

INFRACCION POR CONTRABANDO - Nulidad por falta de prueba de los supuestos o conductas del Decreto 1750 de 1991 artículo 1 literal a) / CONTRABANDO - Principio de presunción de la buena fe / RESPONSABILIDAD DE TRANSPORTADOR - Excedentes de mercancía / INFRACCION DE CONTRABANDO - Prueba de autoría, intervención o participación / PRUEBA DE AUTORIA, INTERVENCION O PARTICIPACION - Infracción por contrabando / EXCESO DE PESO Y CANTIDAD - Responsabilidad del transportador

En este caso, no aparece probado que la actora hubiera desplegado conducta alguna para que se diera el hecho sancionado, esto es, la introducción al país de 9 láminas entregadas a la Sociedad Portuaria sin documentos de transporte que las ampararan, lo cual, donde más se encuadraría sería en el numeral 2 de este literal, teniendo en cuenta la remisión que el acto acusado hace al artículo 72, inciso segundo, del Decreto 1909 de 1994, y menos hay prueba de que hubiera incurrido en cualquiera de las demás conductas contempladas en la norma transcrita. El artículo 72, incisos segundo y tercero, del Decreto 1909 de 1992, aplicado en el acto administrativo demandado, establece: (...). La actora de manera reiterada y consistente le manifestó a la DIAN que no tenía relación alguna con la mercancía aprehendida y que tampoco tenía interés en ella cuando se formuló pliego de cargos en el procedimiento tendiente a definir la situación jurídica de dicha mercancía, tal como se puede leer en la contestación a ese pliego, donde claramente le manifiesta a la DIAN que la “mercancía aprehendida no es de propiedad de Cementos del Caribe”, que las láminas “no fueron ni pedidas, ni recibidas por Cementos del Caribe” y que “no está interesada en el rescate de la mercancía, dado que no tiene ningún interés en ella y no está dentro de sus necesidades” y reitera que “exclusivamente las 72 láminas amparadas por los referidos documentos de importación y Bil of Lading No. 0200700706 y 0025 fueron las traídas por la empresa.”, manifestaciones que la DIAN pudo haber aceptado como ciertas si no había prueba en contrario, como se evidencia que no la hay, atendiendo el principio de la presunción de la buena fe de las personas en sus actuaciones ante las autoridades, en obediencia a lo preceptuado en el artículo 83 de la Constitución Política. Además, agrega la Sala, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1994, los documentos del transporte deben ser presentados a la autoridad competente por parte del transportador, luego era a éste a quien debía inicialmente exigírsele que explicara las razones y motivos del excedente de la mercancía que se entregó, actuación que en ningún momento fue adelantada por la DIAN. Lo anterior indica a las claras que la autoridad aduanera infringió las normas aduaneras aplicadas en este caso, como son los artículos 3º, literal, del Decreto 1750 de 1991 y 72, incisos segundo y tercero del Decreto 1909 de 1994, toda vez que no aparece acreditado que la situación examinada se adecue a los supuestos previstos en ellas para hacer efectivas sus consecuencias jurídicas en cabeza de la actora, y con ello se violó el debido proceso, por cuanto se le impuso una sanción por hechos en que no está demostrada su autoría o intervención o participación.

INFRACCION POR CONTRABANDO - Responsabilidad del transportador en zona primaria aduanera: elaboración y presentación de documentos de transporte / IMPORTADOR - No incurre en contrabando por mercancía en exceso que no es de su propiedad, ni interviene ni participa en su introducción o tenencia / DOCUMENTOS DE TRANSPORTE - Responsabilidad del transportador por exceso en peso y cantidad de mercancía / EXCESO DE PESO Y CANTIDAD - Responsabilidad del transportador

Así las cosas, le asiste razón al a quo en el sentido de que al momento de ser aprehendidas las mercancías estaban en zona primaria aduanera y las responsabilidades hasta ese momento eran del transportador, por cuanto es el quien debe elaborar los documentos de transporte y presentarlos a la DIAN, y no hay prueba alguna contraria a lo afirmado por la actora, en el sentido de que la mercancía no es de su propiedad, ni prueba del intento de introducirla de contrabando, debiéndose agregar que quien entregó la mercancía al depósito aduanero fue el transportador y no el importador, de modo que la actora nunca la recibió ni la tuvo bajo su tenencia ni es cierto, que hubiera firmado el acta de aprehensión, ya que ni siquiera intervino en esa diligencia; y que según los artículos 12 a 17 del decreto 1909 de 1994, aplicable a los hechos del sub lite, el responsable de entregar los documentos a la aduana y de entregar la mercancía, sea al depósito o al declarante, es el transportador, en consecuencia habrá de confirmarse la sentencia, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 08001-23-31-000-2000-00333-01

Actor: CEMENTOS DEL CARIBE S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia APELACION SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual declara la nulidad de los actos acusados y ordena el establecimiento del derecho.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La sociedad **CEMENTOS DEL CARIBE S.A.** demandó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico a la **Nación – U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., con el objeto de que accediera a las siguientes

1. 1. Pretensiones

Primera- Declarar la nulidad de las Resoluciones núms. 68 de 25 de octubre de 1999, por la cual la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Barranquilla le impuso una multa de \$ 6.337.785 equivalente al 50% del valor de la mercancía, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1750 de 1991, y 56 de 13 de diciembre de 1999 de la División Jurídica de la Administración de Aduanas de Barranquilla, mediante la cual decidió el recurso de reconsideración contra la anterior, en el sentido de confirmarla.

Segunda.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la DIAN la devolución del monto de la multa en caso de que a la fecha de la sentencia la actora la hubiere pagado, debidamente actualizado.

1. 2. Los hechos

La demandante refiere que el 4 de julio de 1998 funcionarios de la demandada aprehendieron una mercancía consistente en láminas de acero, 'por no estar amparada con documentos de acuerdo con el artículo 72 del decreto 1909 de 1992', y se dice que la mercancía se le aprehendió a la empresa CEMENTOS DEL CARIBE S.A.; que esa aprehensión no se le notificó.

Que por lo anterior, con fecha 9 de diciembre de 1998, se le formuló pliego de cargos, el cual respondió explicando que la mercancía no era de su propiedad, que no tenía relación alguna con ésta, y que no estaba interesada en su rescate. Que la mercancía importada por ella era otra.

No obstante, esas explicaciones no fueron tenidas en cuenta con el argumento de que fueron presentadas fuera del término, y mediante la Resolución 93 de 1999 se

dispuso su decomiso, invocándose al efecto el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992.

Contra esa resolución interpuso recurso de reconsideración, insistiendo al efecto en que no tenía relación alguna con la mercancía decomisada, que ella no la había importado ni solicitado y que el hecho de que hubiera aparecido en la sociedad portuaria debía haberse originado en un error del despachador o del transportador. Insistió en que ella había solicitado otras mercancías, las cuales nacionalizó y pagó al proveedor, y que el decomiso de la mercancía le era indiferente, y se pidió que no se iniciara investigación adicional en su contra por lo ya explicado. El recurso fue resuelto de manera negativa.

El 25 de junio de 1999 se le formuló nuevamente pliego de cargos, ahora por haber incurrido en la conducta tipificada en el numeral 2 del literal "A" del artículo 1 del decreto 1750 de 1991; pliego que fue contestado con las mismas explicaciones relacionadas con el primer pliego de cargos, acompañando en esta oportunidad todos los documentos de nacionalización correspondientes al pedido que realmente había hecho.

Seguidamente la Aduana expidió la Resolución 68 de 1999, declarándola responsable de contrabando e imponiéndole la multa anotada. Contra ese acto interpuso el recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la resolución 56 de 13 de diciembre de 1999.

1. 3. Normas violadas y concepto de la violación.

La actora indica como infringidos los artículos 29 de la Constitución Política; 72, incisos 2 y 3 del Decreto 1909 de 1992, en concordancia con los artículos 1, 2 y 8 a 35 del mismo decreto; 4 del Decreto 1105 de 1992, modificado por el artículo 5 del Decreto 1960 de 1997; 18, 81 y 82 - modificado por el artículo 4 del decreto 1672 de 1994 - del Decreto 1909 de 1992, y 1, literal a), numeral 2, del decreto 1750 de 1991, por razones que se sintetizan en los cargos de violación del debido proceso por cambio de la conceptualización y adecuación normativa de los hechos en cada etapa del procedimiento y por llamar a la actora a responder por hechos que no ha cometido; de modo que las normas aduaneras se le están aplicando sin ser la autora de lo sucedido, pues no produce documentos de transporte, no elabora manifiestos de carga, ni descargó mercancías del medio de transporte.

Todo ello lo realizó el transportador, por lo tanto la norma citada en el acto acusado está dirigida a controlar la actividad del transportador y es a éste a quien se le debe aplicar; amén de que no hay coincidencia entre la norma aplicada en el pliego de cargos y la aplicada en la resolución demandada, y las mercancías no fueron encontradas en las instalaciones de CEMENTOS DEL CARIBE S.A.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda y, como razones de defensa, aduce que el procedimiento administrativo aduanero que culmina con el decomiso es independiente del que impone la sanción por infracción de contrabando; que no es de recibo la teoría del presunto error del despachador ni la de la duplicidad en el envío por no ser entendible que una persona en el exterior remita una mercancía cancelando fletes a favor de otra sin que medie solicitud; que el artículo 72 no señala en quien recae la obligación de declarar y presentar la mercancía, y en este caso lo que se le reprocha a la actora es la de pretender importar una mercancía sin presentar las declaraciones de importación, la cual era obligación suya, y no demostró en la vía gubernativa que no autorizó dicho envío, ni canceló fletes por la mercancía ni que celebró contrato alguno con empresa transportadora. Por lo tanto pide que se nieguen las pretensiones de la demanda.

~~núms. 001135 de 27 de noviembre de 1996 y 00183 de 20 de febrero de 1997, proferidos por la UAE - DIAN - Administración Especial de Buenaventura, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del tránsito aduanero núm. 001328 de 29 de abril de 1996 y se resolvió el recurso de apelación, respectivamente.~~

~~A título de restablecimiento, como consecuencia de las declaraciones pedidas, pretende la actora que se declare que no está obligada "... al cumplimiento de hacer efectiva la póliza expedida por COLSEGUROS y en el monto de \$16'719.581.00 M/cte."~~

~~2, 13, 23, 83, 90, 209 y 363 de la Constitución Política; 2 y 3 del C.C.A.; el Decreto núm. 2402 de 1991; la Resolución 3333 de 6 de diciembre de 1991; 850 y ss. del Estatuto Tributario y demás normas concordantes.~~

~~En síntesis, la violación denunciada se apoya en que la motivación que apoya la resolución núm. 001135 de 27 de noviembre de 1996 es falsa porque, no obstante que la ley exige la existencia de unos motivos precisos para que se adopte una decisión como la demandada, la Administración profirió la resolución citada sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica. En la oportunidad procesal correspondiente, la sociedad demandante formuló y motivó los recursos correspondientes, bajo los argumentos, sustentados en las pruebas correspondientes, de que se cumplió y agotó el tránsito aduanero. La Jefe División de Fiscalización de la DIAN hizo caso omiso de tales documentos, “... quien *constrñe al usuario aduanero, posiblemente por unas horas de retardo atribuibles al funcionario aduanero de Cali encargado de visar las mismas.*”~~

~~“Para el evento los factores que pueden mediar no en el incumplimiento al D.T.A., sino mas bien a su retardo, ya que para la ocasión había problemas de transporte en el puerto, como era su paro, el congestionamiento al pesar los vehículos tractomulas y la habilitación de un solo carril dentro del carreteable *Buenaventura Cali.*~~

~~“Estos son elementos de fuerza mayor y caso fortuito, que la misma ley los considera como eximentes de cualquier conducta.~~

~~“El Señor Jefe de la División de Fiscalización sabe que el primero (1) de Mayo de todos los años es festivo. Y, según términos de ley se interrumpe cuando no hay servicio al público y por el mismo derecho se aplaza al día posterior hábil. Esto no implica el presupuesto de incumplimiento, sino la aclaración de lo que la ley dispone *y no puede desconocerse.*”~~

~~La actuación de la DIAN desconoce los postulados contenidos en los artículos constitucionales citados al desconocerse el orden justo y los principios de buena fe y equidad, ya que se vulnera el Estatuto Tributario en la medida en que se impone una multa que genera para el Estado un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento para el particular, sin que exista motivo para ello.~~

~~Al proferirse la resolución núm. 00183 de 20 de febrero de 1997, por medio de la cual se resolvió la alzada impetrada, “Ya en correlación para desatar lo incoado, la *administración propone recapitulaciones más especulativas, que con asidero jurídico-administrativo; leguleya que la empresa transportadora debió remitirse a la*~~

~~aduana de destino y obtener ciertas visaciones por funcionarios aduaneros, lo que precisamente lo congratula los documentos que aportó el Gerente de la empresa en la coyuntura procesal cuando increpó con los recursos la Resolución ante la División de Fiscalización.”~~

~~Esta resolución es un caso típico de desviación de poder, ya que la administración ejerció su poder con un fin distinto al que le fue conferido, ya que “...para que existiera incumplimiento al tránsito aduanero, sería indispensable que la mercancía no hubiera arribado e ingresado a su lugar de destino según el D.T.A., o que en torno de ella se hubiera ejecutado conducta tendiente a eludir la intervención de la autoridad respectiva o prevalida de medios para engañarla, según la Resolución las mismas tuvieron el aval aduanero tanto de aduana de importación como aduana de nacionalización.”~~

~~Con la expedición de esta resolución se violaron los artículos 6, 29 y 84 de la Constitución Política porque a la demandante se le impuso una sanción sin que hubiera ofendido con su accionar la reglamentación impuesta por la DIAN.~~

II. ~~2.~~ LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal acogió las pretensiones de la demanda al hallar que al momento de ser aprehendidas las mercancías estaban en zona primaria aduanera y las responsabilidades hasta ese momento eran del transportador, quien es el que debe elaborar los documentos de transporte y presentarlos a la DIAN, y no hay prueba alguna contraria a lo afirmado por la actora, en el sentido de que la mercancía no es de su propiedad, ni prueba del intento de introducirla de contrabando.

Que el sujeto pasivo de las sanciones por irregularidades en el manifiesto de carga es el transportador, ya que el importador no tiene manejo sobre la actividad que se desarrolla en el extranjero y de los documentos de la carga, por cuanto no interviene en tales diligenciamientos. Por esas circunstancias la sanción impuesta a la actora viola la normatividad aduanera pertinente, ya que el responsable de las obligaciones del manifiesto de carga del sub lite es el transportador.

En consecuencia, declaró la nulidad de los actos acusados y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó la devolución de la suma de la multa, en el caso de que hubiera sido pagada, adicionada con los intereses legales causados.

~~Al analizar los hechos demostrados en el expediente, puede concluirse que, efectivamente, la demandante incumplió el tránsito aduanero núm. 001328 pues, la empresa transportadora no lo cumplió en el término original que se le otorgó para el efecto.~~

~~Si bien, con fundamento en el recibo núm. 37629 que la actora adujo en la vía gubernativa como prueba del cumplimiento puede establecerse que la mercancía fue entregada físicamente en la aduana de destino el 3 de mayo de 1996, de ese hecho no se deduce que allí hubiera culminado el tránsito en cuestión, pues, como lo sostiene la Administración al confirmar la providencia de primera instancia, era necesaria la presentación de los documentos de transporte ante la autoridad aduanera correspondiente y esa diligencia se cumplió con posterioridad, como lo hizo constar la administración en un documento que no fue controvertido.~~

~~No es de recibo la justificación basada en la fuerza mayor esbozada por la demandante pues, tal como lo administración lo reprocha, el motivo aducido como fuerza mayor no lo es por no tener las características de imprevisibilidad e irresistibilidad que la jurisprudencia exige para que se configure ese eximente de responsabilidad.~~

~~DE lo dicho se colige que al expedir los actos en cuestión, la administración no violó la Constitución ni la ley, a más de que no se advierte en ellos la falta de motivación o falsa motivación que la demanda denuncia, pues allí se expresan las razones que la administración tuvo en cuenta para adoptar la decisión y ninguna de ellas es contraria a la realidad.~~

II.- EL RECURSO DE APELACIÓN

1.- La sentencia fue apelada por la DIAN, en cuya sustentación hace un recuento de los hechos que dieron lugar a los actos acusados y de la actuación procesal, y expone como motivos de inconformidad que existen documentos que prueban que el

propietario de las mercancías es CEMENTOS DEL CARIBE S.A., por lo cual el decomiso que se hizo a su nombre y la sanción impuesta se ajustan a derecho.

Por lo anterior solicita que revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION

La entidad apelante sostiene que en el fallo se advierte una injustificada precipitud al anular los actos demandados, con carencia de un detenido análisis sobre los hechos y sus pruebas documentales, y en cuyos términos se observa un fiel reflejo de los utilizados por el demandante.

Que el objeto de la litis se resume en la existencia de una mercancía sin amparo legal, ingresada por el transportador al puerto de Barranquilla a nombre de la actora; y respecto de la cual ésta manifiesta no tener idea, aduciendo que su origen puede obedecer a que el proveedor efectuó un doble envío a su nombre, ya que la misma cantidad de bienes había sido previamente importada por la Empresa; explicación que dio desde el pliego de cargos y posteriores intervenciones.

Que en los documentos no examinados por el fallador, entre ellos el acta de inspección de la mercancía, figura la información respecto del documento de transporte (0025), el número de láminas (81), nombre del consignatario (Cementos caribe) y el peso total de la mercancía, y la observación de que *“se realiza inspección y se constata un sobrante en kilos de 7.645 correspondientes a 9 láminas, la cual es objeto de aprehensión”*. Ese documento, no examinado por el a quo, es el origen de la investigación, verificación y aplicación de la sanción conforme a la ley, porque es una diligencia en donde intervienen los funcionarios comisionados y el representante legal de la importadora, quien lo firmó sin objeción alguna a la diligencia adelantada. De modo que el pretendido desconocimiento de la importación no es cierto y lo cual repitió el a quo sin previo juicio.

Si bien el artículo 3º del Decreto 1909 de 1992 vincula al transportador como responsable, entre otros, de la operación aduanera, esa responsabilidad, en sana

lógica, se entiende que es respecto de sus funciones y no en forma generalizada como lo pretende la actora.

También figuran las actas 11 y 12 de 18 y 23 de febrero de 1997 en donde los responsables de los depósitos en la sociedad portuaria dejan constancia de las inconsistencias detectadas en la mercancía objeto de importación, destacando el material sobrante de 9 láminas, no coincidiendo con la cantidad registrada en el documento de transporte. El desinterés manifestado por la Empresa, en contraposición al silencio guardado al momento de la inspección física de la mercancía, que lo vincula como conocedor del hecho, no puede conducir a dejar sin efecto la aplicación de la ley, esto es, el artículo 72, inciso 2º, del decreto 1909 de 1992, en la forma como fue desarrollado en los demandados.

De otra parte, censura como violación del debido proceso por el a quo, decretar y recepcionar una prueba testimonial a uno de los empleados de la firma Cementos del Caribe S.A., con transgresión al traslado de la misma, toda vez que la DIAN no tuvo oportunidad de controvertirla, aspecto que solicita sea revisado y decidido en derecho.

Finalmente reitera lo expuesto en la sustentación del recurso, en especial lo concerniente al conocimiento de la actora de las láminas sobrantes, objeto de decomiso y sanción, y solicita que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

~~Al corolario inicial es bien sabido que no existe norma legal alguna que establezca como causal de NULIDAD del Acto Administrativo su falsa o errónea motivación. Por lo tanto, cuando la instancia descarta la unidad de la causales hace una dosimetría judicial que no recoge los presupuestos legales y de allí la inconformidad del recurrente frente a dicha sentencia discutida y aprobada mediante Acta No. 040 de la Sección Segunda del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.”~~

V.H- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IVI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. El acto demandado está conformado por las Resoluciones núms. 68 de 25 de octubre de 1999, por la cual la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Barranquilla le impuso una multa de \$ 6.337.785 equivalente al 50% del valor de la mercancía, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1750 de 1991, y 56 de 13 de diciembre de 1999 de la División Jurídica de la Administración de Aduanas de Barranquilla, mediante la cual decidió el recurso de reconsideración contra la anterior, en el sentido de confirmarla. En la parte considerativa se invocan los artículos 2 y 72, inciso segundo, del Decreto 1909 de 1992.

Los hechos en que se funda la aplicación de esas disposiciones se contraen a que *“La División de Liquidación Aduana profirió la RESOLUCIÓN DE DECOMISO No. 00093 de fecha 12 de Marzo de 1999, por medio de la cual se le decomisa a la firma CEMENTOS DEL CARIBE, con NIT No. 890.100.251-0 UNA MERCANCÍA POR VALOR DE \$ 12.675.570”*, según se expone en la parte motiva de la Resolución Núm. 00068 de 25 de octubre de 1999.

En la misma parte de dicha resolución se relata que una vez quedó en firme, la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando de la Administración de Aduanas Nacionales Local de Barranquilla, inició investigación sobre la infracción administrativa de contrabando contemplada en el literal a) del artículo 1º del Decreto 1750 de 1991 profirió Auto de Apertura No. 01394 de fecha 2 de junio de 1999, después de lo cual el Jefe de esa División profirió pliego de cargos No. 00108 de 25 de junio de 1999 en contra de la actora por la mencionada infracción, en el que propone sancionarla con la multa prevista en el artículo 3º del Decreto 1750 de 1991.

Que *“De esta manera, confrontadas las pruebas con los cargos formulados”* concluye *“que se trata de mercancía de procedencia extranjera y no se encuentra amparada por documento alguno que acredite su legal introducción y permanencia en el país ni ha sido legalizada, no encontrándose la mercancía por tanto el libre disposición dentro del territorio nacional”* (sic), y que *“Así las cosas par el presente caso considera el Despacho que se actuó bien al decomisar la mercancía, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 del decreto 1909 de 1992 y artículo 1 del decreto 1800 de 1994”* (sic)

Advierte, tomado textualmente del documento respectivo, que *“El hecho de haber sido voluntaria la entrega de la mercancía por parte del importador no subsana la falta administrativa contemplada en el artículo 72, que es de carácter objetiva el Despacho no desmerita ni desconoce la buena fe exentividad (sic) de culpa por parte del afectado pero es competencia funcional de la DIAN, aprehender y decomisar la mercancía que de manera irregular circulen en el territorio nacional, sin embargo existe el mecanismo jurídico de la legalización de la mercancía siempre y cuando no existan restricciones legales y administrativas que fue lo que el importador omitió de hacer”*.

2. Según consta en el acta de inspección, fechada 4 de julio de 1997, lo cual no es cierto que hubiera sido firmada por la actora, pues quien la firmó fue la Sociedad Portuaria, la mercancía fue encontrada, inspeccionada y aprehendida en los depósitos de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, y consistió en “un sobrante en kilos de 7.645 kilos correspondientes a 9 láminas” (folio 171) de las 81 láminas inspeccionadas, que tenían un peso total de 68.805 kilos. Esa mercancía fue recibida por la Sociedad Portuaria directamente del transportador de la misma, en cuyo documento de recibo, que está suscrito por quien recibe y la empresa transportadora, ya aparece advertido dicho sobrante, en la medida en que se indica que en el Documento de Transporte aparecía amparadas 72 láminas con peso bruto de la carga de 61.160 kilogramos y lo recibido fueron 81 láminas (folio 173).

De lo anterior se deduce que, si bien la actora aparece como importador, no hay razón para imputarle responsabilidad alguna, puesto que además de que la mercancía sobrante o no amparada por los documentos de transporte no fue hallada en su poder o en instalación suya, sino en el depósito de la Sociedad Portuaria donde fue entregada por el Transportador, hasta ese momento de la aprehensión no

hay prueba que hubiera tenido relación con la introducción de la mercancía a territorio nacional; debiéndose resaltar que la única relación que se le puede atribuir es que estaba junto con las 72 láminas amparadas en los documentos de transporte, y en la medida en que esa es la mercancía que debe dar como despachada a su nombre, tal como se observa a folio 174 del expediente. Si el despachador o el transportador descargó mercancía adicional a la que se facturó, de ninguna forma cabe atribuirle esa circunstancia al destinatario por la sola razón de ser el importador de la mercancía junto con la cual se encuentre una mercancía excedente o no amparada en los documentos de transporte.

Al respecto, conviene tener en cuenta que la obligación aduanera es de carácter personal, como en ese entonces lo señalaba el artículo 3º del Decreto 1909 de 1994, aunque su cumplimiento se pueda hacer efectiva sobre la mercancía; y que, en consecuencia, toda falta o infracción administrativa que se genere por su incumplimiento requiere una conducta activa u omisiva, un sujeto activo que realice esa conducta y un objeto sobre la cual recaiga, todo lo cual implica una relación de causalidad entre la actividad de un sujeto y el hecho sancionable o reprochado en el ordenamiento jurídico.

La conducta que se le atribuye a la actora es haber incurrido en infracción de contrabando, prevista en el literal a) del artículo 1º del precitado decreto 1750 de 1991, que a la letra dice:

“ART. 1º—A partir del 1º de noviembre de 1991, elimínase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el estatuto penal aduanero. A partir de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones administrativas aduaneras:

a) Contrabando: Incurrirá en infracción administrativa de contrabando quien realice una cualquiera de las siguientes conductas:

1. Importar o exportar mercancías de prohibida importación o exportación.

2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas o declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados.

3. *Sustraer del control de la Aduana mercancía que no haya sido despachada para consumo o respecto de la cual no se haya autorizado régimen aduanero alguno.*
4. *Transportar, almacenar, tener, poseer, adquirir, vender, permutar, ocultar, usar, dar o recibir en depósito, destruir o transformar mercancía introducida al país de contrabando, sin participar en los hechos descritos anteriormente. Ser propietario, administrador o tenedor de trilladoras o tostadoras de café que funcionen sin autorización de la Dirección General de Aduanas.*
5. *Tener, poseer o almacenar café en lugares no autorizados, o transportarlo por rutas distintas de las autorizadas, o en medio de transporte no inscrito en la Dirección General de Aduanas, sin la guía de tránsito o el certificado de revisión.*
6. *Intervenir, sin permiso de autoridad competente, en el traspaso o matrícula irregular de automotor importado temporalmente o de contrabando.*
7. *Sin permiso de autoridad competente, poner en libre circulación, mercancías de circulación restringida tales como las importadas temporalmente para reexportación en el mismo estado o para perfeccionamiento activo.”*

En este caso, no aparece probado que la actora hubiera desplegado conducta alguna para que se diera el hecho sancionado, esto es, la introducción al país de 9 láminas entregadas a la Sociedad Portuaria sin documentos de transporte que las ampararan, lo cual, donde más se encuadraría sería en el numeral 2 de este literal, teniendo en cuenta la remisión que el acto acusado hace al artículo 72, inciso segundo, del Decreto 1909 de 1994, y menos hay prueba de que hubiera incurrido en cualquiera de las demás conductas contempladas en la norma transcrita.

El artículo 72, incisos segundo y tercero, del Decreto 1909 de 1992, aplicado en el acto administrativo demandado, establece:

*“Artículo 72. **Mercancía no declarada o no presentada.** Se entenderá que la mercancía no fue declarada, cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, cuando en la declaración se haya omitido la descripción de la mercancía, o ésta no corresponda a la*

descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración.

“Se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron los documentos de transporte a la Aduana, cuando la introducción se realizó por lugar no habilitado del territorio nacional, o cuando la mercancía no se relacionó en el manifiesto de carga o fue descargada sin la previa entrega del manifiesto de carga a la Aduana.

“En estos eventos, así como en los demás que se encuentran previstos en el literal a) del art. 1º del decreto 1750 de 1991, procederá la multa de que trata el inciso 1 del art. 3º del citado decreto, equivalente al 50% del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión y decomiso. Lo anterior, siempre que la mercancía no haya sido legalizada mediante el rescate”

De otra parte, observa la Sala que la actora de manera reiterada y consistente le manifestó a la DIAN que no tenía relación alguna con la mercancía aprehendida y que tampoco tenía interés en ella cuando se formuló pliego de cargos en el procedimiento tendiente a definir la situación jurídica de dicha mercancía, tal como se puede leer en la contestación a ese pliego, folio 189 del expediente, donde claramente le manifiesta a la DIAN que la *“mercancía aprehendida no es de propiedad de Cementos del Caribe”*, que las láminas *“no fueron ni pedidas, ni recibidas por Cementos del Caribe”* y que *“no está interesada en el rescate de la mercancía, dado que no tiene ningún interés en ella y no está dentro de sus necesidades”* y reitera que *“exclusivamente las 72 láminas amparadas por los referidos documentos de importación y Bil of Lading No. 0200700706 y 0025 fueron las traídas por la empresa.”* (folio 189), manifestaciones que la DIAN pudo haber aceptado como ciertas si no había prueba en contrario, como se evidencia que no la hay, atendiendo el principio de la presunción de la buena fe de las personas en sus actuaciones ante las autoridades, en obediencia a lo preceptuado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Además, agrega la Sala, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1994, los documentos del transporte deben ser presentados a la autoridad competente por parte del transportador, luego era a éste a quien debía inicialmente exigírsele que explicara las razones y motivos del excedente de la mercancía que se entregó, actuación que en ningún momento fue adelantada por la DIAN.

Lo anterior indica a las claras que la autoridad aduanera infringió las normas aduaneras aplicadas en este caso, como son los artículos 3º, literal, del Decreto 1750 de 1991 y 72, incisos segundo y tercero del Decreto 1909 de 1994, toda vez que no aparece acreditado que la situación examinada se adecue a los supuestos previstos en ellas para hacer efectivas sus consecuencias jurídicas en cabeza de la actora, y con ello se violó el debido proceso, por cuanto se le impuso una sanción por hechos en que no está demostrada su autoría o intervención o participación.

Así las cosas, le asiste razón al a quo en el sentido de que al momento de ser aprehendidas las mercancías estaban en zona primaria aduanera y las responsabilidades hasta ese momento eran del transportador, por cuanto es el quien debe elaborar los documentos de transporte y presentarlos a la DIAN, y no hay prueba alguna contraria a lo afirmado por la actora, en el sentido de que la mercancía no es de su propiedad, ni prueba del intento de introducirla de contrabando, debiéndose agregar que quien entregó la mercancía al depósito aduanero fue el transportador y no el importador, de modo que la actora nunca la recibió ni la tuvo bajo su tenencia ni es cierto, que hubiera firmado el acta de aprehensión, ya que ni siquiera intervino en esa diligencia; y que según los artículos 12 a 17 del decreto 1909 de 1994, aplicable a los hechos del sub lite, el responsable de entregar los documentos a la aduana y de entregar la mercancía, sea al depósito o al declarante, es el transportador, en consecuencia habrá de confirmarse la sentencia, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

Primero. CONFIRMASE la sentencia apelada, de 10 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual declara la nulidad de los actos acusados y ordena el establecimiento del derecho

Segundo.- PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, en cuanto le imponen la obligación a la Cooperativa de

~~Transportadores del Risaralda Ltda. de pagar los tributos aduaneros sobre las mercancías objeto de la declaratoria de incumplimiento del tránsito aduanero.~~

~~SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la entidad demandada restituir a la actora, debidamente actualizada, la suma de dinero que haya cancelado por concepto de la obligación impuesta de pagar tributos aduaneros, junto con los intereses legales desde la fecha en que se hizo el pago, hasta cuando se efectúe la devolución.~~

~~ERGERO.-~~ Reconócese a la ~~la~~ abogada **ANA ISABEL CAMARGO ANGEL** como apoderada ~~a~~ judicial de la **UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, en los términos y para los fines del poder conferido que obra a folio ~~90~~ de este cuaderno.

~~Tercero.-~~ ~~CUARTO.-~~ Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 27 de septiembre de 2007.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
INÉS NAVARRETE BARRERO
Presidenta

Presidente **OLGA**
CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELILLA M.
Ausente con Excusa