

MERCANCIA CONSOLIDADA - Definición: agrupación en un contenedor o unidad de carga / MERCANCIA CONSOLIDADA - Indicación en los documentos de transporte / CONTENEDOR COMPLETO - Full Container Load FCL/FCL: Se envía la mercancía que está suelta sin, agrupar

De las pruebas aportadas al expediente, se observa a folio 14 del cuaderno 2, el documento de transporte número MSCUSF132001, remitido a nombre del Agente de Carga "CIRCLE FREIGHT", en el que se relacionó la mercancía enviada como contenedor "FCL/FCL" correspondiente a las siglas en inglés de Full Container Load, es decir, contenedor completo. Con este documento se evidencia claramente sin lugar a dudas, que la carga objeto de controversia se envió en el citado contenedor completo (FCL) y, según lo ha señalado esta Sala, se entiende que por el FCL se envía la mercancía que está suelta- sin agrupar- a través de un embarcador directo mas no la carga que es consolidada o agrupada. (...) De lo anterior (Sentencia del 6 de agosto de 2004, Radicado 2002-0281, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) se concluye entonces, que según la noción aportada por la Organización Mundial del Comercio, para determinar que una carga es consolidada, es necesario tener en cuenta que la mercancía haya sido agrupada en un contenedor o unidad de carga. Así mismo esta Corporación en sentencia del 27 de marzo de 2008, Radicación número: 2001-00112-01, Actora: BAYER DE COLOMBIA S.A., Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- Consejero ponente: doctor CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, señaló que para verificar que una mercancía es consolidada es necesario que así se indique en los documentos de transporte respectivos. (...) Así las cosas, en el caso que nos ocupa se concluye entonces que la carga en cuestión no era consolidada, toda vez que en los documentos de transporte se indicó que se trataba de una carga "FCL/FCL" -Full Container Load- lo que traduce contenedor completo, es decir, que la mercancía allí contenida no había sido agrupada o consolidada, sino que por el contrario contenía carga suelta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre mercancía consolidada sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 6 de agosto de 2004, Radicado 2002-0281, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; y del 27 de marzo de 2008, Radicado 2001-00112, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

CARGA FULL CONTAINER LOAD - No es consolidada o agrupada sino mercancía suelta / OBLIGACIONES DEL TRANSPORTADOR - Mercancía consolidada: indicación en documento consolidador y documentos de transporte hijos / TRANSPORTADORES DE CARGA SUELTA - No tienen la obligación de presentar documentos de transporte Hijos

De los apartes transcritos (Memorandos números 147 del 4 de marzo de 2002 y 443 del 20 de junio de la misma anualidad) y teniendo en cuenta que efectivamente los Memorandos expedidos por la DIAN tienen una función meramente orientadora e informativa, se concluye que la carga FCL/FCL (Full Container Load) no es consolidada, por cuanto en dicho caso se actúa como embarcador directo, además que, como ya se dijo, no se trata de carga agrupada (o consolidada) sino de mercancía suelta. Así mismo, se infiere que los Agentes de Carga Internacional actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que viene en el contenedor, es decir que la información de los documentos master e hijo, coincide en la cantidad y peso. Ahora, observa la Sala que en el Memorando 0443 transcrito, la DIAN señaló que los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, debían presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, sin importar si

ostentaban la calidad de embarcadores directos o de consolidadores de carga. Al respecto, cabe anotar que el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, sólo impone dicha obligación a los que transportan carga consolidada (...) Lo anterior pone en evidencia que la Ley sólo impuso la obligación de presentar las Guías Hijas a los transportadores de carga agrupada o consolidada, pues en ningún momento estipuló dicho deber para los transportadores de carga suelta. Es claro entonces, que si el legislador hubiese tenido la intención de imponer tal deber para todas las mercancías en general, no habría especificado la clase de sujeto pasivo de dicha obligación al señalar: “cuando se trate de carga consolidada...”. Así mismo y en virtud de que el artículo transcrito no impuso la obligación de presentar documentos de transporte Hijos para las mercancías sin consolidar, resulta claro colegir que la conducta de la sociedad demandante tampoco se subsumió en ninguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo que la entidad demandada no estaba facultada para aprehender la mercancía y por ende, la parte actora no estaba obligada a cancelar el 20% de sanción por concepto de rescate constituyéndose tal cancelación en “un pago de lo no debido”, pues es evidente que si la actora efectuó tal depósito lo hizo para evitar la referida aprehensión y para cumplir con sus obligaciones comerciales. Consecuentemente con lo anterior, los cargos de la demanda estaban llamados a prosperar de ahí que se imponga para la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: MEMORANDO 147 DE 2002 (MARZO 4) – DIAN / MEMORANDO 443 DE 2002 (JUNIO 20) – DIAN / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 96 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 502

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02397-01

Actor: MARIO LONDOÑO SIA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- contra la sentencia de 17 de octubre de

2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- MARIO LONDOÑO SIA S.A., a través de apoderada, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la Resolución número 0054 del 7 de junio de 2001, mediante la cual la División de Recaudación y Cobranzas de la Administración Especial de Buenaventura, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, rechazó la solicitud de devolución por pago de lo no debido por concepto del 20% de rescate de legalización en la Declaración número 23030315591-5 presentada en agosto de 2002.

2ª: Es nula la Resolución número 1044 del 6 de diciembre de 2004, mediante la cual la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Buenaventura, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, resolvió en forma desfavorable, el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto administrativo mencionado en el numeral 1º.

3ª: Como consecuencia de la declaratoria anterior, y a manera de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada la devolución de ciento treinta y cuatro millones trescientos sesenta y un mil quinientos siete pesos M/Cte (\$134.361.507) suma cancelada en la declaración número 23030315591-5 presentada en agosto de 2002, correspondiente al valor que se debió cancelar por concepto del 20% de

rescate sobre el valor de la mercancía declarada y que constituye pago de lo no debido.

I.2.- La parte actora, en síntesis, fundamentó sus hechos de la siguiente forma:

Señaló que el 13 de agosto de 2002, arribó al Puerto de Buenaventura una carga consignada a nombre del Agente de Carga Internacional CIRCLE FREIGHT DE COLOMBIA LTDA NIT 860.500.457-8, cuyo importador era PAPELES DEL CAUCA NIT 81.700.267-6, la cual estaba amparada en el documento de transporte número MSCUSF 132001, documento que cumplió con todas las formalidades aduaneras para su presentación, al cual la DIAN le otorgó el manifiesto de carga número 352002000675.

Indicó que una vez terminados los tramites de presentación del documento de transporte se inició la nacionalización de la mercancía, no obstante, la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Buenaventura expresó su negativa por cuanto consideró un supuesto incumplimiento de lo establecido en el Memorando número 0443 del 20 de junio de 2002.

Expresó que el Memorando citado establecía la obligación que tenía el Agente de Carga de desconsolidar los documentos de transporte master por tratarse de carga consolidada, por lo que se le informó a la parte actora que debía legalizar de manera inmediata la misma pagando, además de los tributos aduaneros, un rescate voluntario de la mercancía equivalente al 20% sobre el valor en aduana de la carga o de lo contrario ésta sería aprehendida.

Agregó que le indicaron que la causal de aprehensión se tipificó por cuanto existía un documento hijo que no había sido presentado ante la autoridad aduanera de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, lo cual había generado el incumplimiento de las funciones como Agente de Carga.

Precisó que en virtud de lo anterior, la sociedad actora elevó solicitud radicada bajo el número 016305 del 15 de abril de 2004, por la que requirió a la demandada la devolución de las sumas pagadas y no debidas, en el formato establecido por la DIAN para tal fin.

Informó que en respuesta a tal petición, la División de Recaudos y Cobranzas de la Administración Especial de Buenaventura expidió la Resolución número 0054 del 7 de junio de 2004, por medio de la cual rechazó la solicitud de devolución.

Manifestó que contra la anterior Resolución interpuso recurso de reconsideración, el cual se resolvió en forma desfavorable mediante Resolución número 1044 del 6 de diciembre de 2004, expedida por la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Buenaventura.

I.3.- En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Indicó que se le *aplicó una causal de nulidad de aprehensión por interpretación extensiva*, pues según el artículo 502, numeral 1.3, del Decreto 2685 de 1999, solo se generan causales de aprehensión cuando:

a. No se entregue el manifiesto de carga consolidada:

En este caso se trataba de un contenedor FCL/FCL y en ningún momento se indicó que se refería a Carga Consolidada y, la existencia de un BL Hijo no le da dicha característica a la mercancía.

Según lo ha señalado la Oficina Jurídica de la DIAN, para hablar de Carga Consolidada es necesario que en la descripción del documento de transporte así se mencione, situación que no se refleja en el documento de transporte número 352002000675, no estando la empresa actora en la obligación de desconsolidar los documentos de transporte hijos, pues los mismos no existen.

b. El Agente de Carga Internacional no entregue los documentos de transporte que le corresponden dentro de la oportunidad legal establecida para ello.

Esta circunstancia tampoco se aplica al caso bajo estudio, pues el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, establece una obligación para la Carga Consolidada y lo que el actor negoció fue un Full Container Load (FCL), fácilmente demostrable pues el Master y el BL Hijo en su contenido eran exactamente iguales.

Sostuvo que, igualmente, se presenta una *falta de causa o inexistencia de la obligación*, toda vez que no había fundamento jurídico para la exigencia de una legalización tal como lo hizo la Aduana de Buenaventura, puesto que el Agente de Carga no tenía la obligación de desconsolidar los documentos de transporte, pues la mercancía no se anunció como Carga Consolidada o Agrupada, sino que se trataba de un contenedor FCL (que contiene mercancía suelta sin agrupar).

Alegó que el pago del 20% para rescate, objeto de controversia, se efectuó como consecuencia de la comunicación número 939 del 23 de agosto de 2002, emanada de la Subdirectora de Comercio Exterior, quien manifestó que la parte actora no presentó el documento BL Hijo dentro de los términos del artículo 96 del

Decreto 2628 de 2002, por lo que se había configurado una causal de aprehensión de mercancía.

Adujó que los actos administrativos siempre deben ir precedidos de los principios orientadores del C.C.A. y en especial del principio recogido por el artículo 2 “literal b” (sic) que establece el principio de justicia.

Precisó que los actos administrativos atacados se fundamentaron en una *falsa motivación*, toda vez que la Administración de Aduanas de Buenaventura basó su rechazo en el Memorando número 443 del 29 de junio de 2002, dirigido, entre otras, a las Administraciones Especiales de Cartagena y Buenaventura, con el cual se reconsideró lo expresado en el Memorando 147 que disponía, entre otras cosas, lo siguiente:

“Cuando se actúa como embarcador directo, los documentos de transporte a pesar de venir consignados a nombre de un agente de carga internacional bienes negociados bajo la modalidad FCL/FCL (Full Container Load), CY/CY (Container Yard) o H/H (House to House), lo que significa que la carga no es consolidada, ya viene consignada a un solo consignatario y para notificar a un solo usuario.

En este evento, el transportador es el único obligado a entregar el manifiesto de carga y los documentos de transporte por él expedidos a la autoridad aduanera, con los cuales se deben efectuar los trámites inherentes al proceso de importación”.

Agregó que aunque el Memorando 147 citado, tampoco fue comunicado, publicado ni notificado a los usuarios externos de la DIAN, ese era el actuar de los Agentes de Carga Internacional pues es lo que exige la norma aduanera.

Indicó que la Administración de Buenaventura no puede basar la decisión objeto de análisis, en unos Memorandos no publicados y menos pueden cobijar sus decisiones en la existencia del Memorando 443 del 20 de junio de 2002, pues los

funcionarios deben actuar de acuerdo con la Ley, y, la norma es muy clara al establecer la causal de aprehensión cuando se trata de Carga Consolidada.

Argumentó que la sociedad actora tiene derecho a la devolución del dinero consignado por el pago de lo no debido, pues concurren los tres elementos para su procedencia, a saber:

1.**EL PAGO.** Circunstancia que se dio al cancelarse el valor con la Declaración número 230300315591-5 del 29 de agosto de 2002.

2.**UN ERROR DE DERECHO EN EL SOLVENS.** Se legalizó por presión de la DIAN, pues no se podía esperar a que se efectuara la aprehensión de la mercancía, ya que se trataba de materia prima que por ninguna circunstancia podía retrasar el proceso para el cual venía destinada.

3.**FALTA DE CAUSA O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.** No existía fundamento jurídico para la exigencia de una legalización como lo hizo la Aduana de Buenaventura puesto que el Agente de Carga no tenía la obligación de desconsolidar los documentos de transporte, pues tal y como se ha dicho se trataba de un contenedor FCL/FCL. (Folios 77 a 86 del expediente).

I.3.- La DIAN contestó la demanda y, en síntesis, fundamentó su oposición, de la siguiente forma:

Aseveró que si bien es cierto que el Agente de Carga Internacional entregó oportunamente el Documento de Transporte Master ante la autoridad aduanera, no es menos cierto, que éste tenía la obligación de presentar el BL Hijo número 2535sfsbu02 dentro de los términos establecidos en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 1º del Decreto 2628 de 2001, independientemente de que hubiese actuado como embarcador directo o como

consolidador de carga, ya que al momento de la nacionalización, el documento necesario es el BL Hijo.

Argumentó que la parte actora tuvo la oportunidad de legalizar la mercancía, pero para esto debió cancelar el valor de la legalización, pues la obligación aduanera comprende, entre otros conceptos, la presentación de la declaración de importación, y el pago de los tributos aduaneros y sanciones a que haya lugar.

Explicó que al no haber desconsolidado la sociedad demandante el BL Hijo se generó causal de aprehensión.

Finalmente, propuso la excepción de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, habida cuenta de que la demanda se dirigió contra la Unidad Administrativa Especial DIAN y no contra la Nación, quien es el ente facultado para responder por tener personería jurídica para actuar. (Folios 111 a 115 del expediente)

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 17 de octubre de 2008, accedió las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la DIAN no estaba llamada a prosperar, por no constituirse en un medio exceptivo con idoneidad para neutralizar las pretensiones incoadas; además

porque de conformidad con lo preceptuado por el artículo 149 del C.C.A., la representación de las entidades públicas en los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones recae en el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, autoridad a la que se le notificó el proceso de la referencia.

Expresó que haciendo una interpretación del artículo 69 del Decreto 2685 de 1999, se deduce que en el modo de transporte marítimo, el Agente de Carga, dentro del término perentorio de 24 horas, está en la obligación de i) transmitir electrónicamente la información relacionada con la “carga consolidada”, misma obtenida de los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos, o ii) incorporarla al sistema informático.

Agregó que cuando se trata de Carga Consolidada, esta información debe aparecer en la descripción del documento de transporte, que es la prueba idónea para establecer si la carga responde al criterio de “consolidada”.

Manifestó que en el caso sub-examine, el documento de transporte MSCUSF132001 registra la modalidad de FCL/FCL -carga suelta sin agrupar-, por lo que la parte demandante no estaría en la obligación de presentar los documentos Hijos.

Precisó que de la conceptualización del término de Carga Consolidada, entendido como la actividad de agrupar en un contenedor o unidad de carga, bienes o mercancías de varios exportadores para ser transportada a un sitio específico; y del término Contenedor FCL/FCL, entendido como aquel que contiene carga de un solo propietario, contenedor completo, pero que en el puerto de destino será responsable por la desconsolidación de la carga, ya que tiene carga suelta que fue

vendida a uno o varios consignatarios, fácilmente se puede colegir que en el sub-lite se trata de la segunda situación.

Aseveró que el Consejo de Estado sobre el concepto de Carga Consolidada, señaló que al no existir en la norma aduanera definición de este concepto, la DIAN se vio precisada a acudir a doctrina extranjera, concluyendo que lo determinante de cada una de las definiciones es que la mercancía sea agrupada en un contenedor o unidad de carga, tomando como definición, por excelencia, la de la Organización Mundial del Comercio, en la que no se considera presupuesto de esta actividad el hecho de que la mercancía venga dirigida a varios consignatarios.

Señaló que en la demanda no se cuestionó la entrega oportuna del documento master, sino el hecho de no haber entregado en la misma oportunidad el documento Hijo, situación a la que no estaba obligado el Agente de Carga de la Sociedad actora.

En consecuencia, el a-quo estimó procedente acceder a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenando, a título de restablecimiento del derecho, la devolución del 20% cancelado a la demandada como rescate de la carga. (Folios 179 a 195 del expediente).

III- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada finca su inconformidad con el fallo apelado, en esencia, en lo siguiente:

Manifestó que el hecho de que el Agente de Carga Internacional actúe como embarcador directo, no lo exime de responsabilidad de presentar el documento de transporte BL Hijo, por lo tanto la no presentación de este documento da lugar a la aprehensión de la mercancía.

Agregó que en este caso y ante la posibilidad de la aprehensión de la mercancía de acuerdo con el artículo 231 del Decreto 2685 de 1999, la parte demandante presentó el pago voluntario de rescate, el cual se efectuó con el 20% del valor en aduana de la mercancía, porcentaje éste debido a que la autoridad no había realizado ninguna intervención, porque de lo contrario se hubiese impuesto una sanción del 50% del valor mencionado.

Añadió que en virtud de lo anterior, los actos administrativos acusados no son improcedentes, ya que reiteran la obligación de la empresa demandante, referente a la realización permanente de seguimiento de sus operaciones donde comprometen el buen nombre de la misma.

Frente al principio de legalidad, indicó que los actos administrativos objeto de la controversia fueron expedidos por funcionarios de la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura, en ejercicio de sus funciones, de manera diligente y en obediencia a la Constitución y la Ley.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Caso Concreto:

El presente asunto se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones números 0054 del 7 de junio de 2001 y 1044 del 6 de diciembre de 2004, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, mediante las cuales, respectivamente, se rechazó la solicitud de devolución “por pago de lo no debido” del 20% de rescate de legalización cancelado en la Declaración número 23030315591-5 presentada en agosto de 2002; y, se resolvió, en forma desfavorable, el recurso de reconsideración interpuesto contra la primera Resolución.

Adujo la sociedad demandante, que tal pago se efectuó como producto de la comunicación número 939 del 23 de agosto de 2002, a través de la cual, la demandada informó que al no haberse presentado el BL Hijo dentro del término establecido por el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, se configuraba la causal de aprehensión de mercancía, procediendo la parte actora a efectuar la citada cancelación del 20% de rescate de legalización, para evitar la anunciada aprehensión y cumplir con los compromisos comerciales respectivos.

Precisó que el requerimiento solicitado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Buenaventura- no es procedente, toda vez que el Agente de Carga de la sociedad demandante no tenía la obligación de presentar la Guía Hija, por cuanto no se trataba de una mercancía consolidada, sino de carga suelta proveniente de un embarcador directo, ya que el envío correspondió a un Contenedor Completo

“FCL/FCL”, el cual es llenado por el usuario con su propia carga, por lo que al ser de un solo propietario y estar dirigido a un solo consignatario, solo es necesaria la presentación de un documento Master.

En este orden de ideas, entrará la Sala a determinar lo siguiente:

- a) Si la mercancía consignada al Agente de la sociedad actora tenía la calidad de mercancía suelta- sin agrupar- desconsolidada, o, por el contrario, se trata de carga agrupada o consolidada.
- b) Si el Agente de Carga Internacional cumplió con todos los requisitos establecidos por la legislación aduanera colombiana para el ingreso de dicha mercancía al país, o, en su defecto, se incurrió en alguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Una vez establecido lo anterior, esta Corporación podrá determinar si es o no procedente la devolución del 20% de rescate de legalización consignado por la parte actora a favor de la DIAN, por constituirse “un pago de lo no debido”.

De las pruebas aportadas al expediente, se observa a folio 14 del cuaderno 2, el documento de transporte número MSCUSF132001, remitido a nombre del Agente de Carga “CIRCLE FREIGHT”, en el que se relacionó la mercancía enviada como contenedor “FCL/FCL” correspondiente a las siglas en inglés de Full Container Load, es decir, contenedor completo.

Con este documento se evidencia claramente sin lugar a dudas, que la carga objeto de controversia se envió en el citado contenedor completo (FCL) y, según lo ha señalado esta Sala, se entiende que por el FCL se envía la mercancía que está

suelta- sin agrupar- a través de un embarcador directo **mas no la carga que es consolidada o agrupada.**

En efecto, en sentencia del 6 de agosto de 2004, Radicación número: 2002-0281-01 Actor: I.B.M. DE COLOMBIA S.A. Demandado: DIAN DE BOGOTA, Consejero ponente: doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, se señaló lo siguiente:

“ (...)

3. ... conviene aclarar que en la normativa aduanera no hay definición del concepto de mercancía consolidada, de allí que la DIAN se apoye en la doctrina extranjera, y es así como en su Concepto 131 de 2 de enero de 2004 dice que ante esa circunstancia acude a definiciones como las siguientes:

De la Cámara de Comercio de Valencia, España, que precisa que “CARGA CONSOLIDADA es la actividad de agrupar en un contenedor o unidad de carga, bienes o mercancías de varios exportadores para ser transportadas a un destino específico”;

La dada por Bancomext de México, en el sentido de que “es el agrupamiento de mercancías pertenecientes a varios consignatarios, reunidas para ser transportadas en contenedores, siempre que estén amparadas en un mismo documento de transporte”;

La de la O.M.C. según la cual ‘se entiende por Carga unitarizada’ ‘el sistema empleado para transportar mercancías que siendo embaladas en pequeños grupos, se consolida o agrupa en un solo envase de gran tamaño, con el fin de evitar que las mercancías se destruyan o sean sustraídas con facilidad, y al mismo tiempo, para facilitar su manipuleo y lograr gran rapidez en las operaciones de carga o descarga’.

En dicho concepto la DIAN concluye que de esas definiciones el elemento más importante no es el que las mercancías vengan con destino a varios consignatarios. Lo determinante de cada una de las definiciones es que las mercancías sean agrupadas en un contenedor o unidad de carga, de ahí que la definición por excelencia a nivel mundial sea la de la O.M.C. en la que no se considera para nada, como presupuesto de esta actividad, que la mercancía venga dirigida a varios consignatarios.

(...). (Subrayas y Negrillas fuera del texto)

De lo anterior se concluye entonces, que según la noción aportada por la Organización Mundial del Comercio, para determinar que una carga es consolidada, es necesario tener en cuenta que la mercancía haya sido **agrupada** en un contenedor o unidad de carga.

Así mismo esta Corporación en sentencia del 27 de marzo de 2008, Radicación número: 2001-00112-01, Actora: BAYER DE COLOMBIA S.A., Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- Consejero ponente: doctor CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, señaló que para verificar que una mercancía es consolidada es necesario que así se indique en los documentos de transporte respectivos. La mencionada providencia precisó:

“En cuanto a la falta de descripción de la mercancía, la actora sostiene que cuando se trata de ‘*carga consolidada*’, debe indicarse de esa manera en el manifiesto de carga, sin requerir especificaciones que la identifiquen. **La Sala en sentencia de 22 de marzo de 2007** ¹ **precisó que en el documento consolidador o guía general, y en las guías o documentos hijos debe indicarse que se trata de ‘carga consolidada’.** Dijo la Sala:

‘El artículo 6º de la Resolución Núm. 371 de 30 de diciembre de 1992 fija los requisitos básicos mínimos de dicho manifiesto, a saber: Relación y peso de todos los bultos que conforman la carga que va a ser descargada en el lugar de arribo; Relación de todas las guías aéreas, conocimientos de embarque o cartas de porte, según el caso; **Indicación de ‘carga consolidada’ cuando así viniere; señalándose la guía general y las guías que conforman la carga consolidada;** Identificación y firma del capitán o conductor del medio de transporte; y En los eventos de trasbordo, la indicación de esta circunstancias.

(...)

Como se observa, **la guía aérea, o sus equivalentes (conocimiento de embarque o guía**

¹ Expediente: 2001-00184-01. Actora: PANALPINA S.A. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

carta de porte), sirven de fundamento al manifiesto de carga y con él constituyen lo que se denomina “documentos de viaje”, según la definición que de ese concepto trae el Estatuto Aduanero.

(...)

Cuando la mercancía es consolidada, así debe indicarse tanto en el documento consolidador o guía aérea o general, y en las guías aéreas o documentos de transporte hijos o los documentos que les sirven de soporte, pues si así no se indica en todos ellos y la mercancía se discrimina en cualquiera de los mismos, especialmente en los segundos, la mercancía debe coincidir con su descripción genérica y relación en la guía aérea respectiva.’ (negrilla fuera de texto)

De esa manera, para tener la carga como ‘consolidada’, era necesario que la actora presentara entre otros documentos la guía hija, y que constara en la guía máster que se trataba de ‘carga consolidada’, pero no ocurrió de esa manera, incurriendo así en el supuesto fáctico establecido en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992.” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Así las cosas, en el caso que nos ocupa se concluye entonces que la carga en cuestión no era consolidada, toda vez que en los documentos de transporte se indicó que se trataba de una carga “FCL/FCL” -Full Container Load- lo que traduce **contenedor completo**, es decir, que la mercancía allí contenida no había sido agrupada o consolidada, sino que por el contrario contenía carga suelta.

Ahora, el a-quo, mediante auto del 27 de enero de 2006, ordenó oficiar a la demandada para que allegara a la actuación copia de los Memorandos números 147 del 4 de marzo de 2002 y 443 del 20 de junio de la misma anualidad, referidos por la sociedad demandante.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- se rehusó a allegar tal documentación, por considerar que los memorandos “*son comunicaciones escritas*

de carácter interno, general o particular, que se utilizan para...transmitir información, orientaciones...”.

No obstante lo anterior, a folios 55 a 58 del expediente la parte actora los arrimó al expediente. De dichos Memorandos, se extrae lo siguiente:

“MEMORANDO 0147

(...)

En atención a las inquietudes que se han presentado frente a las actividades que desarrollan los Agentes de Carga Internacional...

Por lo anterior, es necesario hacer las siguientes precisiones en cuanto a las modalidades del contrato de transporte pactado entre el transportador, el usuario y el Agente de Carga Internacional:

a) Cuando se actúa como embarcador directo, los documentos de transporte a pesar de venir consignados a nombre de un Agente de Carga Internacional vienen negociados bajo la modalidad FCL/FCL (Full Container Load), CY/CY (Container Yard) o H/H (House to House), lo que significa que la carga no es consolidada, ya que viene consignada a un solo consignatario y para notificar a un solo usuario.

En este evento, el transportador es el único obligado a entregar el manifiesto de carga y los documentos de transporte por él expedidos a la autoridad aduanera, con los cuales se deberán efectuar los trámites inherentes al proceso de importación.”

“MEMORANDO 0443

(...)

Dando alcance al Memorando 0147 del 4 de marzo de 2002, emanado de este despacho, me permito precisar lo siguiente:

1°. Los Agentes de Carga Internacional, actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que vienen en el contenedor, es decir, tanto el documento de transporte master como el hijo

coinciden en cantidad y peso; igualmente este documento puede venir consignado al Agente de Carga Internacional.

2°. A pesar de que el Conocimiento de Embarque Master e hijo tengan la calidad de negociables, para efectos de la nacionalización de las mercancías el documento que se utiliza es el documento de transporte hijo.

3°. Por lo anterior, los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, deberán presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, dentro de los términos establecidos en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, modificado en el artículo 2 del Decreto 2628 de 2001, ya sea que actúen en su calidad de embarcadores directos o como consolidadores de carga, ya que dentro de la definición de Agentes de Carga Internacional, prevista en el artículo 1° del Decreto 2628 de 2001, también se incluye la actividad de embarcador directo; aclarando que , cuando se actué (sic) en calidad de consolidador de carga, adicionalmente deberá entregar los documentos consolidados y el Manifiesto de Carga Consolidada.

4°. Dando alcance a lo establecido en el literal a) del Artículo 228 del Decreto 2685 de 1999, es pertinente aclarar que el evento en que los documentos de transporte hijos no hayan sido oportunamente entregados por el Agente de Carga Internacional a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la mercancía deberá ser aprehendida en virtud de lo establecido en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. Sin embargo, la mercancía podrá ser legalizada si el documento master fue oportunamente entregado por el transportador, ya que con esa entrega se entiende que la mercancía ha sido presentada a la autoridad aduanera.

(...)"

De los apartes transcritos y teniendo en cuenta que efectivamente los Memorandos expedidos por la DIAN tienen una función meramente orientadora e **informativa**, se concluye que la carga FCL/FCL (Full Container Load) no es consolidada, por cuanto en dicho caso se actúa como embarcador directo, además que, como ya se dijo, no se trata de carga agrupada (o consolidada) sino de mercancía suelta.

Así mismo, se infiere que los Agentes de Carga Internacional actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte

master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que viene en el contenedor, es decir que la información de los documentos master e hijo, coincide en la cantidad y peso.

Ahora, observa la Sala que en el Memorando 0443 transcrito, la DIAN señaló que los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, debían presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, sin importar si ostentaban la calidad de embarcadores directos o de consolidadores de carga.

Al respecto, cabe anotar que el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, sólo impone dicha obligación a los que transportan carga consolidada, así:

“ARTICULO 96. TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS DE VIAJE A LA AUTORIDAD ADUANERA.

...

En el caso del modo de transporte marítimo, el transportador, deberá entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, la información del manifiesto de carga y de los documentos de transporte por él expedidos, con una anticipación mínima de doce (12) horas a la llegada del medio de transporte.

<Inciso modificado por el artículo 1 del Decreto 1039 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **Cuando se trate de carga consolidada en el modo marítimo el agente de carga internacional, deberá entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, la información de los documentos consolidadores y de los documentos de transporte hijos con una anticipación mínima de doce (12) horas a la llegada del medio de transporte al territorio nacional.** Cuando se trate de trayectos cortos señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la entrega de la información a que se refiere el presente artículo por parte del transportador o agente de carga deberá realizarse con una anticipación mínima de seis (6) horas a la llegada del medio de transporte, en el caso del modo de transporte marítimo y, una (1) hora, antes de la llegada del medio de transporte en el caso del modo de transporte aéreo.

(...). (Subrayas y Negrillas fuera del texto)

Lo anterior pone en evidencia que la Ley sólo impuso la obligación de presentar las Guías Hijas a los transportadores de carga agrupada o consolidada, pues en ningún momento estipuló dicho deber para los transportadores de carga suelta.

Es claro entonces, que si el legislador hubiese tenido la intención de imponer tal deber para todas las mercancías en general, no habría especificado la clase de sujeto pasivo de dicha obligación al señalar: *“cuando se trate de carga consolidada...”*.

Así mismo y en virtud de que el artículo transcrito no impuso la obligación de presentar documentos de transporte Hijos para las mercancías sin consolidar, resulta claro colegir que la conducta de la sociedad demandante tampoco se subsumió en ninguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo que la entidad demandada no estaba facultada para aprehender la mercancía y por ende, la parte actora no estaba obligada a cancelar el 20% de sanción por concepto de rescate constituyéndose tal cancelación en “un pago de lo no debido”, pues es evidente que si la actora efectuó tal depósito lo hizo para evitar la referida aprehensión y para cumplir con sus obligaciones comerciales,.

Consecuentemente con lo anterior, los cargos de la demanda estaban llamados a prosperar de ahí que se imponga para la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

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 del 17 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 24 de marzo de 2011

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
Presidente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Ausente con excusa

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO