

REEMBARQUE - Distinción entre llegada al exterior de bienes exportados y acreditación en tiempo de esa llegada. Reiteración jurisprudencial / REEMBARQUE - Efectividad de la garantía

La controversia en este caso gira en torno de establecer si basta que la actora hubiera reexportado la mercancía en tiempo o si además tenía la obligación de probar la salida ante la Administración dentro del término previsto en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 y, por lo mismo, si se podía o no hacer efectiva la garantía prestada para tal fin. Prevé la citada norma: “La Solicitud de Autorización de Embarque deberá presentarse a la Aduana a través del sistema informático aduanero, previa la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros que asegure la entrega, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de embarque, de una certificación expedida por el transportador donde acredite la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional. La garantía se constituirá por el cien por ciento (100%) del valor de los tributos aduaneros que se causarían si la mercancía se sometiera a importación ordinaria, teniendo en cuenta para el efecto su valor CIF. Si la mercancía no estuviere sometida al pago de tributos aduaneros, la garantía se constituirá por el 10% del valor CIF de la misma”. La Sala en diversas providencias, entre ellas, las sentencias de 6 de septiembre de 1999 (Expediente núm. 5362, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa); 7 de septiembre de 2000 (Expediente núm. 6037, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola) y 8 de febrero de 2001 (Expediente núm. 5930, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), reiteradas en sentencia de 6 de julio de 2006 (Expediente 01053, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), precisó, frente a asuntos similares al que ahora ocupa su atención y en relación con una norma del Decreto 2666 de 1984, de contenido semejante al de la norma transcrita, que del texto de dicha disposición se extrae que una cosa es que los bienes exportados lleguen al exterior y otra diferente que se acredite en tiempo tal llegada y que bajo esa distinción fáctica es como se debe interpretar la norma en mención.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 307 / DECRETO 2666 DE 1984 – ARTICULO 281.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la distinción que debe hacerse entre la llegada al exterior de la mercancía exportada y la acreditación en tiempo de tal llegada, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 5362, del 6 de septiembre de 1999, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; Expediente núm. 6037, del 7 de septiembre de 2000, C.P. Manuel S. Urueta Ayola; Expediente 5930, del 8 de febrero de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, y Expediente núm. 01053, del 6 de julio de 2006, C.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.

REEMBARQUE - Distinción entre llegada al exterior de bienes exportados y acreditación en tiempo de esa llegada / REEMBARQUE - Constitución de garantía: finalidad / REEMBARQUE - Prueba. Distinción con prueba de llegada de la mercancía al exterior

En efecto, discurrió la Sala en la sentencia de 8 de febrero de 2001, antes citada: “Si bien el a quo considera que, aún cuando la sociedad demandante no cumplió el requisito de presentar la prueba de reembarque dentro de los 5 meses estipulado en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, la mercancía sí llegó a su destino, y la prueba de ello es que fue preinspeccionada en Miami el 16 de julio de 1996, por lo que no habría lugar a hacer efectiva la Póliza constituida para el efecto. Para la Sala, una cosa es que los bienes exportados lleguen al exterior y otra diferente que se acredite en tiempo tal llegada y bajo tal distinción fáctica hay que interpretar la norma antes transcrita. En efecto la misma es clara al establecer que el declarante debe

presentar una fianza por el doble de los derechos de aduana correspondientes para garantizar la presentación de la prueba de la llegada de esa mercancía a país extranjero, la cual deberá acreditarse dentro de los cinco (5) meses siguientes a la autorización de reembarque. El requisito de la acreditación de la llegada de la mercancía al exterior es la previsión normativa y que debe ser garantizado con fianza; luego no se puede tomar como de recibo el argumento de que tal prueba es “la conducta concluyente de la DIAN” al hacer la preinspección de la mercancía, pues al respecto existe un orden y un procedimiento. La prueba del reembarque debe quedar debidamente allegada a todo el procedimiento aduanero y no puede por ende, modificarse el sentido de la norma para adaptarla a una situación determinada; de ser así no sería necesaria ya que la preinspección sería siempre la prueba del reembarque; por el contrario la prueba de llegada al país extranjero, es la preinspección, pero la prueba del reembarque de la mercancía es la que debe presentarse ante la DIAN en Colombia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2666 DE 1984 – ARTICULO 281

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance del artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 5930, del 8 de febrero de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

REEMBARQUE - Efectivización de garantía por no acreditación oportuna de salida de mercancía del país

La póliza Global de Cumplimiento suscrita por la actora a favor de la DIAN, que se ordenó hacer efectiva mediante los actos acusados, señala como objeto de la misma (folio 9 del cuaderno principal): “ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN ADUANERA Y PARA LA IMPORTACIÓN Y/O EXPORTACIÓN Y/O TRÁNSITO ADUANERO Y/O CABOTAJES...”. De lo reseñado se colige que a lo que se obligó la actora, de acuerdo con el texto del artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, en consonancia con la póliza suscrita, fue a “LA ENTREGA, DENTRO DE LOS QUINCE (15) DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE EMBARQUE, DE UNA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL TRANSPORTADOR DONDE ACREDITE LA SALIDA DE LA MERCANCÍA DEL TERRITORIO ADUANERO NACIONAL, so pena de que se le hiciera efectiva la garantía. Se afirma en la demanda y en el recurso que la actora sí cumplió con dicha obligación, pues reembarcó la mercancía oportunamente, hecho éste del que dio cuenta a la DIAN como respuesta al requerimiento que se le hizo, anexando certificación de salida de la mercancía. Al respecto, cabe señalar, que si bien es cierto que está probado dentro del proceso que la mercancía de la actora salió del país el 1º de febrero de 2001, no lo es menos que no demostró que le hubiera acreditado a la DIAN, para los fines de la cancelación de la póliza, con la certificación, que la mercancía salió del país en dicha fecha. Fue tan solo el 15 de marzo de 2001, conforme obra a folio 13 del cuaderno de antecedentes administrativos, que la demandante remitió a la DIAN la mencionada certificación, es decir, una vez vencidos los 15 días siguientes al embarque.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 307

REEMBARQUE - Prueba de salida de mercancía de territorio aduanero nacional: plazo legal para cumplir ese deber / REEMBARQUE - Constitución de garantía / CARGA DE LA PRUEBA - En salida de mercancía de territorio aduanero nacional le corresponde a importador o transportador

En caso de reembarque, por mandato del artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, debe probarse la salida del territorio nacional aduanero, dentro del término de quince (15) días siguientes a la fecha de embarque, que es frente a lo cual se exige la constitución de la póliza y que se prestó para tal efecto. Es decir, que la sola salida de la mercancía no exonera a la actora de la obligación de acreditar el reembarque con la certificación, ni implica que deba entenderse que con dicha salida la DIAN quedó notificada para que se abstenga de hacer efectiva la póliza. En otras palabras, la carga de demostrar que la mercancía salió del país le corresponde al importador o transportador para que se le cancele la póliza constituida para tal efecto. Ahora, la actora en el recurso sostiene que el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 es claro en establecer como deber de la Administración determinar el valor de los tributos aduaneros como requisito previo, es decir, antes de autorizar el embarque y no que sea un tercero quien realice esta labor, como lo hizo la DIAN, en forma posterior al reembarque, cuando debe ser anterior al mismo. Sobre este aspecto cabe precisar que la situación fáctica que plantea la demandante es irrelevante frente a la legalidad de la exigencia de la efectividad de la garantía, pues lo cierto es que se suscribió la póliza de cumplimiento en los precisos términos que ya se indicaron.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 307

OBLIGACION ADUANERA - Incumplimiento impone efectividad de garantía / REEMBARQUE - Efectividad de garantía por incumplimiento de obligación aduanera / EFECTIVIDAD DE GARANTIA - No constituye sanción / EFECTIVIDAD DE GARANTIA - No es necesario causación de daño patrimonial al Estado

La efectividad de una garantía no constituye una sanción, sino una declaración como consecuencia lógica de la no realización de una conducta, que es lo que configura el incumplimiento de una obligación aduanera. De ahí que tampoco por este aspecto el recurso tenga vocación de prosperidad. Frente a la efectividad de las obligaciones aduaneras es irrelevante la no causación de un daño a los intereses del Estado. Por ello, en lo que respecta a este punto, tampoco el recurso puede prosperar. La sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. también impugnó la decisión de primer grado y en relación con los motivos de inconformidad que planteó, la Sala advierte lo siguiente: Como ya se dijo, la exigibilidad de la garantía no constituye una sanción. Es cierto que la actora reembarcó la mercancía; empero, no cumplió la obligación objeto de la póliza de cumplimiento que suscribió que suscribió. La censura relativa a que no se le dio oportunidad a la compañía aseguradora de ejercer su derecho de defensa ante la DIAN no puede tener la virtualidad de viciar de nulidad la actuación administrativa surtida válidamente frente al tomador y/o afianzado. Finalmente, reitera la Sala que el objeto de los actos acusados no constituye una sanción y para que la DIAN pudiera declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía no era menester la causación previa de un daño al patrimonio del Estado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05057-01

Actor: SUSUKI MOTOR DE COLOMBIA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se deciden los recursos de apelación oportunamente interpuestos por los apoderados de la actora y de la sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** contra la sentencia de 16 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- SUSUKI MOTOR DE COLOMBIA S.A., por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda, tendiente a que mediante sentencia, se declare la nulidad de las Resoluciones núms.3564065500331 de 19 de abril de 2001; 350640065600505 de 11 de junio de 2001; y 350710000717 de 10 de julio de 2001, expedidas por la DIAN, a través de las cuales se declaró el incumplimiento de una obligación aduanera y se ordenó hacer efectiva una obligación.

I.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Que la actora, a través de las Sociedades de Intermediación Aduanera, radicó en la DIAN de Buenaventura el 19 de enero de 2001, bajo el número 35000859, la solicitud de reembarque de una mercancía.

2.- Explica que la mercancía, antes de ser reembarcada al exterior, fue sometida a inspección física el 22 de enero de 2001 y el día 5 de febrero de 2001 la DIAN autorizó y certificó el embarque.

3.- Sostiene que el 27 de febrero de 2001 la DIAN envió por correo a la actora el Oficio núm. 199, solicitándole explicaciones en el término de 10 días; y el 14 de marzo de 2001, la demandante allegó certificación expedida por el transportador marítimo CCNI, que acreditó la salida de la mercancía del territorio nacional.

4.- Que mediante Oficio 356 de 6 de abril de 2001, introducido al correo el 9 de abril de 2001, la DIAN solicitó con carácter urgente la liquidación de los derechos de aduana de la mercancía reembarcada para afectar la póliza global que tiene constituida la demandante en calidad de Usuario Aduanero Permanente, frente a la cual ésta le solicitó a la entidad indicar el hecho típico, antijurídico y la sanción a aplicar, obteniendo como respuesta los actos acusados.

5.- Destaca que la demandada no vinculó al proceso a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y rechazó los recursos por ella interpuestos.

6.- Que la citada compañía aseguradora demandó a la DIAN, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., por los mismos hechos originados en este proceso

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

1.- Que se violó el derecho de defensa y el debido proceso, pues la demandada guardó silencio frente a los argumentos expresados en los escritos contentivos de los recursos de reposición y apelación.

2.-Que no existe el acto de formulación de cargos y, por ende, se estableció una sanción de plano, lo cual está prohibido; y decir que se tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa al poder interponer el recurso de reposición es trastocar la estructura misma de la impugnación en línea vertical.

3.-Que no puede haber sanción con base en interpretación extensiva de la norma. Si la declaratoria de exigibilidad de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales es una sanción, la misma debe estar legitimada en una disposición que así lo indique. Revisadas una a una de las conductas tipificadas como hechos sancionables dentro del régimen de las exportaciones, no se encuentra la descrita en los actos acusados.

4.- Considera que se incurrió en falsa motivación al haber inexistencia del riesgo asegurado. Es diferente el objeto de la póliza de cumplimiento constituida por la actora y el señalado por la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura y no puede afectarse una póliza que no ampara el riesgo que se imputa.

5.- Estima que la DIAN no analizó la naturaleza de la mercancía, es decir, la necesaria para ser sometida a un proceso industrial de ensamble, que guarda relación con la modalidad de transformación o ensamble, caso frente al cual no se liquidan los derechos de aduanas; y la suma exigida por concepto de tributos aduaneros de la respectiva importación correspondiente a la sanción NO está enmarcada dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio.

Insiste en que en la vía gubernativa se le preguntó a la Administración Aduanera cuál era el objetivo del reembarque, es decir, asegurar la salida de la mercancía o allegar dentro de los 15 días siguientes la certificación expedida, frente a lo cual no hubo respuesta.

Aduce que la actora no causó daño a los intereses del Estado Colombiano y la DIAN le ha rendido un culto exagerado a los procedimientos formales.

6.- A su juicio, los actos acusados desconocen el concepto de razonabilidad y no tiene lógica aplicar fríamente un plazo cuando la actividad probatoria que en él debe cumplir el usuario no depende de su exclusiva voluntad, sino de un tercero.

Que la razonabilidad de las sanciones, en el marco de las infracciones administrativas, tiene un claro fundamento en el principio de equidad, que no solo debe predicarse de la obligación sustancial, sino imperar en la aplicación y cuantificación de las sanciones.

7.- Señala que se violó el principio de justicia, pues la conducta del administrado está desprovista de culpa o dolo y no se ha causado ningún perjuicio al Estado.

8.-Considera que la DIAN no tiene competencia para expedir los actos acusados pues no cumplió con el término de 15 días para proferir el acto que ordenó hacer efectiva la garantía.

9.- Que se violó el derecho de defensa y el debido proceso de la compañía aseguradora al no haber sido vinculada a la actuación.

10.- Que se incurrió en falsa motivación, pues existe certeza de que la mercancía efectivamente salió del territorio aduanero colombiano.

11.- Que al haber sido reembarcada la mercancía no se puede ordenar hacer efectiva la póliza so pena de incurrir en enriquecimiento sin causa.

I.4.- La **DIAN**, al contestar la demanda y su adición, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

Que conforme al artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, la garantía en la modalidad de reembarque se constituye para asegurar la entrega dentro de los 15 días siguientes a la fecha del embarque, de la certificación expedida por el transportador donde acredite la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional.

La vigencia de la garantía es de un mes contado a partir de la fecha del embarque, al tenor de lo dispuesto en el artículo 516 de la Resolución 4240 de 2000.

Que, por su parte, el artículo 530 de la citada Resolución establece el procedimiento para hacer efectivas las garantías, cuyo pago no está condicionado a un procedimiento administrativo sancionatorio previo.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda aduciendo, principalmente, lo siguiente:

Que no se violan el derecho de defensa y el debido proceso, pues a la actora se le puso en conocimiento el requerimiento de embarque de mercancía de 26 de febrero

de 2001 (recibido por Aduanimex en representación de la demandante), en el que le otorga el término de 10 días para que presentara las explicaciones que considerara pertinentes y allegara las pruebas que pretendiera hacer valer, so pena de declarar el incumplimiento de la obligación; y a través de escrito radicado el 15 de marzo de 2001, la demandante dio respuesta al requerimiento argumentando que enviaba la certificación expedida por el transportador marítimo CCNI (Compañía Chilena de Navegación Interoceánica), acreditando la salida de la mercancía del territorio nacional aduanero.

Por lo anterior, el a quo consideró que la actora tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa dando explicaciones al requerimiento de reembarque, solo que se limitó a allegar un escrito remitiendo una certificación, es decir, que renunció a la oportunidad dada por la Administración. Que, además, en el presente caso no es procedente hablar de “descargos”, pues la Administración no había hecho formulación de cargos sino un requerimiento de reembarque de una mercancía ante el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999.

Que la actora tenía como obligación presentar el certificado expedido por el transportador que acreditara la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional, lo cual debía hacer dentro de los 15 días siguientes a la fecha del embarque. Que como la solicitud de embarque se hizo el 15 de enero de 2000; el embarque el 1º de febrero de 2001, conforme a la certificación obrante a folio 14 del cuaderno núm. 2; y la presentación de la certificación a la Aduana de Buenaventura se produjo el 15 de marzo de 2001, lo fue en forma extemporánea y una vez practicado el requerimiento de reembarque de la mercancía.

Resalta el a quo que como la DIAN había aprobado la póliza global núm. 16001100031501 de 19 de febrero de 2000 a favor de la Nación-DIAN-, expedida por MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA S.A. y aportada por SUZUKY MOTOR, para continuar ejerciendo la actividad como usuario aduanero permanente, al no haber cumplido la actora con la obligación de presentar dentro de los 15 días siguientes al embarque, el certificado expedido por el transportador, le correspondía a la entidad declarar el incumplimiento garantizado con la póliza y hacerla efectiva.

Sostiene el a quo que conforme al artículo 530 de la Resolución 4240 de 2000, expedida por el Director de la DIAN, el procedimiento administrativo cuyo fin es hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara una obligación aduanera, es diferente e independiente del procedimiento administrativo establecido para la aplicación de sanciones, por lo que en este caso no era procedente dar aplicación a este último, a través de la formulación de cargos.

En cuanto al cargo de falsa motivación, tampoco fue de recibo para el a quo, pues el objeto amparado en la póliza de cumplimiento es muy amplio y abarca el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación aduanera, convenios y demás normas que regulan la materia, por lo que resulta un contrasentido exigir que en una póliza de cumplimiento de tal naturaleza se deban expresar cada una de las obligaciones que consagra el régimen aduanero.

En cuanto a que el incumplimiento se declaró una vez expirada la vigencia de la póliza, el a quo estimó que el cargo no era de recibo, pues el artículo 516 de la Resolución 4240 de 2000 no indica el término que tiene la Administración para declarar el riesgo.

Que en este caso el incumplimiento se produjo durante la vigencia de la póliza, esto es, el 22 de febrero de 2001, cuando debió presentarse la certificación expedida por el transportador acreditando la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional.

Resalta, frente al cargo de no haberse analizado la naturaleza de la mercancía objeto de reembarque, que la DIAN para efectos de determinar la cuantía en que se debía afectar la póliza global, ofició a la SIA (Aduanimex), representante de la actora, para que allegara la liquidación de los tributos aduaneros y así se hizo dando como resultado el valor de \$591.819,809 y en razón de ello la entidad demandada dio aplicación al artículo 530 de la Resolución 4240 de 2000.

Que, además, el artículo 189 del Decreto 2685 de 1999 hace referencia a procedimientos para la importación mas no para el proceso de exportación.

Que no se violaron los principios orientadores consagrados en el artículo 3º del C.C.A., ni el principio de justicia, porque la efectividad de la garantía no es una sanción.

Finalmente, y en lo que atañe a la extemporaneidad para la expedición del acto acusado, el Tribunal estimó que la Administración expidió el acto antes del término, es decir, el 19 de abril de 2001 y el mismo vencía el 20.

III-. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III.1.- El apoderado de la actora señala como motivos de inconformidad, en síntesis, los siguientes:

1.- Que el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 es claro en establecer como deber de la Administración determinar el valor de los tributos aduaneros como requisito previo, es decir, antes de autorizar el embarque y no que sea un tercero quien realice esta labor, como lo hizo la DIAN, en forma posterior al reembarque, cuando es anterior al mismo.

2.- Que el 27 de febrero de 2001 la Administración requirió a la actora para que en el término de 10 días presentara las explicaciones pertinentes y allegara las pruebas que pretendía hacer valer, lo cual hizo con la entrega de la certificación expedida por el transportador acreditando la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional.

Que, además, la DIAN no analizó los planteamientos expuestos en los recursos, por lo cual se violó el derecho del debido proceso.

3.- Que se incurrió en error de hecho en la valoración de las pruebas, pues en la sentencia se afirma que la actora No presentó la certificación expedida por el Transportador dentro del término establecido en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, cuando sí lo hizo.

4.- Que se incurrió en indebida interpretación de las normas aduaneras, al afirmarse en la sentencia que el término de embarque se inicia a partir del 1o de febrero de 2001, siendo que se inicia con la presentación y aceptación, a través del sistema informático aduanero, de una solicitud de autorización de embarque.

Que, además, lo relevante es la salida efectiva al exterior de la mercancía, por lo que se está rindiendo culto a los procedimientos formales desconociendo la verdad real.

5.- Que según el fallo no se dio cumplimiento a los términos previstos en el artículo 530 de la Resolución 4240 de 2000, empero se le exige a la actora el cumplimiento de un término que no depende de su exclusiva voluntad, sino de un tercero, el transportista, todo ello sin tener en cuenta las distancias y circunstancias de fuerza mayor que se pueden interponer frente al interés del usuario.

6.- Que se interpretó indebidamente la legislación de seguros pues la vigencia de la garantía ya había expirado el 5 de marzo de 2001.

7.-Que se violó el debido proceso y el derecho de defensa al no haberse vinculado en la etapa administrativa a la compañía aseguradora.

8.-Que en este caso se le impuso a la actora una sanción que no está reglada y el artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, expresamente prohíbe la aplicación de sanciones por interpretación extensiva.

9.- Resalta que la Administración no analizó la naturaleza de la mercancía para los efectos de la efectividad de la garantía.

Que si la actora no vulneró ningún bien jurídico tutelado y no causó daño a los intereses del Estado, no puede prosperar la sanción.

10.- Expresa que la razonabilidad de las sanciones tiene fundamento en el principio de equidad y en este caso no hubo daño; no se tipificó contrabando ni ocultamiento de la mercancía. Luego ordenar la efectividad de la garantía constituye enriquecimiento sin causa de la Administración.

III.2.-La sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** fincó su inconformidad, en esencia, así:

1.- Que la garantía que exige el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 no cubre el valor de una sanción que la ley no prevé, de manera que exclusivamente se dirige al amparo del pago de los tributos aduaneros que se derivarían, porque la mercancía no se reembarca, es decir, porque no sale del territorio nacional aduanero.

2.- Que la actora cumplió con la obligación del reembarque, luego hacer efectiva la póliza constituye enriquecimiento sin causa de la Administración, amén de que se incurrió en falsa motivación.

Que, además, se debió dar oportunidad a la actora y a la compañía aseguradora para que ejercieran sus derechos de defensa.

3.- Señala que la sanción impuesta no está tipificada, además de que no se ha cometido infracción alguna y ningún daño se ha generado al patrimonio del Estado.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aparece demostrado en el proceso que la mercancía autorizada para reembarque (motocicletas y partes para motocicletas), fue reembarcada hacia el país extranjero el 1o de febrero de 2001 (folio 15 del cuaderno de pruebas).

La controversia en este caso gira en torno de establecer si basta que la actora hubiera reexportado la mercancía en tiempo o si además tenía la obligación de probar la salida ante la Administración dentro del término previsto en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 y, por lo mismo, si se podía o no hacer efectiva la garantía prestada para tal fin.

Prevé la citada norma:

“La Solicitud de Autorización de Embarque deberá presentarse a la Aduana a través del sistema informático aduanero, previa la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros que asegure la entrega, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de embarque, de una certificación expedida por el transportador donde acredite la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional. La garantía se constituirá por el cien por ciento (100%) del valor de los tributos aduaneros que se causarían si la mercancía se sometiera a importación ordinaria, teniendo en cuenta para el efecto su valor CIF. Si la mercancía no estuviere sometida al pago de tributos aduaneros, la garantía se constituirá por el 10% del valor CIF de la misma”.

La Sala en diversas providencias, entre ellas, las sentencias de 6 de septiembre de 1999 (Expediente núm. 5362, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa); 7 de septiembre de 2000 (Expediente núm. 6037, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola) y 8 de febrero de 2001 (Expediente núm. 5930, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), reiteradas en sentencia de 6 de julio de 2006 (Expediente 01053, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), precisó, frente a asuntos similares al que ahora ocupa su atención y en relación con una norma del Decreto 2666 de 1984, de contenido semejante al de la norma transcrita, que del texto de dicha disposición se extrae que una cosa es que los bienes exportados lleguen al exterior y otra diferente que se

acredite en tiempo tal llegada y que bajo esa distinción fáctica es como se debe interpretar la norma en mención.

En efecto, discurrió la Sala en la sentencia de 8 de febrero de 2001, antes citada:

“Si bien el a quo considera que, aún cuando la sociedad demandante no cumplió el requisito de presentar la prueba de reembarque dentro de los 5 meses estipulado en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, la mercancía sí llegó a su destino, y la prueba de ello es que fue preinspeccionada en Miami el 16 de julio de 1996, por lo que no habría lugar a hacer efectiva la Póliza constituida para el efecto.

Para la Sala, una cosa es que los bienes exportados lleguen al exterior y otra diferente que se acredite en tiempo tal llegada y bajo tal distinción fáctica hay que interpretar la norma antes transcrita.

En efecto la misma es clara al establecer que el declarante debe presentar una fianza por el doble de los derechos de aduana correspondientes **para garantizar la presentación de la prueba de la llegada de esa mercancía a país extranjero**, la cual deberá acreditarse dentro de los cinco (5) meses siguientes a la autorización de reembarque.

El requisito de la acreditación de la llegada de la mercancía al exterior es la previsión normativa y que debe ser garantizado con fianza; luego no se puede tomar como de recibo el argumento de que tal prueba es “la conducta concluyente de la DIAN” al hacer la preinspección de la mercancía, pues al respecto existe un orden y un procedimiento.

La prueba del reembarque debe quedar debidamente allegada a todo el procedimiento aduanero y no puede por ende, modificarse el sentido de la norma para adaptarla a una situación determinada; de ser así no sería necesaria ya que la preinspección sería siempre la prueba del reembarque; por el contrario la prueba de llegada al país extranjero, es la preinspección, pero la prueba del reembarque de la mercancía es la que debe presentarse ante la DIAN en Colombia.

A propósito del tema, esta Corporación ya se ha pronunciado en varias ocasiones.

En sentencia de septiembre 6 de 1999, expediente 5362 Magistrado Ponente Doctor Juan Alberto Polo Figueroa:

En el asunto controvertido, la decisión adoptada, esto es, declarar el incumplimiento de la obligación aduanera y ordenar hacer efectiva la póliza fue el

resultado de no haber presentado la consularización certificada tantas veces mencionada dentro de los cinco (5) meses siguientes al 30 de septiembre de 1993, fecha del auto No. 10870, por medio del cual se autoriza el reembarque de la máquina para lavar aviones, de que dan cuenta los actos acusados, y se deja expresa constancia de que “ los interesados deben presentar la certificación de la llegada de la mercancía debidamente consularizada en el término de cinco (5) meses a partir de esta providencia, con el fin de cancelar la garantía constituida y en los términos del artículo 281 del decreto 2666 de 1984 no fue para garantizar el reembarque y su efectiva llegada a un país extranjero lo cual, a juicio de la actora, sería su “obligación sustancial” sino para garantizar la presentación de la prueba de la llegada a país extranjero que son objetos y riesgos asegurados muy diferentes. Y esa “presentación de la prueba” no queda al arbitrio de los interesados, ni siquiera de la autoridad aduanera, pues es la ley la que señala un término preclusivo para ello.

En sentencia de fecha abril 13 del 2000, expediente 5923, Magistrado Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

Como quiera que la autorización para el reembarque le fue otorgada a la actora mediante auto de 12 de diciembre de 1994 y ésta solo vino a cumplir con la obligación de presentar la prueba de la llegada de la mercancía al lugar de destino, Costa Rica, el 5 de julio de 1995, según consta en autos, es claro que excedía en casi tres meses, el término que tenía para el efecto, el cual se le vencía el 12 de abril del mismo año. Así las cosas, ha de concluirse que en el caso del sub lite, la actora no dio cumplimiento oportuno a la exigencia prevista en el artículo 281 de l Decreto 2666 de 1985.” (Expediente 5923, Magistrado Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa)

Precisa la Sala que, como ya se advirtió, una cosa es que la mercancía llegue al exterior y otra diferente que se pruebe tal hecho, no es asunto que deba debatirse la responsabilidad de sociedades de intermediación aduanera ya que FRONTIER DE OCCIDENTE fue la persona que, en desarrollo de su actividad, solicitó el reembarque de la mercancía llegada al país sin verificación preembarque, y se comprometió a cumplir con las obligaciones legales que rigen dicho Régimen, entre ellas el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 281 del Decreto 2666 de 1984, para el cual garantizó tal cumplimiento mediante una Póliza...”.

La póliza Global de Cumplimiento suscrita por la actora a favor de la DIAN, que se ordenó hacer efectiva mediante los actos acusados, señala como objeto de la misma (folio 9 del cuaderno principal):

“ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACIÓN ADUANERA Y PARA LA IMPORTACIÓN Y/O EXPORTACIÓN Y/O TRÁNSITO ADUANERO Y/O CABOTAJES....”.

De lo reseñado se colige que a lo que se obligó la actora, de acuerdo con el texto del artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, en consonancia con la póliza suscrita, fue a **“LA ENTREGA, DENTRO DE LOS QUINCE (15) DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE EMBARQUE, DE UNA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL TRANSPORTADOR DONDE ACREDITE LA SALIDA DE LA MERCANCÍA DEL TERRITORIO ADUANERO NACIONAL,** so pena de que se le hiciera efectiva la garantía.

Se afirma en la demanda y en el recurso que la actora sí cumplió con dicha obligación, pues reembarcó la mercancía oportunamente, hecho éste del que dio cuenta a la DIAN como respuesta al requerimiento que se le hizo, anexando certificación de salida de la mercancía.

Al respecto, cabe señalar, que si bien es cierto que está probado dentro del proceso que la mercancía de la actora salió del país el 1º de febrero de 2001, no lo es menos que no demostró que le hubiera acreditado a la DIAN, **para los fines de la cancelación de la póliza, con la certificación, que la mercancía salió del país en dicha fecha.** Fue tan solo el 15 de marzo de 2001, conforme obra a folio 13 del cuaderno de antecedentes administrativos, que la demandante remitió a la DIAN la mencionada certificación, es decir, una vez vencidos los 15 días siguientes al embarque.

En caso de reembarque, por mandato del artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, debe probarse la salida del territorio nacional aduanero, dentro del término **de quince (15) días siguientes a la fecha de embarque**, que es frente a lo cual se exige la constitución de la póliza y que se prestó para tal efecto. Es decir, que la sola salida de la mercancía no exonera a la actora de la obligación de acreditar el reembarque con la certificación, ni implica que deba entenderse que con dicha salida la DIAN quedó notificada para que se abstenga de hacer efectiva la póliza.

En otras palabras, la carga de demostrar que la mercancía salió del país le corresponde al importador o transportador para que se le cancele la póliza constituida para tal efecto.

Ahora, la actora en el recurso sostiene que el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 es claro en establecer como deber de la Administración determinar el valor de los tributos aduaneros como requisito previo, es decir, antes de autorizar el embarque y no que sea un tercero quien realice esta labor, como lo hizo la DIAN, en forma posterior al reembarque, cuando debe ser anterior al mismo.

Sobre este aspecto cabe precisar que la situación fáctica que plantea la demandante es irrelevante frente a la legalidad de la exigencia de la efectividad de la garantía, pues lo cierto es que se suscribió la póliza de cumplimiento en los precisos términos que ya se indicaron.

Tampoco se vislumbra la violación del derecho de defensa y el debido proceso frente al argumento de la actora consistente en que no se estudiaron los planteamientos expuestos en los recursos, pues del contenido de los actos acusados se advierte que la DIAN se refirió a la pretermisión de términos; a la interpretación extensiva de las normas; a la no tipificación de conducta sancionable; a la proporcionalidad y

razonabilidad de la sanción; a la extemporaneidad en la expedición del acto principal (folios 56 a 64 y 70 a 73 del cuaderno principal), aspectos estos señalados en el escrito visible a folios 74 a 94, ibídem.

No advierte la Sala el error de hecho en la valoración de las pruebas que se le endilga al a quo, pues la sentencia no afirma que la actora no hubiera presentado la certificación expedida por el Transportador, sino que no lo hizo dentro del término establecido en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999.

Tampoco se observa la indebida interpretación de las normas aduaneras que se le atribuye a la sentencia apelada, ya que dicha sentencia alude a que el término de embarque se inicia a partir del 1o de febrero de 2001, como se deduce de la certificación obrante a folio 14 del cuaderno de antecedentes, ALLEGADA POR LA ACTORA A LA DIAN.

En cuanto al argumento de la actora consistente en que se le exigió el cumplimiento de un término que no depende de su exclusiva voluntad, sino de un tercero: el transportista, tampoco es de recibo, pues en parte alguna de la demanda se invoca la ocurrencia de fenómenos eximentes de responsabilidad.

Cabe resaltar también que una cosa es la vigencia de la garantía y otra muy distinta la declaratoria de incumplimiento y exigibilidad de la misma. Por ello, en lo que atañe a este aspecto, tampoco tiene sustento jurídico la inconformidad de la demandante.

Ahora, la violación del debido proceso y del derecho de defensa al no haberse vinculado en la etapa administrativa a la compañía aseguradora no es un cargo que corresponda formular a la demandante sino directamente a la afectada.

La efectividad de una garantía no constituye una sanción, sino una declaración como consecuencia lógica de la no realización de una conducta, que es lo que configura el incumplimiento de una obligación aduanera. De ahí que tampoco por este aspecto el recurso tenga vocación de prosperidad.

Frente a la efectividad de las obligaciones aduaneras es irrelevante la no causación de un daño a los intereses del Estado. Por ello, en lo que respecta a este punto, tampoco el recurso puede prosperar.

La sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** también impugnó la decisión de primer grado y en relación con los motivos de inconformidad que planteó, la Sala advierte lo siguiente:

Como ya se dijo, la exigibilidad de la garantía no constituye una sanción.

Es cierto que la actora reembarcó la mercancía; empero, no cumplió la obligación objeto de la póliza de cumplimiento que suscribió que suscribió.

La censura relativa a que no se le dio oportunidad a la compañía aseguradora de ejercer su derecho de defensa ante la DIAN no puede tener la virtualidad de viciar de nulidad la actuación administrativa surtida válidamente frente al tomador y/o afianzado.

Finalmente, reitera la Sala que el objeto de los actos acusados no constituye una sanción y para que la DIAN pudiera declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía no era menester la causación previa de un daño al patrimonio del Estado.

Así pues, los cargos de la demanda no tenían vocación de prosperidad, razón por la que la sentencia apelada debe confirmarse, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de junio de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO