constitución era del 26 de agosto de 2004 y para la época de las importaciones que fueron presentadas del 9 de septiembre y el 22 de noviembre de 2005, no puede decirse que contaba con una trayectoria en la actividad



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

comercial y ii) el capital de constitución ascendía a 20.000.000.00 de pesos, mientras el correspondiente a las importaciones ascendía a \$2.938.797.101,19 (casi tres mil millones de pesos), en 971 declaraciones de importación, no siendo aceptable que haya pasado por alto un hecho tan evidentemente irregular.

Tal incumplimiento de su deber como auxiliar de la función pública aduanera, produjo un trámite irregular de las 149 importaciones sancionadas, dado que se demostró, en el trámite administrativo, que la SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA., utilizó fraudulentamente el nombre de dos personas para la constitución de la sociedad, porque si hubiese trascendido de la documentación que se le presentara e incluido el estudio comercial y financiero, se hubiese advertido que su supuesto cliente se encontraba en más de una de las señales de alerta para considerarlo un realizador de operaciones sospechosas.

Ese incumplimiento de sus deberes como auxiliar de la función pública aduanera conllevó un trámite irregular de las importaciones agenciadas por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, dado que no se cumplió lo consignado en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, en cuanto quien supuestamente endosó los documentos de transporte, fueron suplantados. Entonces, como los supuestos socios, no habían otorgado mandato o endoso para adelantar legalmente el trámite de importación, debía colegirse inequívocamente que el levante de la mercancía se obtuvo sin el lleno total de los requisitos legales.

Por lo anterior, se cancelaron las autorizaciones de levante de 871 declaraciones de importación tramitadas por la sancionada, dentro de las cuales se encontraban las 149 declaraciones de importación relacionadas en este proceso, y se le ordenó a la demandante, dejar a disposición la mercancía para su aprehensión y decomiso, por estar incurso la mercancía, en la causal 1.25 del artículo 502 *ídem*, atinente a determinarse que los documentos soportes presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada, y al no dejar a disposición las mercancías como se le exigiera legalmente, como responsable de las obligaciones derivadas de su intervención al tenor del artículo 3º del Estatuto Aduanero, le era viable imponer la sanción prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999. La



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

S.I.A., por tanto, no estuvo frente a actos repentinos o arbitrarios como para alegar desconocimiento del principio de confianza legítima y el de buena fe.

Acerca de la inaplicación del principio de justicia, niega que las declaraciones de importación se hubiesen realizado legalmente para obtener el levante, en cuanto se demostró que se consiguió irregularmente, dado que la sociedad importadora era inexistente, correspondiéndole a la intermediadora detectarlo. Por ello, se canceló el levante y la mercancía quedó en situación de ilegalidad en el territorio colombiano, razón por la cual el cargo no debe prosperar.

Respecto del desconocimiento del principio de legalidad, explica la demandada que el cargo ha sido sustentado en fundamentos de hecho y jurídicos que no soportaron los actos acusados, al no ser cierto que la sanción se produjo por no descubrir que la sociedad importadora había sido creada fraudulentamente, ni fincada en el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, vigente para la época de los hechos, siendo que el hecho generador de la sanción es por no haberse puesto a disposición de la autoridad aduanera la mercancía requerida para esos efectos.

Aduce la demandada, que el principio de igualdad no se desconoció dado que la doctrina es un auxiliar de la interpretación de las leyes, que puede ser acogida o no por el juzgador, en cuanto la única obligatoria es la proferida por la oficina jurídica de la entidad, pero no para los particulares, razón por la cual rechaza que las decisiones se adopten dependiendo de las “pasiones de funcionario de turno”, agregando que cada caso se resuelve atendiendo las particularidades del mismo.

Finalmente, para desvirtuar el desconocimiento del principio de que nadie está obligado a lo imposible, se remite a lo señalado en los anteriores cargos, y adiciona, que el hecho de que la sociedad intermediadora aduanera estuviese presuntamente en imposibilidad de poner a disposición la mercancía, no es óbice para aplicar la sanción prevista, en cuanto la norma que contiene la sanción, como es el artículo 503 *ídem*, prevé expresamente la imposibilidad de su





**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

ejecución al no poderla aprehender por no haber sido puesta a disposición de la autoridad aduanera.

#### **4. Intervención del tercero con interés directo**

Con escrito de 3 de noviembre de 2011 (folios 274 a 294), la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, en su calidad de tercero con interés directo en las resultas del proceso, vinculado formalmente al proceso por haber expedido la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, la que se ordenó afectar en los actos acusados, coadyuva las pretensiones de la demanda y presenta otras, señalando como normas violadas, las consagradas en los artículos 29 de la Constitución Política; 1054, 1057, 1072, 1073 y 1081 del Código de Comercio; 478 y 503 del Decreto 2685 de 1999; 44, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

Sus pretensiones fueron del siguiente tenor:

*“[...] 1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 03-064-191-668-2131-002154 de octubre 10 de 2008 (...)*

*2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0000665 de 23 de enero de 2009 (...)*

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

La apoderada de la aseguradora vinculada sustenta la violación de las normas del Código de Comercio en que la **DIAN**, no atendió a que los hechos, por los cuales ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, no constituyen riesgo en razón de: i) las declaraciones de cambio que fundamentan los actos acusados, fueron presentadas del 28 de julio al 29 de septiembre de 2005, ii) la **DIAN** conoció el hecho penal el 30 de marzo de 2006, iii) el requerimiento aduanero a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** es de 17 de septiembre de 2007, iv) la póliza que se pretende afectar la expidieron con vigencia a partir del 1º de enero de 2008 con vencimiento el 8 de abril de 2009.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

Pasa a explicar que las pólizas en un contrato de seguros amparan hechos futuros e inciertos y no los pasados y ciertos o ya acaecidos, por lo que la **DIAN** no debió afectar una póliza cuya vigencia es posterior a la ocurrencia del riesgo, desconociendo los artículos 1054 y 1057 del Código de Comercio, correspondiéndole vincular una póliza que **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** les debió presentar posteriormente, por disposición aduanera, al momento del acaecimiento del siniestro amparado.

Explica que la regulación contenida en los artículos 1072 y 1073 *ídem*, es clara en señalar que el siniestro es la realización del riesgo asegurado, entendiéndolo como el suceso futuro e incierto, por cuanto el siniestro iniciado antes de la vigencia de la póliza no es responsabilidad del asegurador, situación reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación, para lo cual hace las citas pertinentes.

Aduce que la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro en virtud del artículo 1081 *ibídem*, es de dos años, contados a partir de dos momentos excluyentes como sería: i) a partir del momento en que el interesado conoció el hecho base de la acción o ii) debió haber tenido conocimiento del hecho. En el presente asunto, para la fecha de notificación de la Resolución que vincula a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** al proceso aduanero, había operado la prescripción, lo que permite declarar la nulidad de los actos administrativos, aunado a que tal argumento defensivo se presentó en el recurso de reconsideración sin ser tenido en cuenta por la administración.

Existe indebida aplicación del artículo 503 del Estatuto Aduanero, traducida en que los actos administrativos acusados, sancionan a la intermediadora aduanera al no ser posible aprehender la mercancía, por no haberla puesto a disposición de la autoridad aduanera, según lo normado en la disposición en cita, siendo que esa responsabilidad se limita a la del mandante en la operación aduanera y a los deberes legales contemplados en el artículo 485 *ídem*, a cuya inobservancia genera una sanción de multa tasada en salarios mínimos, pero de manera alguna le corresponde asumir, al no ser el propietario de las



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

mercancías que se solicita su presentación, y desconocer su destinación.

Apoyándose en Jurisprudencia y conceptos de la **DIAN**, concluye que el único responsable frente a la disposición de la mercancía es el importador, es decir, aquellas personas llamadas al juicio penal, quienes deben entregar o en su defecto pagar la sanción correspondiente, al no dejar a disposición la mercancía requerida, pero de manera alguna la intermediadora le corresponde responder por los ilícitos cometidos por el importador.

El desconocimiento de los artículos 503 del Decreto 2685 de 1999, lo fundamenta en que no le corresponde a la intermediadora aduanera ni a la compañía de seguros, la responsabilidad de la disposición de las mercancías, en cuanto la norma en cita, señala que cuando sea del caso se impondrá la sanción a la importadora o al declarante, la que únicamente puede imponerse al propietario de la mercancía, quien es el único que conoce su destinación y a quien no pueden eximir de su responsabilidad por la introducción ilícita de las mercancías, como así lo entendió el juez penal al llamar exclusivamente a esas personas a juicio criminal.

Finalmente, para el tercero con interés, existe violación al debido proceso por la falta de notificación del auto de requerimiento especial aduanero, como garante de la obligación y en garantía de su derecho de defensa y oposición, lo cual no se respetó en cuanto los vincularon a la actuación únicamente para la imposición de la condena a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, lo cual desconoce el artículo 44 del CCA.

De lo anterior deriva la existencia de falsa motivación, traducida en que los actos administrativos acusados sancionan a la intermediadora aduanera al no ser posible aprehender la mercancía, por no haberla puesto a disposición de la autoridad aduanera, según lo normado en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, que trata de la sanción a aplicar cuando no sea posible aprehender la mercancía, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso, esto es según el grado de responsabilidad del uno o del otro.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

En la **Resolución Nro. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008**, los artículos por los cuales la **DIAN** ordenó a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** dejar a disposición las mercancías, son los correspondientes a los numerales 1 y 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, que en concordancia con los artículos 128 y 121 del mismo Estatuto Aduanero, le permiten concluir que no existe el requisito de exigir el documento de constitución de la empresa importadora que otorga el mandato a la S.I.A. para adelantar la operación aduanera, máxime que la sancionada fue diligente en su gestión al obtener certificado de Cámara de Comercio; el RUT, otorgado por la **DIAN**; verificó la “Lista Clinton”, con el fin de establecer que la sociedad no estuviera en riesgos financieros y le solicitó que el pago de los tributos los hiciera a través de operaciones bancarias, por lo que no existe causal para ordenar la aprehensión y decomiso de la mercancía, siendo improcedente la sanción y efectividad de la póliza, y configura la causal de nulidad de que los hechos que soportan la sanción no se ajustan a la exigencia legal.

## **5. Fundamentos de la sentencia recurrida**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante sentencia de 14 de junio de 2012, declaró la nulidad del artículo segundo de la **Resolución Nro. 03-064-191-668-2131-00 (2154) de 10 de octubre de 2008**, expedida por la **DIAN**, en cuanto ordenó la efectividad de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, emitida por la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y constituida por la sociedad **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, así como la nulidad parcial del artículo 1º de la **Resolución Nro. 00665 de 23 de enero de 2009**, en lo que concierne, únicamente, a la pluricitada aseguradora.

Como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, le ordenó a la **DIAN** devolverle los dineros que **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** le hubiese pagado a aquella, en el evento de haber adelantado cobro coactivo sobre la referida Póliza Nro. 11-43-101000067. Y, finalmente, denegó tanto las demás pretensiones incoadas por el tercero con interés directo, **SEGUROS DEL ESTADO**



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

**S.A.**, como la totalidad de las súplicas de la demanda formulada por la actora **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

En síntesis, en su providencia, el *a quo* consideró que la posición que conjuntamente plantearon, tanto el demandante como el tercero con interés directo, es que la sanción aplicada se fundamentó en la irregular actuación de la importadora y no de la sociedad intermediadora sancionada, como también que, al no ser el propietario de la mercancía sobre la cual se produjo el levante y se ordenó dejarla a disposición de la **DIAN**, las mismas no estuvieron en su poder, imposibilitándosele cumplir la orden de la administración.

Luego de proceder a la explicación del marco jurídico que atañe a las sociedades de intermediación aduaneras, S.I.A., llamadas hoy en día agencias de aduanas, señaló que estas son empresas intermediarias que ayudan en todo el proceso de exportación e importación, y su función se traduce en una actividad de importancia en el proceso de logística de importación o exportación, toda vez que los empresarios que realicen estas operaciones deben acudir a estos intermediarios.

Indica que, según las obligaciones impuestas por el artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, a las S.I.A. les corresponde 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 **DIAN**. Además de responder por la veracidad y exactitud de los datos consignados en las declaraciones de importación, exportación, tránsito y demás documentos transmitidos electrónicamente al sistema informático aduanero o suscritos en desarrollo de la actividad de intermediación aduanera, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22º del mismo Decreto. A su vez, tener al momento de presentar las declaraciones de importación, exportación o tránsito, todos los documentos soporte requeridos para amparar las mercancías cuyo despacho se solicita.

Se refirió a la sentencia de 27 de septiembre de 2007, con radicado Nro. 11001-03-24-000-2004-00336-01(15557), Consejera ponente Doctora María Inés Ortiz Barbosa, Sección Cuarta de esta Corporación, en la que se determinó que el intermediario aduanero es responsable por la exactitud y la veracidad de la información que



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

consignen en las respectivas declaraciones de importación, responsabilidad que no se opone a las reglas del mandato regulado en la legislación comercial, dado que se trata de una actividad de carácter público que encuentra regulación específica en las normas aduaneras.

A partir de lo anterior, infiere que la intermediación aduanera es una actividad de especial atención por el legislador, al ser una labor auxiliar de la función pública aduanera, en la que su responsabilidad administrativa comprende el cumplimiento de las obligaciones de diferente naturaleza que se encuentran en las normas que regulan su actividad, y en tal condición las sociedades intermediarias responden por la información que se imprime en una declaración de importación, esto es: a) por la veracidad y exactitud de los datos allí consignados, b) la liquidación y cancelación de los tributos aduaneros y c) asumir las sanciones a que hubiere lugar.

Anota, que el caso bajo estudio, se concreta en establecer la responsabilidad de la sociedad intermediaria aduanera, encaminada a si estaba obligada a dejar a disposición de la autoridad, las mercancías en las que adelantó las declaraciones de cambio y que la **DIAN** les revocó el levante. Para resolverlo, definió previamente si le correspondía a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** realizar el trámite tendiente a conocer al cliente, dada la íntima relación existente entre los motivos por los cuales se canceló el levante de las mercancías importadas por la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA.**, la que a la postre resultó ficticia, como se ha mencionado ininidad de veces, con los fundamentos para que se le aplicara la sanción motivo de discusión.

Resalta que la Circular Externa Nro. 170 del 12 de octubre de 2002, expedida por la **DIAN**, señala una variedad de mecanismos para los distintos agentes que realicen actividades aduaneras y de cambio, a desplegar como auxiliares de la función pública aduanera, con el fin de detectar actividades de lavado de activos y proteger el bien jurídico tutelado del orden económico social que procura un sano tráfico comercial.

Por consiguiente, el *a quo* no acepta la tesis de ajenidad de **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** en las actuaciones adelantadas en



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

materia aduanera, dado el deber de constatar la información de su cliente más allá de la exigencia y recepción documental argüidos por los demandantes, que trasciende el conocimiento personal y comercial, con el fin de tener certeza de la coherencia existente entre su actividad declarada con las operaciones de comercio exterior que adelantan.

Por ello, es bienvenido para el Tribunal, el reproche que la **DIAN** le hiciera a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, de que, siendo concedor del capital social de la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA. LTDA.**, el cual ascendía escasamente a veinte millones de pesos m/cte. (\$20.000.000.00), las operaciones que motivaron el levante de las mercancías en la presente *litis* alcanzaron la suma de quinientos setenta y nueve millones, cincuenta y ocho mil, quinientos cuatro pesos, con quinientos treinta y cinco centavos (\$579.058.504,535), cifra muy superior al capital declarado.

Pero aún, si esto se relaciona con toda la actividad desarrollada por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, como intermediadora aduanera de la mencionada importadora, que según información de la **DIAN**, fue del orden de 971 declaraciones, por un valor en aduana de dos mil novecientos treinta y ocho millones, setecientos noventa y siete mil, ciento un pesos con diecinueve centavos m/cte. (\$2.938.797.101,19), sumado a su reciente fecha de creación de 26 de agosto de 2004, es decir de solo un año, se observan señales de alerta, por demás fijadas en la Circular Externa 170 del 12 de octubre de 2002, que debieron analizar para descartar que estuvieran intermediando un tráfico comercial lícito, por lo que en su función de intermediación aduanera, la demandante no tuvo la diligencia en desplegar los mecanismos referidos por la **DIAN**, para ayudar a detectar lo que las autoridades competentes hallaron, noticiados por quienes fueron suplantados en su identidad, es decir, no agotaron los mecanismos a su alcance, como han sostenido en sede administrativa y judicial.

En este caso, la **DIAN** procedió a cancelar el levante de las mercancías y a solicitar a la sociedad intermediadora que se las dejara a disposición. Visto así se entiende que cuando el ente demandado en los actos acusados relaciona la actividad desplegada por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, respecto de la **SOCIEDAD IMPORTADORA DE**



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

RISARALDA Y CIA. LTDA., se encamina a explicar por qué ordena la aprehensión de la mercancía, que lejos de configurar una falsa motivación, o de endilgarle una responsabilidad que no le corresponde o la inaplicación del principio de justicia, está dando certeza sobre su decisión como elementos de defensa a la sociedad aduanera requerida.

Explica que, según el legislador, la responsabilidad aduanera es personal, y las entonces sociedades de intermediación aduanera les corresponde asumirla respecto de la gestión adelantada en ejercicio de esa función auxiliar aduanera, incluyendo la disposición de las mercancías en el evento de que la **DIAN** así lo exija con fines de aprehensión, al encontrar configurada causal para esos efectos.

No aceptó el argumento según el cual, la **DIAN** en la actuación administrativa que se condensa en los actos administrativos demandados, quebrantó el principio de justicia, dado que se demostró que la exigencia realizada a la intermediadora **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, se encuentra enmarcada en la norma que se le endilgó como violada y se le impuso la sanción que la misma consagra.

A su vez, aclaró que no es cierto que la **DIAN** hubiese aplicado un tipo aduanero previsto en el literal u) del artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, referente a no descubrir las maniobras engañosas de la importadora, el cual fue derogado por el Decreto 306 de 2005, debido a que la entidad demandada no ha aludido a tal preceptiva y se recuerda, la referencia al comportamiento de la intermediadora respecto de la importadora que a la postre resultó ficticia, tenía connotación de explicar los motivos por los cuales se procedía a la cancelación del levante otorgado y la consecuente solicitud de disposición de las mercancías con fines de aprehensión, dada la situación de ilegalidad en que estas quedaban, siendo **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, sujeto responsable en términos previstos por el artículo 503 *ibídem*, de dejarlas a disposición de esa autoridad, obligación legal que por lo mismo no configura una exigencia imposible, dado que los supuestos de la norma aluden precisamente, a que la disposición de los bienes es exigible aun cuando hayan sido consumidos, destruidos o transformados.





**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

Consideró, que lo verificado demostró que la **DIAN** aplicó el marco jurídico y legal vigente que rige su actuación y exigencias al intermediador aduanero, que permite considerar, dadas las particularidades de cada caso, que no es posible aceptar el quebrantamiento del principio de igualdad cuando la decisión que se critica se encuentra ajustada a derecho. Por lo tanto, a partir de lo anterior, no accedió a los cargos y denegó todas las pretensiones de la demanda instaurada por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, así como los que fueron argüidos por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, y que guardaban estrecha relación con aquellos.

Ahora bien, en cuanto a los demás cargos planteados por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y que se referían a asuntos divergentes a los analizados hasta el momento, esto es, i) desconocimiento de las normas del Código de Comercio sobre los conceptos de riesgo y de siniestro junto con su ocurrencia, ii) prescripción de la acción del contrato de seguros y iii) violación al debido proceso por la falta de notificación del requerimiento especial aduanero a la aseguradora, el *a quo* explicó que, para el tercero vinculado al proceso, el siniestro del riesgo amparado por la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, cuya efectividad se ordenó en las resoluciones demandadas, tuvo ocurrencia antes de la vigencia de la misma, cosa distinta es que la administración lo hubiese declarado dentro de la vigencia de la póliza, mientras que para la **DIAN** el acaecimiento del siniestro tuvo lugar con la decisión administrativa que así lo reconoció.

La póliza motivo de disenso es la Nro. 11-43-101000067, emitida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, el tomador: **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, el asegurado/beneficiario: la **DIAN**, con vigencia desde las 00:00 del 8 de enero de 2008 hasta las 00:00 del 8 de abril de 2009, el amparo disposiciones legales, y el objeto del seguro:

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

**GARANTIZAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y LAS SANCIONES QUE HAYA LUGAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA, CONTENIDAS EN EL DECRETO 2685 DE 1999 EN ESPECIAL LOS ARTÍCULOS 26. (sic) 354 Y**



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

**356 DEL DECRETO 1232 DE 2001, DECRETO 3600 DE 2005, LA RESOLUCIÓN 4240 DE 2000, RESOLUCIÓN 7002 DE 2001 Y DEMÁS NORMAS VIGENTES QUE LA MODIFIQUEN O ADICIONEN, IGUALMENTE RESPONDER POR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y DE LAS DEMÁS SANCIONES QUE (sic) HAYA LUGAR EN CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES COMO DECLARANTE EN MODALIDAD DE TRÁNSITO ADUANERO NACIONAL**

**\*NOTA\* LA COMPAÑÍA DE SEGUROS RENUNCIA EXPRESAMENTE AL BENEFICIO DE EXCUSIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 492 DE LA RESOLUCIÓN 4240 DE JUNIO 2 DE 2000 [...].**

Según lo definió, el hecho que motivó la sanción a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, se refiere a la omisión en que incurrió cuando faltó a su obligación contenida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, en dejar a disposición las mercancías a las cuales se les había cancelado el levante, lo cual ocurrió el 5 de octubre de 2007, por ser la fecha en que finalizaba el término de 15 días otorgado por la **DIAN** para esos efectos.

Si como se vio, el legislador comercial en su artículo 1072 definió el siniestro como la realización del riesgo asegurado, para el Tribunal existió suficiente claridad que el siniestro del riesgo amparado en la póliza Nro. 11-43-101000067, que persigue la **DIAN** en los actos acusados, ocurrió el 5 de octubre de 2007, fecha muy anterior a la vigencia de la garantía, con data de inicio el 8 de enero de 2009. Y si bien el mismo legislador acepta como riesgo a cargo del asegurador aquel siniestro iniciado antes del término de finalización de la póliza y continuado en forma posterior, excluye expresamente el iniciado en forma anterior de la vigencia, aunque continúe cuando el asegurador asume el riesgo. Según se vio, el siniestro aconteció antes del inicio del término de vigencia de la póliza otorgada por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** que garantizaba el pago de tributos aduaneros y sanciones, por el incumplimiento de la actividad de intermediación Aduanera en que incurriera **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** como tomador del contrato de seguro.

Señaló que debe diferenciarse que una situación es el acaecimiento del siniestro del riesgo amparado, y otra la declaratoria de su ocurrencia por parte de la administración, con fines de hacerla efectiva e iniciar su cobro, como lo explicó el Tribunal Administrativo de



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

Cundinamarca en Jurisprudencia que procedió a citar. Le resulta claro que, para que la administración pueda ordenar la efectividad de la póliza, se requiere que el siniestro del riesgo amparado haya ocurrido dentro de su vigencia, y en el presente asunto se probó que el siniestro acaeció antes de entrar en vigencia el contrato de seguros en controversia, lo cual hace perder su efectividad, sin que el término de prescripción que se dice desconocido tenga relevancia, dado que no existe póliza para hacer efectivo su cobro, por lo que procedió a declarar la nulidad de la decisión de los actos demandados que contiene tal mandato, al encontrar que el cargo prospera. Debido a la prosperidad de este cargo, el *a quo* ordenó a título de restablecimiento del derecho, que la **DIAN** devolviera los dineros que la aseguradora le hubiera pagado, en el evento de haber adelantado cobro coactivo sobre la misma.

Por su parte, y en aras de evacuar el otro cargo relacionado con la violación al debido proceso, mencionó que la norma contempla la notificación al presunto infractor en el entendido que en ese momento, es quien puede desvirtuar los cargos que se le han formulado, los cuales son generados por su actuar como sociedad intermediadora aduanera, en la que no concurre su asegurador, por lo que no se encuentra configurado el quebrantamiento del debido proceso a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, a quien se le notificó y no fue materia de controversia, el acto principal sancionatorio, y que ordena hacer efectiva la póliza, pudiendo presentar recurso de reconsideración para hacer valer sus argumentos defensivos, el cual fue atendido y definido por la **DIAN**, en garantía a su derecho fundamental a defenderse. En consecuencia este cargo no prosperó.

## **6. Fundamentos del recurso de apelación**

La demandada **DIAN**, fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito de 10 de julio de 2012 (folios 481 a 489), así: considera que, la póliza Nro. 11-43-101000067 que se ordenó hacer efectiva con ocasión de la sanción del 200% era la vigente para el momento de la ocurrencia del siniestro, teniendo como referencia los artículos 1036, 1045, 1054 y 1072 del Código de Comercio. Hizo referencia a lo que explica la doctrina y la jurisprudencia respecto de los sucesos inciertos, señalando que cuando este suceso previsto en



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

el contrato tiene ocurrencia surge la obligación del asegurador, generando con ello la figura jurídica del siniestro consignada en el artículo 1072 del Código de Comercio.

Resalta que, en el fallo de primera instancia no es cierto que los hechos en los que se funda el proceso aduanero sancionatorio son anteriores al día 8 de enero de 2008, contradiciendo los elementos del contrato de seguro. El riesgo asegurado con la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales es un hecho futuro a su vigencia, hecho incierto pero probable que, en caso de ocurrencia es el siniestro y que para el caso que nos ocupa, sucede por virtud de la Resolución que impone la sanción, acto administrativo con el cual, legalmente, la administración aduanera determina la ocurrencia del fenómeno previsto en el contrato de seguro. Lo cual significa, para la apelante, que al momento de la presentación de las declaraciones de importación, cuyo levante fue posteriormente cancelado, se presentó un hecho jurídico consistente en la realización de actividades propias de la intermediación aduanera y no el siniestro como erradamente lo señala el *a quo*.

Señala que contrario a lo expuesto por el Tribunal, al momento de la presentación de la declaración de importación, comenzaba a ocurrir un riesgo consistente en el incumplimiento de algún deber u obligación que generará la imposición de la sanción, el cual fue asumido por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** a partir del 8 de enero de 2008 y hasta el 8 de abril de 2009, y el siniestro tuvo lugar el día 10 de octubre de 2008 con la expedición de la **Resolución Nro. 03-064-191-668-2131-00-2154**, amparando la póliza, en este caso, el pago de los tributos y las sanciones a que hubiese lugar como consecuencias de dichas actuaciones. Expuso la Jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia del 27 de julio de 2005, en una acción contractual de seguros y, por otro lado, una por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta al respecto.

Alega que la **DIAN** expidió una resolución que no es meramente declarativa sino que por imposición legal, se determinó el monto de la sanción a pagar. Por tanto, no es cierto como lo sostiene el fallador que los hechos que se funda en el proceso aduanera son anteriores al 8 de enero de 2008, dado que, como se aclara anteriormente, el



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

momento de la sanción a pagar se establece con la resolución sancionatoria, acto expedido con el lleno de los requisitos legales.

A raíz de lo anterior se aclara que la **DIAN**, al hacer efectiva la póliza de cumplimiento, está obrando de conformidad con la existencia del contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de disposiciones legales, y es en esta medida en que está obligada a responder **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, ante la ocurrencia del siniestro que la citada póliza ampara, está obligada a responder obedeciendo al artículo 480 del Decreto 2685 de 1999.

Se permite concluir que la decisión de primera instancia debe ser revocada parcialmente, en sus artículos primero y segundo, toda vez que la realización del riesgo asegurado se dio en vigencia de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, una vez fue materializado el siniestro con la Resolución sancionatoria, esto es, el 10 de octubre de 2010.

## **7. Trámite en segunda instancia**

El recurso propuesto por la **DIAN** fue admitido por el Despacho ponente mediante auto de 4 de febrero de 2013 (folio 5, cuaderno de apelación).

Posteriormente, a través de auto de 15 de febrero de 2018 (folios 81 a 87, cuaderno de apelación), la Sección Primera **ordenó dejar sin efectos** los autos de 27 de septiembre de 2012 (folios 519 y 520) y de 4 de febrero de 2013 (folio 5, cuaderno de apelación), proferidos en el curso de este proceso, únicamente en cuanto concedieron y admitieron el recurso de apelación presentado por la parte actora **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, toda vez que, al momento de dictarse el respectivo fallo, pudo constatarse que la interposición y sustentación del mismo se hizo por fuera del término previsto para el efecto (hasta el 10 de julio de 2012), es decir, de forma extemporánea **el día 11 de julio de 2012** (folios 457 a 471).

Con auto de 14 de marzo de 2018 (folio 89, cuaderno de apelación), el Despacho sustanciador de la Sección Primera, una vez quedó en firme



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

la decisión contenida en el proveído de 15 de febrero del año en curso, ordenó devolver el presente expediente al Despacho ponente de la Sección Quinta, para que continúe con el trámite correspondiente a proferir sentencia de fondo en el marco del proceso de descongestión que se adelanta en virtud del Acuerdo Nro. 357 de 5 de diciembre de 2017.

Por lo tanto, debido a esta inobjetable e insuperable circunstancia de índole procesal, a la Sala le resulta imposible conocer del recurso de apelación interpuesto por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, quedando circunscrita su competencia funcional, solamente, a la impugnación oportunamente presentada por la parte demandada **DIAN**, el día 10 de julio de 2012.

## **8. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Los apoderados de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, **DIAN** y **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, presentaron escritos contentivos de sus alegatos de conclusión (folios 9 a 20, 21 a 27, y 40 a 50 del cuaderno de apelación, respectivamente), en los que reafirman los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el transcurso del proceso.

## **9. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia**

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

# **II. CONSIDERACIONES**

## **1. Competencia**

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada el 14 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en los términos del artículo 129 del C.C.A., en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión Nro.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

## **2. Actos demandados**

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones Nros. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008** y **1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009**, por medio de las cuales, la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá de la **DIAN**, impuso sanción por valor de \$1.158.117.009,00 a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento Nro. 11-43-101000067 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, y se confirmó en todas sus partes, en sede de reconsideración, por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la **DIAN**, respectivamente, y como consecuencia de ello, a que se le restablezcan los derechos a la parte actora, de ser procedente.

Los segmentos relevantes, así como la parte resolutive del acto que adoptó la decisión principal, son del siguiente tenor literal:

***[...] RESOLUCIÓN NÚMERO 03-064-191-668-2131-00-2154  
DE 10 DE OCTUBRE DE 2008***

***POR MEDIO DE LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN A LA SOCIEDAD  
ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.***

***(...)***

***RESUELVE:***

***ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR*** al declarante autorizado **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** con Nit 860.075.384-5, de acuerdo con lo establecido en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, con multa a favor de la Nación-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la suma de **MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES, CIENTO DIECISIETE MIL, NUEVA PESOS M/CTE. (\$1.158.117.009)**, suma esta equivalente al 200% del valor en aduana de la mercancía no puesta a disposición de esta Administración para su aprehensión, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

***ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR LA EFECTIVIDAD*** de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales número 11-43-101000067, expedida por la Compañía **SEGUROS DEL ESTADO** con Nit 860.009.578-6 y constituida por la Sociedad **ADUANAS OVIC S EN C SIA** con Nit 860.075.384-5 por un valor **TOTAL** de **CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL PESOS M/CTE**



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

*(\$438.190.000), a favor de la Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, conforme el artículo 531 de la Resolución 4240 de 2000, que reglamenta el Decreto 2685 de 1999, en caso de no acreditarse el pago dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, valor este que no cubre la totalidad de la sanción por lo que el excedente deberá ser cancelado por el declarante [...]”.*

No se transcribe la decisión adoptada en la **Resolución Nro. 1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009**, “Por medio de la cual se resuelven dos recursos de reconsideración”, expedida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos, toda vez que compartió los mismos argumentos esgrimidos por la División de Liquidación al confirmar en su integridad la **Resolución Nro. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008**.

### **3. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación impetrado por la **DIAN**, que solicita mantener la legalidad de los actos parcialmente anulados, si son ajustadas a derecho las decisiones contenidas en los artículos Primero y Segundo de la sentencia impugnada, en cuanto declararon la nulidad parcial de las resoluciones demandados en lo relativo a hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales número 11-43-101000067, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, y restablecieron el derecho de la aseguradora, ordenándole a la Entidad demandada la devolución de los dineros que se le hubieran pagado por dicho concepto.

### **4. Análisis del caso concreto**

La sentencia apelada de 14 de junio de 2012, decidió en su parte resolutive lo siguiente:

**[...] FALLA**

**Primero: DECLÁRASE la nulidad del Artículo Segundo de la Resolución 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008 proferida por la DIAN en cuanto ordenó la efectividad de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales número 11-43-101000067 expedida por la Compañía Seguros del Estado S.A. y constituida por la sociedad Aduanas Ovic S en C SIA, un valor total de cuatrocientos treinta y**





**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

*ocho millones ciento noventa pesos (\$438.190.000) a favor de la Nación, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la nulidad parcial del artículo 1º de la Resolución 665 de 23 de enero de 2009, en el sentido de que no se confirma el ordenamiento 2º de la Resolución 2154 de 10 de octubre de 2008, emitida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la DIAN.*

**Segundo:** *A título de restablecimiento del derecho se dispone que la DIAN deberá hacer devolución de los dineros que Seguros del Estado S.A. le haya pagado, en el evento de haber adelantado cobro coactivo sobre la póliza de seguros No.11-43-101000067, acorde con lo explicado en precedencia.*

**Tercero: DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda formuladas por Seguros del Estado S.A.

**Cuarto: DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda formuladas por Aduanas Ovic S en C SIA.

**Quinto:** Sin costas en esta instancia.

**Sexto:** *En firme esta providencia, archívese el expediente [...].*

Para el *a quo*, así como para **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, la tesis sustentada para anular parcialmente los actos acusados, es aquella según la cual, el siniestro del riesgo amparado por la póliza de cumplimiento de disposiciones legales cuya efectividad se ordenó en las resoluciones demandadas, tuvo ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la misma, mientras que para la impugnante **DIAN**, el acaecimiento del siniestro tuvo lugar con la decisión administrativa que sancionó materialmente dicha infracción.

La póliza motivo de disenso es la Nro. 11-43-101000067 de Cumplimiento Disposiciones Legales, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, el tomador es **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, el asegurado/beneficiario es la Nación- Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Administración Especial de Aduanas de Bogotá, y su vigencia empezó **desde las 00:00 horas del 8 de enero de 2008 hasta las 24:00 horas del 8 de abril de 2009** (folio 294). Su amparo es el relativo a las disposiciones legales, y el objeto del seguro se transcribe así:

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



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01

Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN

Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

**GARANTIZAR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y LAS SANCIONES QUE HAYA LUGAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA, CONTENIDAS EN EL DECRETO 2685 DE 1999 EN ESPECIAL LOS ARTÍCULOS 26. (sic) 354 Y 356 DEL DECRETO 1232 DE 2001, DECRETO 3600 DE 2005, LA RESOLUCIÓN 4240 DE 2000, RESOLUCIÓN 7002 DE 2001 Y DEMÁS NORMAS VIGENTES QUE LA MODIFIQUEN O ADICIONEN, IGUALMENTE RESPONDER POR EL PAGO DE LOS TRIBUTOS ADUANEROS Y DE LAS DEMÁS SANCIONES QUE (sic) HAYA LUGAR EN CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES COMO DECLARANTE EN MODALIDAD DE TRÁNSITO ADUANERO NACIONAL**

*\*NOTA\* LA COMPAÑÍA DE SEGUROS RENUNCIA EXPRESAMENTE AL BENEFICIO DE EXCUSIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 492 DE LA RESOLUCIÓN 4240 DE JUNIO 2 DE 2000 [...] (Negrillas y subrayas por fuera de texto).*

Las normas que se citan infringidas por la apelante y que regulan la materia en el Código de Comercio, consagran lo siguiente:

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

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

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

*“[...] ARTÍCULO 1073. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.*

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

La Sala advierte previamente que, tal como lo advirtió la aseguradora en su escrito de alegatos de conclusión (folios 9 a 20, cuaderno de



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

apelación), la Sección Primera en sentencia de 6 de junio de 2013, proferida dentro de otro proceso incoado por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con radicado nro. 25000-23-24-000-2009-00245-01<sup>2</sup>, al igual que lo hizo el Tribunal en el *sub judice*, decretó la nulidad parcial de la Resolución nro. 03-064-191-668-2131-002155 de 10 de octubre de 2008, en lo relacionado con la orden de hacer efectiva la misma Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales nro. 11-43-101000067, acto por medio de la cual la **DIAN** también le impuso sanción a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.** por valor de \$1.224.630.142.00. Sus consideraciones, al revisar este aspecto, fueron las siguientes:

***“[...] Así las cosas, resulta evidente que el siniestro ocurrió con anterioridad a la vigencia de la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales afectada, por lo que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- no podía ordenar su efectividad, razón por la cual se impone para la Sala confirmar el fallo apelado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.*”**

*A través de dicho requerimiento, la entidad demandada impuso la obligación a la sociedad ADUANAS OVIC S EN C SIA de poner a su disposición la mercancía declarada a nombre de la SOCIEDAD IMPORTADORA DE RISARALDA Y CIA LTDA., de conformidad con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo que al vencerse dicho plazo sin que la Sociedad de Intermediación Aduanera le diera cumplimiento a la mentada obligación, se cumple la condición que permite hacer efectiva la garantía.*

*Establecido lo anterior, se procede a analizar la fecha de vigencia de la aducida Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales, así como la de ocurrencia del siniestro mencionado.*

*Como quedó visto, la referida Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales núm. 11-43-101000067, expedida por la COMPAÑÍA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A., estuvo vigente desde el 8 de enero de 2008 a las 00:00 horas, hasta el 8 de abril de 2009 a las 00:00 horas. **Por su parte, el siniestro, que se configuró al vencimiento de los 15 días calendario, otorgados por la demandada en el Requerimiento Ordinario núm. 03-070-210-403-004369 de 17 de septiembre de 2007, acaeció el 5 de octubre de 2007.***

*En virtud de lo anterior, es claro para la Sala que en el presente caso, el siniestro se configuró con el incumplimiento de la obligación aduanera, el cual tuvo ocurrencia al vencimiento del término otorgado en el Requerimiento Ordinario núm. 03-070-210-403-004369 de 17 de septiembre de 2007 [...]”* (Negritas por fuera de texto).

---

<sup>2</sup> Consejera ponente doctora María Elizabeth García González.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

Al respecto esta Sección anuncia, de forma comedida y respetuosa, así como en reciente sentencia de 22 de marzo de 2018<sup>3</sup>, que no comparte las razones expuestas por la Sección Primera en dicha providencia, ni por el *a quo* en el *sub lite*, para acceder a la nulidad parcial de las resoluciones demandadas, por las razones que se exponen a continuación:

Un aspecto neurálgico que observa la Sala y que coincide con el citado fallo de la Sección Primera, así como con la sentencia apelada, es que el hecho que motivó la sanción a **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, se refiere a la omisión en que incurrió cuando faltó a su obligación contenida en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, de dejar a disposición las mercancías a las cuales se les había cancelado el levante, lo cual ocurrió el 5 de octubre de 2007, por ser la fecha en que finalizaba el término de 15 días otorgado por la **DIAN** en el Requerimiento Ordinario Nro. 03-070-210-403-004368 de 17 de septiembre de 2007 (folios 368 a 374, cuaderno de antecedentes, tomo 3).

No obstante, el objeto de dicha póliza está claramente circunscrito, entre otros, al **pago de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en el ejercicio de la actividad de intermediación aduanera de la tomadora, contenidas en el Estatuto Aduanero**; o lo que es igual, en la forma como fue pactado el mismo, no basta con la evidente comisión de una infracción aduanera, sino que se requiere su declaración a través del ejercicio de las potestades punitivas del Estado, previo trámite administrativo en el que se garantice el derecho fundamental al debido proceso del presunto infractor<sup>4</sup>, así como la imposición efectiva de la sanción aduanera por la autoridad competente y su consecuente orden de pagarla, exclusivamente, en aquellos casos en que esta consista en multa pecuniaria.

---

<sup>3</sup> Sección Quinta, radicado nro. 25000-23-24-000-2009-00281-01 (Acumulado), Consejero ponente Doctor Alberto Yepes Barreiro, actoras SEGUROS DEL ESTADO S.A. y ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.; demandada: DIAN.

<sup>4</sup> Ver Capítulo XIV del Decreto 2685 de 1999, que contiene el “[...] PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES ADUANERAS, LA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MERCANCÍA Y LA EXPEDICIÓN DE LIQUIDACIONES OFICIALES [...]”.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

Surge como incuestionable que, en este caso, las partes contratantes de la garantía de marras, **SEGUROS DEL ESTADO S.A. y ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, asociaron inescindiblemente el alcance y contenido de la responsabilidad de la compañía aseguradora, a un **estrageo económico del asegurado**, causado por y con ocasión de la acción sancionatoria prevista en materia aduanera, quedando claramente establecida la asunción libre y manifiesta del pago de las sanciones consistentes específicamente en multas, únicas tasables en dinero (a diferencia de las demás de suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades)<sup>5</sup>, sin la estipulación de eventos exceptuados o condicionamientos que impidan la afectación de dicha póliza.

Si como se vio, el legislador comercial en su artículo 1072 definió el siniestro como la realización del riesgo asegurado, y lo que se aseguró fue el **pago de sanciones** por infracciones de intermediación aduanera, para la Sección existe suficiente certeza de que el siniestro del riesgo amparado en la póliza Nro. 11-43-101000067, **ocurrió cuando efectivamente se impuso la sanción administrativa aduanera de multa a ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, lo que en el caso concreto se materializó a través de la **Resolución nro. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008**, recibida los días **17 y 20 de octubre de 2008** por la aseguradora y agencia de intermediación, respectivamente (folios 963 a 986, cuaderno de antecedentes, tomo 3), es decir, en plena vigencia de la garantía en debate (**8 de enero de 2008 a 8 de abril de 2009**).

A partir de lo considerado en la providencia del Tribunal, así como lo alegado por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, para la Sala es incorrecto señalar que el siniestro del riesgo se configuró con el incumplimiento de la obligación aduanera, que tuvo ocurrencia al vencimiento del término otorgado en el referido Requerimiento Ordinario, para poner a disposición la mercancía cuyas declaraciones habían sido canceladas, esto es, el 5 de octubre de 2007, pues como se explica, una cosa es la comisión de la conducta reprochada y constitutiva de infracción

---

<sup>5</sup> Decreto 2685 de 1999, “[...] **ARTÍCULO 477. CLASES DE SANCIONES.** Las infracciones administrativas aduaneras de que trata el presente Título serán sancionadas con multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades, según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta. De acuerdo con lo anterior, las faltas se califican como leves, graves y gravísimas, respectivamente [...]”.



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

aduanera, y otra muy distinta es la decisión de sancionarla a través de multa a favor de la Nación, evento este último garantizado en la citada póliza, que no el primero de ellos.

Suponer lo propuesto por la parte actora, implica, de forma errada, que el lapso involucrado permanezca por fuera del inicio del término de vigencia de la póliza, siendo que para tal época no se contaba aún con la veracidad de la sanción exigida en el objeto asegurado y contratado por **ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**, así como tampoco con su adecuación típica, naturaleza (multa, suspensión o cancelación de actividades), tasación y demás aspectos esenciales para viabilizar o no la afectación de la póliza nro. 11-43-101000067.

Tanto es así, que si el incumplimiento de la obligación aduanera por parte de la agencia de intermediación, no hubiera dado lugar a una sanción consistente en multa sino de otro tipo, ello hubiese impedido la efectividad de tal garantía. Esto, por demás, es consonante con lo estipulado por el Estatuto Aduanero:

**“[...] ARTÍCULO 480. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS. Siempre que se haya otorgado garantía para respaldar el pago de tributos aduaneros y sanciones por el incumplimiento de obligaciones, si se configura una infracción, se hará efectiva la garantía otorgada por el monto que corresponda, salvo que el garante efectúe el pago correspondiente antes de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento de una obligación o imponga una sanción. En estos casos no procederá la imposición de sanción pecuniaria adicional.**

*Las sanciones de suspensión o de cancelación se podrán imponer sin perjuicio de la efectividad de la garantía de que trata el inciso anterior [...]”*  
(Negritas y subrayas por fuera de texto).

A partir de lo anterior, al infirmarse las conclusiones que sobre este cargo explicó el Tribunal, y bajo las razones que, de forma consecuencial, llevan a la Sala a apartarse del criterio empleado por la sentencia apelada, así como por la Sección Primera en un caso similar, se encuentra que este cargo impugnatorio está llamado a prosperar.

A su vez, complementario con lo anterior y en aras de reafirmar las conclusiones arribadas en el punto anterior, la Sala observa que el artículo 1081 del Código de Comercio, ordena:



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

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

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

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

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

Para la Sección, tal y como fue considerado, en el presente caso el riesgo asegurado se siniestró con la expedición y notificación del acto administrativo que impuso efectivamente la sanción garantizada con la Póliza de Cumplimiento Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, esto es, con la **Resolución nro. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008.**

En ese sentido, no pueden alegarse las prescripciones ordinaria ni extraordinaria previstas en la norma, en tanto que en el mismo acto que se declara el respectivo siniestro del riesgo asegurado, se ordena cobrar y hacer efectiva la respectiva garantía.

De igual forma, y como argumento invocado para evitar la afectación de la pluricitada póliza, que considera la Sala debe esclarecerse en virtud del principio de congruencia e integridad de la sentencia, se planteó la violación del debido proceso por la supuesta ausencia de notificación a la aseguradora, del auto de Requerimiento Especial Aduanero nro. 03.070.210.450-003252 de 31 de julio de 2008 (folio 891, cuaderno de antecedentes, tomo 6 y folios 892 a 925, cuaderno de antecedentes, tomo 3).

Preceptúa el artículo 510 del Decreto 2685 de 1999, lo siguiente:

**“[...] ARTÍCULO 510. NOTIFICACIÓN Y RESPUESTA AL REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO.**

*El Requerimiento Especial Aduanero se deberá notificar conforme a los artículos 564° y 567° del presente Decreto. Al efectuar la notificación por*



**Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01**

**Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN**

**Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia**

*correo se deberá anexar copia del acta de aprehensión y del documento de ingreso de la mercancía a depósito, cuando hubiere lugar a ello.*

***La respuesta al Requerimiento Especial Aduanero se deberá presentar por el presunto infractor dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación y en ella deberá formular por escrito sus objeciones y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer [...]” (Negrillas por fuera de texto).***

Puede advertirse que la norma contempla la notificación al **presunto infractor** bajo el entendido que en ese momento, es el único habilitado para desvirtuar los cargos que se le han formulado, los cuales son generados por su actuar como sociedad intermediadora aduanera, en la que no concurre su asegurador, por lo que no se observa vulnerado el debido proceso de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, a quien se le notificó el acto principal sancionatorio que ordena hacer efectiva la póliza, pudiendo presentar recurso de reconsideración para hacer valer sus argumentos defensivos, los cuales fueron atendidos por la **DIAN**, en garantía a su derecho fundamental.

Por lo expuesto, en vista que en el recurso de apelación sometido a estudio, la parte demandada logró demostrar sus razones de inconformidad frente a las consideraciones esgrimidas por el Tribunal, la Sala revocará parcialmente el fallo apelado, en lo relativo a sus artículos Primero y Segundo y, como consecuencia de ello, mantendrá incólume la legalidad de la decisión de hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, vertida en las **Resoluciones Nros. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008 y 1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009**, sin que por lo mismo, haya lugar a restablecimiento de derecho alguno.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica al Doctor YUMER YOEL AGUILAR VARGAS, como apoderado de la **DIAN**, en los términos y para los fines establecidos en el poder judicial y sus anexos, que obran a folios 54 a 72 del cuaderno de apelación.

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





Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00630-01

Actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN

Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

### III. FALLA

**PRIMERO: REVÓCANSE** los Artículos Primero y Segundo de la sentencia de 14 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, y en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones formuladas por el tercero interesado **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** relativas a: (i) anular la orden de hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento Disposiciones Legales Nro. 11-43-101000067 de 18 de octubre de 2007, vertida en las **Resoluciones Nros. 03-064-191-668-2131-00-2154 de 10 de octubre de 2008 y 1-00-223-00665 de 23 de enero de 2009** de la **DIAN**, y (ii) obtener el consecuente restablecimiento de sus derechos.

**SEGUNDO: TENER** al Doctor **YUMER YOEL AGUILAR VARGAS**, como apoderado de la **DIAN**, en los términos y para los fines establecidos en el poder judicial y sus anexos, que obran a folios 54 a 72 del cuaderno de apelación.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Consejera *salvo voto*

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

Consejero

