

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

CONSEJERA PONENTE: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009).

REF: Exp. 0800123310001999 02109 01

Actor: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA
S.A.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA actuando por intermedio de apoderado, interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución número 0008 del 22 de abril de 1998 por medio de la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones legales originada en las operaciones de cargue, descargue y manipulación de mercancías en el puerto y se ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento correspondientes, así como de las Resoluciones números 011 de 1999 y 028 del 19 de julio de 1999, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la inicial, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se archive en forma definitiva el expediente N°9699009 de la Administración Local de Aduanas de Barranquilla.

A.- HECHOS

Transcribió como tales los relatados por la DIAN en los actos acusados, así:

Dijo que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla constituyó la póliza de cumplimiento N°5008993 de la Aseguradora Condor S.A., por un valor de \$82'254.824.89, con vigencia hasta el 20 de julio de 1997, para garantizar las obligaciones aduaneras originadas en el cargue, descargue y manipulación de las mercancías en el puerto habilitado.

Señaló que de dicha póliza forma parte el certificado de modificación N°0250965008990 de la misma aseguradora, por valor de \$789.646.740.38, con vigencia hasta el 20 de julio de 1997, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del almacenamiento y en especial de las señaladas en los artículos 106 y 107 del Decreto 1992.

Informó que mediante el Auto de Apertura N°009 del 25 de marzo de 1999, remitió el expediente a la División de Liquidación para que se declare el incumplimiento del régimen aduanero de conformidad con la Resolución N°4324 de 1995.

Aseveró que para resolver, la DIAN tuvo en cuenta los memoriales presentados por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, razón por la cual dicha entidad estimó que no incurrió en falsa motivación de la Resolución N°00008 de 1999, pues para su expedición se tuvieron en cuenta las pruebas que evidencian que la mercancía fue retirada de la

sociedad portuaria en forma irregular, con lo cual ésta incumplió su obligación de responder por la mercancía almacenada.

B.- NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante consideró que los actos acusados violan los artículos 29 de la Constitución Política, 64 del Decreto 1909 de 1992 y 1171 del Código de Comercio.

Manifestó que la DIAN vulneró su derecho fundamental al debido proceso porque se abstuvo de formular cargos en su contra previo a la expedición de la resolución sancionatoria, razón por la cual no pudo defenderse ni presentar pruebas.

Señaló que no se tuvieron en cuenta los fenómenos que pudieron haber enervado la presunción legal contra el depositario y que por ello no pudo demostrar que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla actuó correctamente.

Aseveró que el artículo 64 del Decreto 1909 de 1992 consagra los principios de justicia, equidad y sensatez al momento de decidir, los

cuales fueron trasgredidos por la DIAN porque desconoció el hecho de que la mercancía a su cargo fue sustraída con documentos falsos, además que el valor de las mismas no fue establecido por medio de peritos.

Indicó que el Capítulo I del Título VII del Código de Comercio regula el depósito y la responsabilidad del depositario, quien debe probar la causa extraña para exonerarse, pero tal posibilidad le fue negada por la demandada porque no le permitió defenderse.

Dijo que en el presente asunto la causa extraña la constituyen los documentos falsos, por medio de los cuales se sustrajo la mercancía a su cargo.

C.- LA DEFENSA

La Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración de Aduanas Local Barranquilla, actuando por medio de apoderado, contestó la demanda.

Propuso la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa comoquiera que el argumento según el cual el valor de la mercancía presuntamente sustraída por medios ilegales era de \$175.000.000.00, no fue expuesto por el actor ante la administración.

Al respecto adujo la sentencia del 14 de febrero de 1992, proferida por el Consejo de Estado en el expediente N°3638, según la cual ante la jurisdicción no se pueden plantear nuevos conflictos distintos a los planteados ante la administración.

Argumentó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución N°5846 del 19 de septiembre de 1992, la Sociedad Portuaria de Barranquilla es la responsable directa de las mercancías desde el momento en que se depositan en el lugar autorizado hasta que se entregan al declarante, previo el cumplimiento de los requisitos legales y que es igualmente responsable de las obligaciones aduaneras derivadas del almacenamiento.

Agregó que el artículo 28 del Decreto 1909 de 1992 ordena que para el retiro de mercancías debe presentarse su levante por parte de la DIAN, para lo cual el importador debe entregar al depósito habilitado o a la DIAN, según el caso, original y copia de la declaración de importación así como el original de los documentos indicados en el artículo 32 del Decreto 1909 de 1992.

Estimó que por lo anterior, la Sociedad Portuaria de Barranquilla estaba obligada a verificar la legalidad de los documentos presentados para el retiro de las mercancías.

Indicó que el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 estaba vigente a la fecha de los hechos y que el mismo establece que de las obligaciones aduaneras será responsable, entre otras personas, el depositario.

Sostuvo que la mercancía de procedencia extranjera objeto de los actos acusados fue introducida al territorio nacional, con lo cual se originaron obligaciones aduaneras que implican el pago de tributos y que de ello es responsable la demandante.

Señaló que para garantizar el cumplimiento de la anterior obligación, el depositario debe constituir una garantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 6, 7, 8 y 12 de la Resolución N°190 de 1992 y 117 de la Resolución N°1794 de 1993.

Dijo que la obligación de almacenamiento implica guardar, custodiar y conservar las mercancías, por lo tanto la demandante debe disponer del personal necesario para la recepción, cargue, descargue y manipulación, así como de las instalaciones físicas correspondientes.

Informó que las garantías que debe constituir la Sociedad Portuaria de Barranquilla a favor de la DIAN, para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones legales generadas del almacenamiento de mercancías, son:
a) **Garantía Bancaria o de compañía de seguros**, de cumplimiento de las obligaciones aduaneras originadas en el cargue, descargue y

manipulación y b) **Garantía Bancaria o de compañía de seguros**, de cumplimiento de las obligaciones aduaneras derivadas del almacenamiento y en especial de las señaladas en los artículos 106 y 107 del Decreto 1909 de 1992.

Argumentó que el procedimiento sancionatorio en caso de incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con póliza de cumplimiento, es el previsto en el artículo 41 del Decreto 1794 del 13 de octubre de 1993 emanado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así: *“la división competente, al día siguiente del incumplimiento de la misma declarará el hecho y en la providencia respectiva ordenará hacer efectiva la garantía, previa notificación personal o por correo, al garante y al tomador de la póliza”*.

Concluyó que por lo anterior, una de las obligaciones de la demandante, propia de su obligación de almacenamiento, es la de entregar, según el caso, la mercancía al declarante únicamente cuando se haya autorizado su levante por la DIAN.

Señaló que en el presente asunto se encuentra probada la violación de la ley aduanera consistente en la salida de los contenedores con mercancías en proceso de nacionalización TEXU-513517-9, UXXU-450114-3, TRLU-493169-4, SCZU-554230-8 y TRLU-4943109-2, a partir de una presunta documentación falsa.

Agregó que la responsabilidad por la infracción a la ley aduanera es objetiva y por lo tanto no es necesario hacer consideraciones relativas al fuero interno del infractor a título de dolo, culpa o preterintención. De esta suerte, la simple verificación de la inobservancia de la norma da lugar a la imposición de la sanción correspondiente.

Consideró que no ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante porque ésta pudo interponer los recursos de la vía gubernativa contra los actos administrativos acusados.

Finalmente, asegura que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución 4324 del 10 de agosto de 1995, que modificó el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, la División de Liquidación de la DIAN puede declarar oficiosamente el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantías de compañías de seguros, lo cual hizo en este caso, previo ejercicio del derecho de defensa de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, mediante los recursos de la vía gubernativa.

Solicitó en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

II. FALLO IMPUGNADO

Mediante la sentencia del 6 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes razones:

Señaló que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla se encuentra habilitada en forma permanente como depósito público para el almacenamiento de mercancías; que por ello es responsable de las mercancías allí depositadas; que para el retiro de dichas mercancías debe verificar el original y la copia de la declaración de importación y debe constituir garantías bancarias necesarias para respaldar sus obligaciones como depositario.

Precisó que en caso de incumplimiento de las obligaciones respaldadas con garantía, la DIAN puede hacer efectiva dicha garantía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 1794 de 1993, razón por la cual se trata de una responsabilidad objetiva.

Agregó que está probado que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla constituyó las pólizas de cumplimiento números 5008993 y 5008990 para garantizar las obligaciones aduaneras originadas del cargue, descargue y manipulación de mercancías y las derivadas del almacenamiento.

Dijo que los hechos que dieron origen a los actos administrativos acusados constan en el oficio N°00-56-044/269 del 23 de marzo de 1999, proferido por la Dirección de Investigaciones Disciplinarias, en el cual aparece que las mercancías de los contenedores TEXU-513517-9, UXXU-450114-3, TRLU-493169-4, SCZU-554230-8 y TRLU-4943109-2, salieron de la Sociedad Portuaria con documentos falsos.

Agregó que se encuentra probado que la demandante tenía una mercancía en su poder para custodia de la misma y que le dio salida en forma irregular, pues se la entregó a un tercero que no era el titular de la misma.

Estimó que al entregar las mercancías a un extraño, la Sociedad Portuaria se puso en imposibilidad de cumplir con sus obligaciones ante la DIAN *“incurriendo en incumplimiento del mismo y en la obligación de reparar el daño”*.

Sostuvo que no se vulneró el derecho al debido proceso de la demandante, comoquiera que ésta pudo controvertir los actos administrativos acusados durante la vía gubernativa, sin desvirtuar la pérdida de la mercancía que tenía el deber de custodiar.

Concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de las resoluciones cuya nulidad se pretende, razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Inconforme con la anterior decisión la parte demandante la impugnó, por medio del recurso de apelación. Como fundamentos del mismo, adujo los siguientes:

Que la DIAN vulneró su derecho al debido proceso porque no adelantó la “*investigación administrativa disciplinaria*” correspondiente, con miras a establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar de la pérdida de las mercancías custodiadas, lo que habría dado lugar a una dosificación de la sanción impuesta que, a su juicio, es excesiva.

Que lo anterior constituye una vía de hecho en los términos de la sentencia T-171 de 2006 proferida por la Corte Constitucional.

Que previo a la imposición de una sanción aduanera implica una indagación previa y por ello, insiste, no puede decirse que la DIAN le haya dado la oportunidad de controvertir la actuación administrativa que culminó con las resoluciones acusadas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término previsto para el efecto, las partes y el Ministerio presentaron alegatos de conclusión como consta a folios 9 a 13 y 25 a 26 del cuaderno 2.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema se centra en dilucidar si estuvieron ajustadas a la ley las Resoluciones números 0008 del 22 de abril de 1998, 011 de 1999 y 028 del 19 de julio de 1999, por medio de las cuales se adoptó y confirmó la decisión de declarar el incumplimiento de las obligaciones legales originadas en las operaciones de cargue, descargue y manipulación de mercancías en el puerto y se ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento correspondientes.

A juicio de la demandante, previo a la expedición de las citadas resoluciones, la DIAN debió formular cargos en su contra y darle la posibilidad de presentar las pruebas necesarias para exonerarse de responsabilidad, es decir, que debió adelantar una “*investigación administrativa disciplinaria*” que permitiera establecer las condiciones

de tiempo modo y lugar en que sucedieron los hechos que originaron los actos acusados, tal como lo argumentó en la impugnación del fallo de primera instancia.

Asevera la actora que como la autoridad demandada omitió dicho procedimiento, vulneró su derecho fundamental a la defensa y al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, así como el principio de justicia consagrado en el artículo 64 del Decreto 1909 de 1992 y sostuvo que dado que la mercancía a su cargo fue sustraída mediante documentos falsos, ocurrió una causa extraña que la exime de responsabilidad, la cual no pudo ser probada por la omisión de la DIAN consistente en no adelantar el procedimiento correspondiente.

En consecuencia, la Sala se pronunciará con base en el siguiente **CARGO ÚNICO DE ILEGALIDAD** de los actos acusados:

Violación del derecho al debido proceso y de defensa por omisión de la oportunidad legal para presentar pruebas y abstenerse de evaluar las mismas.

Esta Sala, al pronunciarse sobre las etapas del procedimiento especial sancionatorio aduanero previsto en el Decreto 2685 de 1999, precisó que

el derecho fundamental al debido proceso en materia aduanera se concreta en las “*formas propias de cada juicio*”. Dijo la Sala¹:

“el artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho fundamental al debido proceso y de defensa, el cual se concreta en las normas especiales que lo desarrollan, esto es, en las “*formas propias de cada juicio*”.

En el caso concreto, como quedó visto, los artículos 507 y siguientes del Decreto 2685 de 1999 regulan de manera especial el procedimiento para la imposición de sanciones por quebrantamiento de la ley aduanera. Tal procedimiento comienza con el requerimiento especial, seguido de la notificación y respuesta al mismo, el periodo probatorio, la decisión de fondo y la posibilidad de impugnarla mediante el recurso de reconsideración.

Ninguna de dichas etapas puede ser pretermitida por la autoridad aduanera so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso...

...

En efecto, el inciso 1° del artículo 183 del C.P.C., establece que para que las pruebas sean **apreciadas** por el juez “*deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello...*”.

...

Ello explica que en el procedimiento especial sancionatorio aduanero exista una etapa probatoria, la cual se entiende surtida, cuando quede en firme el auto que las decreta o que decide sobre las mismas.”

Lo anterior quiere decir que la vulneración del derecho al debido proceso en materia de imposición de sanciones por quebranto a la ley aduanera, se produce cuando las **etapas procesales legalmente establecidas** para

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1° de noviembre de 2007, proferida en el expediente N° REF: Exp. 2500023270002003**00803** 01. Actor: SCHLUMBERGER SURENCO S.A.

imponer determinada sanción, **no son observadas por la administración**, de manera que se le impida el derecho de contradicción al administrado.

En el presente asunto los actos administrativos acusados declararon el incumplimiento de unas obligaciones aduaneras y ordenaron hacer efectivas las pólizas correspondientes. A continuación se transcribe la parte pertinente de la decisión que se pretende anular:

Resolución N°00008 del 22 de abril de 1999:

“ARTICULO PRIMERO.- Declarar el incumplimiento de las obligaciones legales originadas en la operación aduanera de cargue y descargue y manipulación de las mercancías en el puerto, respaldado por las pólizas de cumplimiento Nos. 5008993 y 5008990 con certificado de modificación 0250965008996 de la COMPAÑÍA ASEGURADORA CONDOR S.A NIT 890.300.465-8 a nombre de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL BARRANQUILLA con NIT 800.186.891-6 y autorizado por la Resolución No. 5846 del 19 de diciembre de 1994.

ARTICULO SEGUNDO.- Ordenar hacer efectiva las pólizas de cumplimiento Nos. 5008993 y 5008990 con certificado de modificación 0250965008996 de la COMPAÑÍA ASEGURADORA CONDOR S.A NIT 890.300.465-8 a favor de LA NACION – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – BARRANQUILLA, siendo tomador de la garantía SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA, siendo tomador de la garantía SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA con NIT 800.186.891-6, por un valor de (\$871.901.565,27), suma que deberá pagar con Recibo Oficial de Pago de Tributos Aduaneros.” (las negrillas y subrayas no son del texto original). (fl. 82).

Por lo anterior, se verificará si existe un procedimiento especial previo a la declaración de incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con pólizas de cumplimiento, para establecer si en el presente asunto la DIAN desconoció dicho procedimiento legal.

El artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, establece:

“Artículo 41. - Efectividad de las garantías.

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

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

(...). (Negrilla fuera del texto original).

La norma transcrita no ofrece mayores lineamientos respecto del procedimiento que debe agotarse para declarar el incumplimiento de una obligación aduanera respaldado con póliza de seguros, sin embargo sí señala que tal decisión debe adoptarse mediante **resolución motivada**, lo

cual implica que el afectado pueda ejercer en forma eficaz su derecho de defensa frente a la misma.

Lo anterior quiere decir que la decisión motivada que se menciona puede ser controvertida por su destinatario, a quien se le debe dar la oportunidad de presentar las pruebas necesarias para desvirtuar el acto administrativo correspondiente, así como la garantía de que dichas pruebas sean valoradas, sea en forma favorable o desfavorable, so pena de vulnerar su derecho fundamental a la defensa.

Al respecto se encuentra probado lo siguiente:

- A folios 67 a 72 aparece la Resolución N°00008 del 22 de abril de 1999 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DE UNA POLIZA DE SEGURO”*.

- A folios 24 a 27 consta que contra la anterior decisión la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, interpuso el **recurso de reposición y en subsidio el de apelación**. En el escrito que sustentó tales recursos, la actora sostuvo que la DIAN ignoró que la Sociedad Portuaria fue asaltada en su buena fe y no tuvo en cuenta el elemento subjetivo de la culpa para declarar la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones aduaneras.

- Los mencionados recursos fueron resueltos mediante las Resoluciones números 00011 del 8 de junio de 1999 y 028 del 19 de julio del mismo año, visibles a folios 14 a 23 y 43 a 48, con lo cual quedó agotada la vía gubernativa.

Sin embargo, para la Sala es claro que el sólo hecho de haber interpuesto los recursos de la vía gubernativa no es suficiente para concluir que se le garantizó a la actora su derecho fundamental a la defensa, pues ello implica además que los argumentos expuestos durante dicha vía hayan sido escuchados y valorados, se repite, por la Administración.

Ello no ocurrió en el caso que se examina, habida cuenta que la DIAN, al resolver el recurso de apelación contra el acto acusado, estimó que la responsabilidad por el incumplimiento de la ley aduanera es objetiva y por lo tanto, no hay lugar a valorar la culpa o dolo del obligado. Dijo la demandada:

“Las pruebas se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los objetivos perseguidos por el Régimen Aduanero. La responsabilidad resultante de la violación del régimen aduanero es objetiva, lo que significa que para su configuración solo se requiere que se halle probada la violación o inobservancia de la norma respectiva, sin detenerse en análisis de los elementos subjetivos o intencionales del infractor a título de dolo, culpa o preterintención.” (fl. 21)

La Sala advierte entonces que la autoridad demandada no le dio a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, la oportunidad de demostrar la causa extraña a la conducta que dio lugar a la declaración de incumplimiento y la consecuente orden de hacer efectiva la garantía o póliza de seguros.

Ahora bien, en el curso de la actuación administrativa, la DIAN tuvo conocimiento de las pruebas relacionadas con el argumento de la “*causa extraña*” que aduce la demandante como eximente de su responsabilidad como depositaria de mercancías, pues así se indicó en la parte considerativa de la Resolución N°00008 de 1999, cuya parte pertinente se transcribe:

“3- Que con oficio 00-56-044/269 de marzo 23 de 1999 suscrito por el Doctor HAROLD DAZA DIAZ la División de Investigaciones Disciplinarias pone en conocimiento los hechos que originaron el incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla al **“presentarse la salida con documentación falsa de los contenedores referenciados ..., anexando además copia de la denuncia presentada por el señor EDGARDO MENDOZA HERRERA, en su calidad de jefe de la entonces División Operativa a la División de Asuntos Legales,** en fecha 29 de mayo de 1996 oficio 0-359 y planillas de control de salidas de mercancías de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla.

Adicionalmente, a folios 111 a 113 obra la declaración jurada del mencionado señor EDGARDO DE JESÚS MENDOZA HERRERA, quien se desempeñaba como Jefe de la División Operativa de la DIAN.

Dicho funcionario informó acerca del *modus operandi* del control que los funcionarios de la demandada realizaban sobre la salida de las mercancías de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, la cual en ese entonces carecía de sistema informático. Dijo el declarante:

“La sociedad portuaria tenía dos clases de operaciones una era como operador de muelle o puerto y otro era como operadora de depósito, **nosotros manejamos a nivel de muelle un grupo que se denominaba comisión de visitas que era la encargada de revisar, analizar, estudiar, todos los documentos como manifiesto de carga que portaban los buques.** La Sociedad Portuaria como depósito operaba como cualquier depósito autorizado por la Dignen la ciudad. Los depósitos son autónomos en la custodia de la mercancía consignada en ellos para efectos de poder sacar la mercancía de estos depósitos debe ser con el lleno de todos los requisitos legales, como cuales: un levante de la mercancía dejado por un inspector que debe haber previamente una declaración de aduana para poder dar el levante, una declaración automática que la arroja el sistema para poder salir la mercancía del depósito o una declaración de tránsito aduanero para la salida de las mercancías por otras aduanas. Para que el depósito pueda dejar salir cualquier tipo de mercancía debe previamente operar cualquier tipo de modalidad de las que mencioné anteriormente...

... Sobre la conexión del sistema se puede decir que no existía, pero los depósitos de la época que creo que son los mismos de ahora, constantemente llamaban a la división para verificar si dichas declaraciones habían sido presentadas, precisamente por no estar conectado el sistema, allá se hacía una verificación de con los bancos donde se habían presentado las declaraciones, **respecto a los funcionarios que se mantenían en la puerta, ojo no en la puerta del depósito, sino en la puerta de la sociedad portuaria y su función sí era el control de la mercancía que salía** pero si nos ponemos a mirar específicamente era la mercancía que salía para otros depósitos porque no teníamos porque asignar funciones específicamente a los depósitos porque ellos operaban con los inspectores nuestros que hacían mandar las planillas con los respectivos levantes. **Los levantes de las mercancías se daban porque fueron automáticos como señalé anteriormente o porque fueron físicos por lo tanto tenían que llevar la firma de un inspector nuestro.**

PREGUNTADO: De conformidad con la anterior respuesta en la puerta del Terminal solamente se ejerce control aduanero para las mercancías que se van para otros depósitos y no se verifica la información de otra mercancía que vaya a salir. **CONTESTÓ:** Sí, ese es el control, la mercancía que no sale declarada es decir que no tiene levante es la que se la respectiva inspección. La mercancía que sale con declaración de aduana previamente se supone que ya le hicieron todos los estudios del caso, como la inspección aduanera en el caso del físico hecha por un inspector previamente asignado por el Jefe de la División.” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

Lo anterior quiere decir que quien estaba a cargo del control de la salida de la mercancía, en el caso concreto y para la fecha en que ocurrieron los hechos, eran los funcionarios de la DIAN, sus correspondientes inspectores, quienes verificaban la documentación de la mercancía antes de dejarla salir y, en esa medida, mal podría la autoridad demandada imputar responsabilidad a la Sociedad Portuaria de Barranquilla por el incumplimiento de las obligaciones aduaneras.

En efecto, es claro que la sociedad demandante fue asaltada en su buena fe, pues como lo dijo el entonces Jefe de División en su declaración judicial los inspectores de la DIAN se encargaban de controlar que la mercancía retirada del depósito cumpliera con la documentación legal requerida.

Por otra parte, es de resaltar que auncuando el artículo 106 del Decreto 1909 de 1992 establece para los depósitos las obligaciones de *a) Recibir, almacenar y custodiar las mercancías que les sean entregadas por el transportador;* *b) Observar las medidas que la Dirección de Aduanas Nacionales señale*

para asegurar el cumplimiento de las disposiciones aduaneras; c) Facilitar las labores de control que determine la Dirección de Aduanas Nacionales; d) Reportar las irregularidades que se presenten y suministrar la información que la Dirección de Aduanas Nacionales solicite; e) Entregar, según el caso, la mercancía al declarante únicamente cuando se haya autorizado su levante por la Dirección de Aduanas Nacionales; f) Poner a disposición o entregar a la Dirección de Aduanas Nacionales la mercancía que esta ordene; y, g) Constituir las garantías que la Dirección de Aduanas Nacionales determine, lo cierto es que en el presente asunto, la demandante creyó en forma legítima dar cumplimiento a las mismas sobre la base de documentos que, en apariencia, fueron suscritos por funcionarios de la DIAN y frente a los cuales esta autoridad no presentó reparo alguno durante el control que ejerció al momento de autorizar la salida de la mercancía, como quedó probado con el testimonio del entonces Jefe de la División Operativa.

A tal conclusión bien pudo haber llegado la DIAN en sede gubernativa, de haberle permitido a la demandada demostrar que no incumplió sus obligaciones aduaneras y que la entrada al país de las mismas sin el pago de los tributos correspondientes no ocurrió como consecuencia de una conducta que le fuera imputable.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en señalar que es posible aducir ante la jurisdicción, argumentos nuevos distintos a los presentados en la vía gubernativa². Ha dicho la Sala:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, dictada en el expediente N°0431- 01

“En primer lugar en relación con el agotamiento de la vía gubernativa, la Sala reitera la jurisprudencia expresada en diferentes sentencias³ en cuanto ha considerado que es procedente alegar causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente en sede administrativa, porque si lo que la ley pretendiera al acudir ante la jurisdicción contenciosa fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa exigiría copia de los recursos interpuestos en lugar de exigir la demanda con los requisitos del C.C.A., por lo tanto la Sala se referirá a todos los cargos esgrimidos por el actor.”

No existe lugar a duda que la oportunidad que le fue negada a la actora de demostrar, en sede gubernativa, que no incumplió la obligación aduanera que dio lugar a hacer efectiva la garantía y que, sea dicho de paso, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, pudo superarse en esta vía judicial mediante la recepción de los testimonios que confirman su ausencia de responsabilidad, lo cual da lugar a la declaración de nulidad de los actos acusados.

En consecuencia, el fallo impugnado se revocará y, en su lugar, se declarará la nulidad de la Resolución número 0008 del 22 de abril de 1998 por medio de la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones legales originada en las operaciones de cargue, descargue y manipulación de mercancías en el puerto y se ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento correspondientes, así como de las Resoluciones números 011 de 1999 y 028 del 19 de julio de 1999, por medio de las

³ Sentencia de 29 de octubre de 1999, C.P. Dr Delio Gómez Leyva, exp. 9557
Sentencia del 3 de marzo de 2005, C.P. María Claudia Rojas Lasso, ref 200100418-01.

cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la inicial, en el sentido de confirmarla.

En lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho, la Sala advierte que de la anterior declaración de nulidad, el mismo se produce en forma automática. No se ordenará, como lo pide la parte actora, el archivo del expediente N°9699009, comoquiera que tal medida resulta irrelevante con la nulidad decretada.

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 :

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 6 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución número 0008 del 22 de abril de 1998 por medio de la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones legales originada en las operaciones de cargue, descargue y manipulación de mercancías en el puerto y se ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento correspondientes, así como de las

Resoluciones números 011 de 1999 y 028 del 19 de julio de 1999, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la inicial, en el sentido de confirmarla.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN