



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00632-01

Actor: LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 CCA). Sentencia de segunda instancia. Sanción, art. 503 del Decreto 2685 de 1999. Responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera. Reiteración de jurisprudencia¹.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA²

La empresa **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.**, por conducto de apoderado, presentó³ demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a efectos de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- i. Resolución No. 030641916682131002462 del 28 de noviembre de 2007, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la

¹ Cfr., entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: (i) C. P. Rocío Araújo Oñate, 5 de abril de 2018, rad. 25000-23-24-000-2011-00259-01, actor: AGENCIA DE ADUANAS TECHCOMEX LTDA; (ii) C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, 1º de marzo de 2018, rad. 13001-23-31-000-2011-00430-01, actor: AGENCIA DE ADUANAS ACOEXAL LTDA. NIVEL 2; (iii) C. P. Alberto Yepes Barreiro, 22 de marzo de 2018, rad. 25000-23-24-000-2009-00281-01, actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

² Folios 4-17 del cuaderno 1.

³ El 7 de julio de 2008 (fl. 17 del cuaderno 1).



Administración Especial de Aduanas de Bogotá, por medio de la cual se impone una sanción.

- ii. Resolución No. 0372193601000278 del 29 de febrero de 2008, proferida por la Jefe de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, por medio de la se confirma en todas sus partes el acto antedicho.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i. El pago de cualquier suma cancelada en razón de la multa.
- ii. A título de lucro cesante, los intereses sobre tales sumas, según el art. 1617 del C.C., hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia o del pago efectivo.
- iii. Los perjuicios de cualquier tipo que resulten probados en el proceso y los que se presuman.

Finalmente pidió que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA y que se ordene a la parte demandada pagar los gastos y costas del proceso, incluyendo los honorarios de abogado que se causen.

1.2. HECHOS

El libelista los narró, en síntesis, así:

Su poderdante, como sociedad de intermediación aduanera, fue contratada por TIME LOGISTIC LTDA., de quien recibió todos los documentos y soportes necesarios para la nacionalización de mercancías que le entregó, las cuales se encontraban consignadas o endosadas a favor de la empresa COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA.

La DIAN a través del requerimiento ordinario aduanero No. 030704032361 del 18 de abril de 2007 pidió a **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** que pusiera a su disposición la mercancía en cuestión, argumentando que la empresa que contrató sus servicios de intermediación aduanera fue constituida bajo los delitos de suplantación y falsedad de documentos.

Con requerimiento especial aduanero No 03070004444 del 21 de septiembre de 2007 código 210 450, propuso multar a su representada



con sustento en lo anterior y considerando que la demandante fue quien adelantó todas las actuaciones tendientes para obtener el levante de la mercancía.

Dentro del trámite gubernativo la **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** adujo que su actuación en los hechos cuestionados por la DIAN se limitó a la nacionalización de la mercancía; e indico que dentro del mismo proceso, pidió varias pruebas que no fueron decretadas.

Mediante Resolución No. 030641916682131002462 del 28 de noviembre de 2007, el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, le impuso una sanción de \$142'343.042, por infracción de lo dispuesto en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

Inconforme, con esta decisión la sociedad actora interpuso el respectivo recurso de reconsideración, pero la Jefe de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, en Resolución No. 0372193601000278 del 29 de febrero de 2008 la confirmó en todas sus partes.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La empresa **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** invocó como violadas las siguientes normas:

- i. Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 15, 21, 29, 34, 83 y 209.
- ii. Código de Procedimiento Civil, artículo 4.
- iii. Código de Comercio, artículo 117.
- iv. Decreto 2685 de 1999, artículos 1, 2, 3, 4, 28, 29, 30 (modificado por el artículo 6º del Decreto 1232 de 2001), 32, 468 (modificado por el Decreto 132 de 2001), 87, 233, 503, 505-1, 506, 512, 515, 516, 517, 518 y 571.
- v. Concepto Aduanero 043 de 2007 de la DIAN.

En su concepto, los actos administrativos quebrantan dichas normas por lo siguiente:



- i. No era posible exigir a la entidad accionante poner a disposición de la autoridad aduanera una mercancía que no estaba en su poder.
- ii. La denegación de las pruebas pedidas en sede administrativa constituye una violación del derecho de defensa.
- iii. La empresa COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. existía al momento de la importación, por lo tanto la conducta endilgada es atípica, sumado a que la presunción de inocencia de sus socios, así como de la propia actora, no se ha desvirtuado con un fallo penal condenatorio.
- iv. **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** no puede responder por las conductas de otras empresas.
- v. El requerimiento aduanero contra la demandante solo podía hacerse de manera subsidiaria; se debía llamar primero a las otras empresas implicadas en el presunto fraude.
- vi. No está en tela de juicio el cumplimiento por parte de la actora de las normas de importación (clasificación arancelaria, liquidación de tributos, pago de derechos, levante), por tanto se debe concluir que actuó conforme a la legislación aduanera.
- vii. Se está afectando el buen nombre de la empresa actora, y se le dio un trato distinto con respecto a otras sociedades en su misma situación⁴.

1.4. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, en auto adiado 12 de junio de 2009⁵ admitió la demanda, y dispuso las notificaciones y demás trámites de rigor, de acuerdo con los artículos 150 y 207-5 del CCA.

Esta decisión fue confirmada en auto de 30 de octubre de 2009⁶, en el que, además se dispuso la vinculación de la COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A. CONFIANZA⁷.

Con auto de 22 de octubre de 2010⁸, la Sección Cuarta del referido Tribunal declaró la nulidad de lo actuado, dejando a salvo las pruebas practicadas, y remitió por competencia el proceso a la Sección Primera

⁴ No explicó en detalle este reproche.

⁵ Folios 115-116 del cuaderno 1.

⁶ Folios 134-141 del cuaderno 1.

⁷ Quien expidió la póliza que se pretende hacer cumplir con los actos demandados.

⁸ Folios 252-256 del cuaderno 1.



de la misma Corporación, cuya Subsección “A”, consecuentemente, avocó conocimiento por medio de auto de 6 de diciembre de 2010⁹.

En auto de 3 de agosto de 2012¹⁰, por motivos de descongestión, se remitió el expediente a la Subsección “C” en Descongestión de la Sección Primera del mismo Tribunal.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DIAN¹¹

Por conducto de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las resoluciones demandadas se ajustaron a derecho.

Precisó que no existe prueba de la supuesta relación contractual entre la empresa demandante y TIME LOGISTIC LTDA, ni de la supuesta entrega de la mercancía a esta última.

Explicó que los actos demandados se fundaron en los artículos 502-1.25 y 503 del Decreto 2685 de 1999, en razón de que (i) se demostró que uno de los documentos soporte (endoso) no correspondía a la operación declarada por la importadora, (ii) y que no se puso la mercancía a disposición de la autoridad aduanera.

Aclaró que **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** actuó como declarante autorizado de COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. y auxiliar de la función pública aduanera, por tanto, responsable de la obligación aduanera, según los artículos 3, 10, 12, 13, 22 y 87 del Decreto 2685 de 1999.

Aseguró que para realizar la intermediación aduanera, la sociedad actora debía contar con un “endoso aduanero”, que constituye un requisito previo para la presentación y aceptación de la declaración de importación, de acuerdo con el artículo 121 del referido Estatuto Aduanero.

Advirtió que, acorde con la Circular Externa 0170 del 10 de octubre de 2002 de la DIAN, las SIA están obligadas a tener pleno “conocimiento del cliente” en el marco de la prevención y control de lavado de activos;

⁹ Folios 260-262 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 322 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 209-233 y 270-289 del cuaderno 1.



deber de cuidado que no acató la demandante a pesar de su condición de auxiliar de la función pública aduanera y de los factores de riesgo destacados en dicho acto administrativo de carácter general.

Precisó que, dentro del trámite de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 76 Delegada de la unidad de delitos contra el orden económico, derechos de autor y otros, quedó demostrado que la operación aduanera en cuestión fue ilegal y que el verdadero representante legal de COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. no firmó ningún endoso aduanero.

Igualmente, expresó que, como consecuencia de lo anterior se canceló el levante de la mercancía importada, con las conocidas consecuencias para la empresa accionante.

Indicó que no está demostrado ningún trato discriminatorio, afectación al buen nombre de la empresa sancionada, o enriquecimiento sin causa de la administración, por cuanto hubo sobrados motivos para imponer la reputada medida.

Sobre la demanda en forma afirmó que la demanda no satisfizo el requisito del artículo 137-4 del CCA, pues, en su criterio, el concepto de violación no fue explicado de forma suficiente; lo cual propuso como excepción.

1.5. INTERVENCIÓN DE LA ASEGURADORA CONFIANZA¹²

Por conducto de apoderado, adhirió "... en un todo a los hechos, declaraciones y condenas, así como a los fundamentos de derecho análisis jurídico y/o concepto de la violación y disposiciones relacionadas como violadas en la demanda principal"¹³.

Además pidió que se declaré que esta compañía "... no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales, por concepto de afectación de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 01DL001741, derivada de los actos administrativos a declarar nulos..."¹⁴.

¹² Folios 297-304 del cuaderno 1.

¹³ Folio 297 del cuaderno 1.

¹⁴ Folio 298 del cuaderno 1.



1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Tanto la parte **demandante**¹⁵ como la **demanda**¹⁶ reiteraron las razones de hecho y de derecho esbozadas en la demandan y contestación, respectivamente. El **Ministerio Público** no rindió concepto.

1.7. SENTENCIA APELADA¹⁷

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, a través de fallo de 28 de noviembre de 2012, negó las pretensiones de la demanda. Ello, luego de exponer las siguientes razones:

La empresa demandante es auxiliar de las autoridades en la aplicación de las normas aduaneras, por tanto, responsable de la exactitud y veracidad de las información de aquellos documentos que suscriban sus representantes debidamente acreditados ante la DIAN, en las condiciones señaladas en la Circular Externa No. 170 de 2002 de dicha entidad.

De ahí que su incumplimiento fuera sancionable de la forma determinada en los actos administrativos enjuiciados, por no actuar con la debida diligencia que le exige su función de sociedad de intermediación aduanera.

A ello se suma el hecho de que la jurisdicción penal demostró que COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. era una “empresa de papel”, formada con personas engañadas que nunca firmaron endoso para que la sociedad demandante realizara trámite de importación alguno.

1.8. RECURSO DE APELACIÓN¹⁸

La parte accionante pidió que se revoque la sentencia de primera instancia, con base en varias de las mismas censuras plasmadas en el libelo genitor del proceso de la referencia:

¹⁵ Folios 247-250 y 315-320 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 241-246 del cuaderno 1.

¹⁷ Folios 325-352 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 355-362 del cuaderno 1.



- i. No era posible exigir a la entidad accionante poner a disposición de la autoridad aduanera una mercancía que no estaba en su poder.
- ii. El requerimiento aduanero contra la demandante solo podía hacerse de manera subsidiaria; se debía llamar primero a TIME LOGISTIC LTADA y a COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA.
- iii. No está en tela de juicio el cumplimiento por parte de la actora de las normas de importación (clasificación arancelaria, liquidación de tributos, pago de derechos, levante), por tanto se debe concluir que actuó conforme a la legislación aduanera.
- iv. La empresa COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. existía al momento de la importación, por lo tanto la conducta endilgada es atípica, sumado a que la presunción de inocencia de sus socios, así como de la propia actora, no se ha desvirtuado con fallo penal condenatorio.

1.9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante¹⁹ reiteró los argumentos expuestos a lo largo de la primera instancia (demanda, alegatos, apelación). La parte demandada²⁰ hizo lo propio y, además, se apoyó en nuevos argumentos, similares a los esgrimidos por el *a quo*.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo establecido por el artículo 129 del CCA, en concordancia con el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala, de cara a los planteamientos esbozados en el escrito de apelación, determinar si hay lugar a confirmar, modificar o

¹⁹ Folios 8-15 del cuaderno principal.

²⁰ Folios 16-18 del cuaderno principal.



revocar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para lo cual resulta necesario establecer:

- i. Si era posible que la DIAN exigiera a la sociedad demandante poner a disposición una mercancía que no estaba en su poder.
- ii. Si tal requerimiento resultaba subsidiaria y, por ende, solo podía hacerlo luego de haberlo dirigido a otras empresas implicadas en la importación.
- iii. Si el cumplimiento de los trámites aduaneros por parte de la sociedad actora, la eximía de la posibilidad de ser sancionada.
- iv. Si los actos realizados por COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA. antes de la investigación penal se mantienen incólumes y si es necesaria la existencia de una sentencia penal que determine la responsabilidad de sus socios y de la empresa demandante.

2.3. CASO CONCRETO

Visto el fundamento jurídico-normativo de los actos demandados, la Sala encuentra que, en efecto, el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, norma vigente al momento del requerimiento aduanero consagra, en su inciso primero, reza:

“ARTICULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA. <Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 674 inciso 1o. numeral 1o. y artículo 676 del Decreto 390 de 2016> **Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera**, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que **se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.**”.

De conformidad con el artículo 1º del mismo Estatuto, la aprehensión es “una medida cautelar consistente en la retención de mercancías respecto de las cuales se configure alguno de los eventos previstos en el artículo 502. del presente Decreto”.

En esta oportunidad la DIAN concluyó que se configuró la causal de aprehensión y decomiso contenida en el numeral 1.25 *ejusdem*, lo cual no se encuentra en discusión dentro de este proceso. Así lo hizo saber



a la demandante a través del requerimiento ordinario No. 03070210403 del 8 de abril de 2007²¹.

Ergo, la autoridad aduanera estaba facultada para emprender las actuaciones necesarias para lograr tal aprehensión.

Para ello podía enfilar sus esfuerzos sobre cualquiera de los sujetos aduaneros obligados, que a la luz del artículo 3 de dicho decreto son los siguientes: "... el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, **intermediario** y **el declarante**, en los términos previstos en el presente Decreto".

En ese orden de cosas, siendo la sociedad accionante declarante de las mercancías solicitadas a través de dicho requerimiento estaba en la obligación de poner a disposición de la autoridad aduanera la mercancía importada.

El hecho de que dicha empresa no pudiera atender la materialidad de dicha orden en manera alguna significa que quedara eximida de soportar la investigación aduanera o que no le fueran endilgables responsabilidades que le asisten como sujeto aduanero obligado.

Contrario a ello, la imposibilidad de poner a disposición la mercancía apareja una consecuencia específica y expresamente detallada en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, cual es una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, en la misma forma que le aplicaría a cualquiera de los otros sujetos obligados.

Y esto es así porque la normativa aduanera no establece escalas o grados de preponderancia entre ellos, pues todos responden en la misma manera por las infracciones a dicho régimen, de ahí que nada obliga a la administración a perseguirlas primeramente en relación con alguna de tales personas naturales o jurídica, para luego hacer lo propio respecto de otros.

²¹ Folio 137 del expediente gubernativo.



Sobre este particular, la Corporación, en sentencia de 29 de abril de 2015²², refiriéndose al contenido y alcance de lo normado en el artículo 503 del referido Estatuto, precisó:

“En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que **la norma no le impone a la Administración la carga de determinar la responsabilidad de cada uno de los sujetos que participan en el trámite aduanero** en aras de graduar la pena o sancionar únicamente al «culpable»; por el contrario, **consagra la posibilidad de aplicar la misma sanción a cada uno de los individuos intervinientes** en la operación por la cual se requirieron las mercancías que no fueron puestas a su disposición dentro del término otorgado. Lo anterior, por cuanto el espíritu de la norma no es otro que el de sancionar en forma contundente delitos como el contrabando, lavado de activos y la evasión de impuestos, que afectan en gran medida el patrimonio y el progreso del país”.

Así lo había señalado también en pronunciamiento de 20 de junio de 2012, expediente núm. 2008-00171-01²³, del que se destaca:

“Sobre la aplicación de la sanción objeto de la controversia, la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que²⁴:

“Resulta oportuno destacar que cuando el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, dispone que cuando no sea posible la aprehensión o decomiso de la mercancía la sanción a imponer será la de una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la mercancía, no se está hablando propiamente de ‘obligaciones aduaneras’, sino de las ‘sanciones aduaneras’ derivadas del incumplimiento de tales obligaciones.

Para esta Corporación resulta claro que el precepto legal en cita **consagra la posibilidad de aplicar individualmente esa misma multa a los distintos sujetos intervinientes en la respectiva operación de contrabando**, pues en últimas, al establecer esa sanción pecuniaria, el legislador, antes que buscar el recaudo efectivo de los tributos aduaneros dejados de cancelar, lo que está haciendo realmente es dosificar la pena, **buscando reprimir drásticamente la evasión y el contrabando, tomando en cuenta su incidencia negativa en la economía nacional y en el desarrollo del país.**

Por lo anterior, se impone la reiteración de los criterios consignados en la sentencia proferida el 13 de diciembre 2005, Rad. 1998-06303, M. P. doctor Camilo Arciniegas Andrade, en donde el Consejo de Estado expresó:

‘Acertó el a quo en sostener que el transportador no puede exonerarse alegando que el propietario de la mercancía no ha sido vinculado a la actuación. En reiterada jurisprudencia esta Sala ha sostenido que **las responsabilidades de los sujetos de obligaciones aduaneras son personales e independientes.**’ ”

²² Sección Primera, C. P. Maria Elizabeth García González, rad. 25000-23-24-000-2009-00283-01, actor: ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

²³ Actora: ADUCOIN SIA LTDA, demandada: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, Consejera Ponente doctora **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.**

²⁴ Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Expediente núm. 2004-00081. C.P. doctor: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.



Así las cosas, la Sala encuentra acertada la sanción aplicada por la **DIAN** ante la imposibilidad de aprehender la mercancía que se encontraba en situación de ilegalidad en el territorio aduanero, por lo que no puede alegar la demandante a su favor, el hecho de que la mercancía haya obtenido su levante y ésta a su vez haya quedado a libre disposición del importador, pues la norma no contempla ningún eximente de responsabilidad y, por el contrario, incluye dentro de los eventos de imposibilidad de aprehensión haber sido la mercancía 'consumida, destruida o transformada'. (Subrayas y negrillas del texto citado).

De ahí que esta Sala no advierte vicio en los dictados depositados por la DIAN en los actos administrativos censurados por el hecho de requerir a la sociedad accionante, y mucho menos por no haber considerado algún tipo de orden preferente o de graduación entre los sujetos activos de la obligación aduanera, tal y como lo sugirió en la presente alzada.

Lo anterior se refuerza mucho más tomando en consideración su calidad de “sociedad de intermediación aduanera”, que la vincula al régimen aduanero a través de una relación de especial sujeción que le impone estrictos deberes en el ejercicio de las funciones y misiones conferidas a partir de su objeto misional. Al respecto, el artículo 12 del Decreto 2685 vigente a al momento de los hechos censurados es del siguiente tenor:

“La Intermediación Aduanera es una actividad de naturaleza mercantil y de servicio, ejercida por las Sociedades de Intermediación Aduanera, orientada a **facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones**, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

La Intermediación Aduanera constituye una **actividad auxiliar de la función pública aduanera**, sometida a las regulaciones especiales establecidas en este Decreto.” (Negrillas de la Sala).

Luego entonces, no es menor su responsabilidad frente al cumplimiento activo y pasivo de las normas de aduana, en su calidad de auxiliar en la función pública; motivo por el cual no resulta extraño que de estas se espere el más estricto rigor al momento de desarrollar su actividades, las cuales, desde luego, comprenden la verificación de la información empleada en sus operaciones y de los clientes que acceden a los servicios aduaneros a través de ellas, tal y como se lo imponía, además, la Circular Externa 0170 del 10 de octubre de 2002 de la DIAN, en la cual se fijan factores de riesgo, parámetros y criterios en orden a evitar el lavado de activos y otras actividades que afectan gravemente la



economía nacional; acto administrativo que no hace más que reflejar el imperativo derivado del artículo 22 del Estatuto Aduanero entonces vigente, bajo el siguiente enunciado:

“Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente **por la exactitud y veracidad de la información** contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán en las controversias de valor, únicamente cuando declaren precios inferiores a los precios mínimos oficiales, o cuando declaren precios diferentes a los consignados en la factura aportada por el importador con los ajustes a que haya lugar” (Negrillas de la Sala).

Es así, que, tal y como lo ha dicho esta Sección en pronunciamientos recientes²⁵, “... *las sociedades de intermediación aduanera están en la obligación de verificar la información que suministran sus clientes sobre sus negocios y más aún sobre su propia existencia, con miras a establecer si la actividad que someten a la labor de las autoridades aduaneras guarda o no un objeto lícito y se ajusta a la ley*”²⁶.

En esa línea, y como bien lo relata la parte demandada, la sociedad de intermediación aduanera accionante pasó por alto importantes factores de riesgo, que debió ponderar como lo indica la DIAN en la Circular Externa 0170 del 10 de octubre de 2002²⁷, al momento de aceptar importar una mercancía endosada a la COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA, pues se evidencia que, en efecto, esta última fue constituida el 27 de mayo de 2005 –las importaciones realizadas a

²⁵ Cfr., entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: (i) C. P. Rocío Araújo Oñate, 5 de abril de 2018, rad. 25000-23-24-000-2011-00259-01, actor: AGENCIA DE ADUANAS TECHCOMEX LTDA; (ii) C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, 1º de marzo de 2018, rad. 13001-23-31-000-2011-00430-01, actor: AGENCIA DE ADUANAS ACOEXAL LTDA. NIVEL 2; (iii) C. P. Alberto Yepes Barreiro, 22 de marzo de 2018, rad. 25000-23-24-000-2009-00281-01, actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y ADUANAS OVIC S. EN C. S.I.A.

²⁶ C. P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 15 de marzo de 2018, rad. 25000-23-24-000-2011-00383-01, actor: AGENCIA DE ADUANAS ALFONSO SENIOR Y CIA S.A. NIVEL 2

²⁷ En dicha circular se determinan como señales de alerta, entre otras, las siguientes: “Importaciones realizadas por personas naturales o jurídicas, sin trayectoria en la actividad comercial del **producto importado. ||Importaciones por valores superiores frente al capital con el cual fue constituida la empresa, especialmente si se trata de empresas con poco tiempo de creación**” (Negrillas de la Sala).



través de LIBREXPORT LTDA datan de julio de 2005²⁸– con un capital de \$ 8'000.000, según lo muestra el respectivo certificado de existencia y representación legal²⁹; y que, desde entonces, le figuran por lo menos 61 declaraciones de importación por cifras de aproximadamente \$30'000.000 y \$70'000.000, por mencionar solo algunas, que sumaron una base gravable de alrededor de \$230.000.000³⁰, lo cual excedía notablemente su capital, circunstancias que constituían claras señales de alerta.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los trámites aduaneros adelantados por **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** como supuesto factor eximente de la sanción impuesta, para esta Colegiatura resulta imperioso destacar que, en primer lugar, tal adecuación a las formas no constituye un factor absoluto, sino sujeto a la constante verificación de la autoridad aduanera; y en segundo lugar, que no es cierto que dicha compañía haya atendido con acierto sus deberes aduaneros, pues el solo hecho de contratar con una empresa constituida ilegalmente –aunque eso haya sido develado con posterioridad– y de respaldar las declaraciones de importación en un endoso viciado –pues de las pesquisas de la investigación penal surgió que el presentado por la sociedad actora ante la DIAN, en realidad, no había sido suscrito por quien supuestamente lo signaba–, desdican de la validez del argumento de la sociedad actora.

En defensa de lo anterior, conviene acotar que el artículo 469³¹ del Decreto 2685 de 1999 confirió a la DIAN una facultad para ejercer el

²⁸ Folio 28 del cuaderno 1.

²⁹ Folios 57-58 del cuaderno 1 de antecedentes administrativos.

³⁰ Folios 5-8 del cuaderno 1 de antecedentes administrativos.

³¹ ARTICULO 469. FISCALIZACIÓN ADUANERA. <Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 674 inciso 1o. numeral 1o. y artículo 676 del Decreto 390 de 2016> La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá competencia para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras, simultáneamente al desarrollo de las operaciones de comercio exterior, o mediante la fiscalización posterior que se podrá llevar a cabo para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, o integralmente, para verificar también el cumplimiento de las obligaciones tributarias y cambiarias de competencia de la entidad. || Para el ejercicio de sus funciones contará con las amplias facultades de fiscalización e investigación consagradas en el presente Decreto y las establecidas en el Estatuto Tributario. || La única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio aduanero nacional, será la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. || Las mercancías extranjeras que se encuentren en el territorio aduanero nacional, salvo los equipajes de viajeros, deberán estar amparadas por uno de los siguientes documentos: || a) Declaración de régimen aduanero || b) Planilla de envío o, || c) Factura de Nacionalización, en los casos expresamente consagrados en este Decreto. || PARÁGRAFO. <Ver Notas del Editor> <Parágrafo adicionado por el artículo 3 del Decreto 1161 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando en la Factura de Nacionalización de mercancías procedentes de las Zonas de Régimen Aduanero Especial se declaren precios por debajo de los precios oficiales o del margen



control posterior de la mercancía que ingresa al país, de manera intemporal y sin consideración a que haya sido o no objeto de verificación al momento de la importación. De ahí que pueda determinar, luego de surtidos los trámites administrativos de rigor la aprehensión y posterior decomiso de aquella, y, como se dijo, ante su imposibilidad, la respectiva sanción pecuniaria.

En estos términos lo decantó la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallos de 1º de febrero de 2018³² y de 22 de marzo de 2018³³, cuando, luego de reiterar la posición asumida al respecto por la Sección Primera de esta Corporación³⁴, dijo: “...*el decomiso: (i) no es una sanción, sino una medida administrativa tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía aprehendida; (ii) corresponde al ejercicio de la facultad de control y fiscalización del Estado, que no a la potestad sancionatoria; (iii) no se encuentra sometido a término de caducidad, pues no se trata de una infracción administrativa*”.

De hecho, este Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, ya ha explicado que “... *la realización de dicha diligencia [de inspección] con su respectivo levante, no está llamada a conferir al interesado el derecho a que la mercancía no sea posteriormente objeto de control aduanero para verificar el cumplimiento de los requisitos legales de importación y permanencia de la misma en el país...*”³⁵.

Ello se justifica en que “...*el acto de Levante participa de la naturaleza de los actos – condición, pues, si bien permite al importador, previo pago*

inferior de los precios estimados fijados por la Dirección de Aduanas, la misma no producirá efecto alguno.

³² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P: Rocío Araújo Oñate. Rad. 25000-23-24-000-2011-00574-01. Sentencia de 1º de febrero de 2018.

³³ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 52001-23-31-000-2009-00035-01, actor: Segundo Rafael Paredes Flórez, demandado: DIAN.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 25 de junio del dos 2004. C.P: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Radicado No. 25000-23-24-000-2000-00811-01(8805). Ver además sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, de 1 de noviembre de 2007, Radicación 2003-00803-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; de 25 de marzo de 2010, Radicación 1995-09830-01, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta; de 22 de abril de 2009, Radicación 2002-00035, C.P. María Claudia Rojas Lasso; de 22 de junio de 2006, Radicación 2001-00195, C.P. Camilo Arciniégas Andrade; de 25 de junio de 2004, Radicación 0081, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; y del 22 de junio de 2006, Radicación 2000-2240, C.P. Gabriel E. Mendoza Martelo; de 9 de julio de 2009, Radicación 2002-00756-01, C.P. Marco Antonio Velilla; de 28 de agosto de 2003, Radicación 8031, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 17 de agosto de 2017. C.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado No. 25000-23-24-000-2006-00664-01.

³⁵ Sección Primera, C. P. Marco Antonio Velilla Moreno, rad. 05001-23-31-000-2002-00754-01, actor: Luis Fernando Gutiérrez Vasquez, demandado: DIAN.



de los tributos y de constitución de garantías, disponer de la mercancía, no define la situación de la misma... ”³⁶.

Por tanto, no es cierto lo que sostiene el apelante, en relación con la supuesta indemnidad que le confiere la realización de trámites de aduana en el pasado, pues, es palmario que la autoridad aduanera tiene la competencia y las herramientas jurídicas para ello, pues el buen derecho que invoca dicha sociedad, en este caso, es apenas aparente, y se desvanece ante la corroboración posterior de situaciones irregulares, como las que rodean el *sub judice*.

Por último, resta mencionar que las decisiones del proceso penal no comprometen el análisis que dentro de sus competencias le asiste a la DIAN, toda vez que lo que allá se ventila dista del objeto de la fiscalización aduanera que le corresponde adelantar a la administración. De ahí que, la entidad demandada cuente con la autonomía necesaria para valorar desde su propio enfoque los hallazgos que le hayan sido trasladados por el investigador o el juzgador de los delitos.

Ello se explica en que, la labor de la DIAN en esta materia se contrae a determinar el cumplimiento de las normas aduaneras, bien para aplicar las condignas implicaciones objetivas –v.gr. aprehensión y decomiso–, o bien para determinar las consecuencias subjetivas –v.gr. sanciones–, según sea el caso; mientras que lo penal conlleva el estudio sobre la comisión de conductas típicas, antijurídicas y culpables de acuerdo con el ordenamiento penal.

En ese orden de ideas, el hecho de que existan o no personas condenadas penalmente por las irregularidades en la constitución y operación de la COMERCIALIZADORA LATINOS LTDA, no se opone a las potestades con las que cuenta el fiscalizador de aduana, de un lado, para verificar que **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.** hubiese atendido sus deberes de cuidado y la debida diligencia propia de su objeto social y, del otro, para sancionar con arreglo a las normas del Decreto 2685 de 1999 el incumplimiento de los mismos, como lo fue el no poner a disposición de la demandada la mercancía requerida en vía gubernativa.

³⁶ *Ibíd.*



Esto se encuentra en armonía con lo señalado en el artículo 474 del Estatuto Aduanero vigente para la época, en los siguientes términos:

“ARTICULO 474. INDEPENDENCIA DE PROCESOS. <Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 674 inciso 1o. numeral 1o. y artículo 676 del Decreto 390 de 2016> Cuando una infracción a las normas aduaneras se realice mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas o engañosas u otros hechos que tipifiquen delito por sí solos o se realice en concurso con otros hechos punibles, se aplicarán las sanciones administrativas que procedan, sin perjuicio de las investigaciones penales que corresponda adelantar”.

Así las cosas, para la Sala emerge con claridad que ninguna de las censuras elevadas a través del recurso de apelación que la convocan está llamada a prosperar y, por ende, el fallo denegatorio de las pretensiones proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión en la la sentencia de 28 de noviembre de 2012 será confirmado.

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia de 28 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión.

Segundo.- DEVOLVER el expediente de la referencia al tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO



Expediente No. 25000-23-24-000-2010-00632-01

Demandante: **LIBREXPORT LIMITADA S.I.A.**

Nulidad y restablecimiento del derecho

Fallo de segunda instancia

Consejero
Ausente con permiso

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

