Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-23-31-000-2002-00008-02**
Demandante	**DITRANSA S.A.**
Demandado	**UAE DIAN**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*Debido proceso para exigibilidad de la póliza que ampara el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una operación de tránsito aduanero y el pago de los tributos aduaneros – Decreto 2295 de 1996. El hurto de la mercancía no es causal eximente de responsabilidad, si no se demuestran los requisitos de la fuerza mayor y caso fortuito.*

I.- ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha del 16 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la empresa DITRANSA S.A., por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

2.3. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido al efecto la empresa DITRANSA S.A., presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra

[1] Folios 1-14 del C. Ppal No. 1

de la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.4. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00457 del 21 de octubre de 1999, Resolución 000951 del 6 de abril de 2000 y Resolución 001936 del 10 de septiembre de 2001, por medio de las cuales se impone y confirma una sanción consistente en multa por incumplimiento en el régimen de transito aduanero, que asciende a la suma de $2.171.226,oo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene que la sociedad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN Y TRANSPORTE S.A., DITRANSA no adeuda suma alguna a la DIAN por concepto de sanciones relativas a los actos administrativos a declarar nulos, ni ha incumplido ninguna otra obligación legal.

TERCERO: Como efecto jurídico de las anteriores declaraciones, se ordene el restablecimiento del derecho dejando sin efectos los actos administrativos que ordenaron las multas.

2.5 Hechos relevantes

Como soporte fáctico de la demanda se exponen los siguientes:

La COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN Y TRANSPORTE S.A., DITRANSA, es una empresa de gran trayectoria y reconocimiento a nivel nacional, es conocida como la primera empresa transportadora de carga en el país, desde 1994; y se encuentra inscrita ante la DIAN para realizar tránsito aduanero en el territorio nacional.

Explica, que la DIAN avaló la operación de transito aduanero con autorización No. 0002505 del 27 de octubre de 1998, la cual tenía como fecha máxima de finalización el 3 de noviembre de 1998; en la misma, aparece como declarante la empresa ADUANDES LTDA, como destinatario la empresa PERMODA S.A., y como transportista DITRANSA S.A. El transito aduanero autorizado correspondía al transporte de la mercancía amparada con el documento de transporte No. MER05570591-98, con un valor FOB de US$39.607.69., por la zona franca de la ciudad de Bogotá.

La operación de transito aduanero con autorización No. 0002505 del 27 de octubre de 1998, se encontraba garantizada con la póliza de cumplimiento

global No. 189650 expedida por la compañía de seguro SURAMERICANA DE SEGUROS, amparando la finalización del régimen y la póliza especifica No. 02254291 expedida por SEGUROS EL CONDOR SA., amparando el pago de los tributos aduaneros a favor de la DIAN.

Manifiesta, que estando aún pendiente de vencerse el termino para la finalización del tránsito aduanero, mediante escrito del 3 de noviembre de 1998, DITRANSA justifica ante la DIAN Cartagena la no llegada de la mercancía autorizada en tránsito aduanero, informando que la misma fue objeto de hurto el 30 de octubre de 1998, cuando llegaba a Bogotá, y, para los efectos legales, se anexa la denuncia realizada por el conductor del camión de placas SUL- 365 que transportaba la mercancía.

Indica, que el 3 de noviembre de 1998, fue recuperado por la Policía Nacional, el camión hurtado, de placas SUL- 365, siendo entregado a DITRANSA, según consta en acta correspondiente; por medio de escrito No. GEZF-179, el Grupo Ejecutor de Zona Franca de Bogotá comunica que el 23 de noviembre de 1998, se recuperaron 139 rollos de tejido plano de algodón, en el barrio Kennedy de Bogotá.

De acuerdo con el Acta No. 030400014 del 24 de noviembre de 1998, funcionarios de la División Técnica Aduanera se hicieron presentes en el depósito de Zona Franca, para hacer la inspección del material recuperado, reportándose que la misma correspondía a la mercancía amparada por la operación de transito aduanero con autorización No. 0002505, y dejándose constancia de que faltaban 13 royos con 1570 metros.

Mediante oficio con radicado 6375 del 8 de julio de 1999, la División de Liquidación Aduanera de la DIAN Cartagena requirió a la empresa ADUANDES LTDA., para que acreditara el cumplimiento de la operación de transito aduanero, por lo que esta última entidad se pronunció al respecto, exponiendo la situación del hurto de la mercancía y su posterior recuperación parcial; sin embargo, mediante Resolución No. 00457 del 21 de octubre de 1999, se declaró el incumplimiento de la operación, y se ordenó hacer efectiva las pólizas a la Compañía de Seguros Suramericana S.A, y Seguros Cóndor, quienes respaldaban a DITRANSA con el amparo de la mercancía y el pago de los tributos de la misma.

Seguros Cóndor y DITRANSA S.A., interpusieron el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión anterior, sin embargo, por medio de Resolución 000951 del 6 de abril de 2000, la DIAN Cartagena confirmó la

decisión objeto de reposición, por lo que se le dio trámite al recurso de apelación, el cual fue resuelto por medio de Resolución 001936 del 10 de septiembre de 2001, confirmando la sanción.

2.6. Normas violadas y concepto de la violación

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Constitución política de Colombia, artículos 2, 4, 6, 29, 58 y 363
- Código Contencioso Administrativo, artículo 3, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27 y 35.
- Decreto 2295 de 1996, artículo 4, 19 y 20.
- Resolución 2450 de 1997
- Resolución 1794 de 1993

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Violación del procedimiento sancionatorio.

Se violó flagrantemente el artículo 2° del Decreto 1800 de 1994, al hacerse efectiva la Garantía constituida sin siquiera haberse formulado el pliego de cargos correspondiente. Además, para la fecha de los hechos, la División de Fiscalización Aduanera era la competente para iniciar y adelantar la investigación por presunto incumplimiento de las normas del régimen de TRÁNSITOS ADUANEROS; sin embargo en este caso fue la División de Liquidación de la Aduana de Cartagena, la que lo hizo.

Indica, que la División de Liquidación de la Aduana de Cartagena sancionó de plano a la entidad hoy accionante, sin dar oportunidad al lesionado de defenderse formalmente y a pesar de que había recibido explicaciones anticipadas sobre el hurto, la recuperación y el ingreso del vehículo de placas SUL-365 a la Zona Franca de Bogotá. De igual forma, no se dejó constancia alguna sobre el análisis a la respuesta presentada y explicaciones rendidas por DITRANSA S.A., para proceder de forma automática a imponer la sanción por el supuesto incumplimiento.

Expone que, el hecho de que en materia tributaria exista la RESPONSABILIDAD OBJETIVA, no significa bajo ningún punto de vista que se deban violentar derechos fundamentales a los particulares como son el derecho a aportar pruebas y a defenderse. Los principios garantizadores del debido proceso, de defensa, de legalidad, buena fe, presunción de inocencia y otros, se aplican a las actuaciones administrativas como a las judiciales.

Expone que, para la época de los hechos, estaba vigente el Artículo 2º del Decreto 1800 del 3 de agosto de 1994 el cual ordenaba que una vez identificada la posible falta administrativa o los hechos constitutivos de posible infracción administrativa aduanera de acuerdo con la legislación vigente, la División de Fiscalización debía formular el correspondiente pliego de cargos al presunto infractor. A su tumo, el destinatario deberá presentar los descargos dentro del mes siguiente a la fecha de notificación del mencionado pliego; sin embargo, la DIAN fundamenta su decisión en lo normado en los Decretos 2295 de 1996, Resolución 2450 de 1997 y Resolución 1794 de 1993, modificada por la Resolución 4324 de 1995 que establece un trámite diferente y resuelve de plano la situación sin dar lugar a que la entidad enjuiciada se defienda.

Expresa que debe acogerse lo que expone la doctrina aduanera, unido a lo estipulado en los Artículos 28 y 35 del Código Contencioso Administrativo, en relación a que, las decisiones que tome la Administración deben expedirse habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes necesarios.

Sostiene que la actuación de la División de LIQUIDACIÓN DE LA ADUANA DE CARTAGENA, está viciada de NULIDAD y es procedente declarar la NULIDAD de la Resolución 000457 del 21 de Octubre de 1999, como sus confirmatorias, toda vez que, declarar de plano el incumplimiento de la obligación, es violatoria del derecho fundamental del administrado a pronunciarse y defenderse de los cargos que se le imputan.

Ausencia de violación al ordenamiento jurídico aduanero.

Considera el representante de DITRANSA, que no es de recibo lo afirmado por la DIAN por lo siguiente: DITRANSA en forma oportuna comunicó a la DIAN por oficio del 03 de Noviembre de 1998, la ocurrencia de un hurto calificado llevado a cabo por terceros delincuentes ajenos a la empresa y a la tripulación en un acto externo, irresistible e imprevisible. Sustentó igualmente su solicitud de exoneración a futuro, basada en lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2295 de 1996, que autoriza la finalización del tránsito aduanero por vía legal cuando se presenten casos de fuerza mayor.

DITRANSA, formuló la respectiva denuncia, además puede probar por vía testimonial con la versión juramentada de su conductor, la ocurrencia del hurto. Igualmente asegura que se tomaron todas las medidas de seguridad a su alcance para evitar el hurto de la mercancía, como era la utilización de los manuales para selección de equipos y tripulantes, se practicó el sistema de

caravanas, se utilizó el sistema de escolta motorizado y el viaje se practicó en horarios diurnos.

Indica que, no puede decir la DIAN que hubo culpa, negligencia o situación parecida por parte de la transportadora cuando en el caso lo que existió fue una fuerza irresistible, externa y a todas luces imprevisible para DITRANSA, pues nadie podría creer que un vehículo en caravana, escoltado y a plena luz del día fuera objeto de un hurto, tal como se cometió por los osados delincuentes.

Añade, que es irónico que siendo el mismo Estado quien debe garantizar en carreteras nacionales la prestación de un servicio público esencial como es el transporte de carga por carretera, lo deje abandonado a su suerte, como es un hecho notorio y público, que las vías son tomadas por delincuentes y subversivos, para que después se le exija al ciudadano el cumplimiento de una obligación de seguridad, resultado y garantía plena, sin respaldo del Estado que así lo exige.

Violación al artículo 64 del Decreto 1909 de 1992

Arguye Esta norma corresponde al principio de justicia que deben aplicar los funcionarios aduaneros, impidiendo que se creen formalidades inexistentes en las normas dictadas por el legislador, el mismo Decreto 1909 de 1992, reza: *"PRINCIPIO DE JUSTICIA.- Los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control deberán tener siempre como norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y tener en cuenta que el Estado no aspira a que el usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma Ley pretende, y que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras, con prevalencia sobre la realización de trámites meramente formales."*

Alega, que el caso presente jamás se presentó una duda acerca de la buena fe con la que actuó mi poderdante, pues el camión transportador de la mercancía inició el tránsito de día para disminuir riesgos de hurto o siniestros, pero lamentablemente fue objeto de hurto, el cual fue efectuado por varios delincuentes armados y provistos de un vehículo con el cual pudieron dar alcance al tracto-camión de DITRANSA y obstaculizar cualquier intento de fuga de éste.

Sostiene que, ningún argumento fue tenido en cuenta por la DIAN antes de sancionar, aplicándose la responsabilidad objetiva del derecho tributario al derecho aduanero, la cual está proscrita constitucionalmente. El anterior quiere decir que los funcionarios desviaron su actuación, dejando de lado el principio de Justicia, y aplicando sólo la responsabilidad objetiva predicable del derecho tributario, entendible tal vez porque son ante todo, funcionarios de Impuestos.

Violación al artículo 63 del Decreto 1909 de 1992

Expone que el artículo 63 del Decreto 1909 de 1992, trata sobre el principio de eficacia de las operaciones aduaneras a cargo de funcionarios de la Dirección de Aduanas Nacionales, y explica que éstas deberán realizarse teniendo en cuenta que, en el desarrollo las mismas, debe siempre prevalecer el servicio ágil y oportuno al usuario aduanero, para facilitar y dinamizar el comercio exterior.

Con fundamento en lo anterior afirma, que la solución dada por la administración al caso concreto, es ilegal, ya que se está desconociendo la verdad, para privilegiar el procedimiento formal, atentando contra derechos fundamentales como el del debido proceso y el derecho a la legítima defensa, toda vez que los procedimientos regulares no ofrecieron la oportunidad probatoria necesaria para la defensa de DITRANSA.

2.7.- Pronunciamiento de las entidades vinculadas.

2.7.1 Seguros Generales Suramericana S.A[2]

Esta entidad se pronunció frente a la demanda, manifestando su coadyuvancia a la misma bajo los siguientes argumentos:

(i) Ausencia de notificación a Suramericana de Seguros, inobservancia del debido proceso, irregular expedición del acto: Lo anterior fundamentado en el artículo 35 del CCA., toda vez que considera que se le debió dar la oportunidad a Suramericana de Seguros de expresar sus opiniones, pues no se le notificó la existencia del procedimiento administrativo, como era el requerimiento especial aduanero. Por lo tanto, la decisión contenida en las resoluciones demandadas, se encuentran afectadas de nulidad como quiera que con ellas se violó el debido proceso y el derecho de defensa de la aseguradora.

[2] Folio 313-320 c. 2

Además expresa, que la entidad emisora del acto no tuvo en cuenta los argumentos de defensa de DITRANSA S.A., ni las pruebas aportadas por esta para adoptar su decisión.

(ii) Falta de motivación del acto: Explica que la motivación del acto acusado obedece a una formula acomodada de la DIAN que aplica en todos los casos en los que declara el incumplimiento de las obligaciones aduaneras, para hacer efectivas las garantías.

Sostiene que los argumentos de la administración no tienen en cuenta, para nada, las condiciones particulares de este caso en concreto, pues no expone las circunstancias fácticas que representan el transporte terrestre en este país, teniendo en cuenta la inseguridad de las carreteras en aquella época.

Indica que en las resoluciones demandadas no se tuvieron en cuenta los argumentos de defensa de DITRANSA S.A., ni las pruebas aportadas por esta para exonerarse de su responsabilidad.

(iii) El requerimiento especial aduanero fue expedido de manera extemporánea.

Manifiesta que, a este caso debe aplicársele el Decreto 2685 de 1999 que en su artículo 509 establece el termino para proferir el requerimiento especial aduanero. En ese sentido, considera la entidad vinculada excedió el plazo de los 30 días otorgado por la ley para expedir el requerimiento en mención, los cuales se cuentan desde la fecha en la que ésta tuvo conocimiento del siniestro.

(iv) Afirma que no se tuvo en cuenta la situación de las carreteras del país, que debe tenerse en cuenta las causales eximentes de responsabilidad como son la fuerza mayor y el caso fortuito pues el transportador no está obligado a lo imposible.

(v) Expone que las medidas adoptadas por el transportador fueron las idóneas para desarrollar la actividad para la cual fue contratado, como quiera que siempre transitó en horas diurna, el vehículo que llevaba la mercancía iba acompañado por escolta quien siempre se moviliza en vehículo separado al de la mercancía.

2.7.2 Fiduagraria (Administradora PAT Seguros Cóndor S.A.)

Esta entidad fue notificada del auto admisión de la demanda, sin embargo no se pronunció al respecto.

2.8 Contestación de la DIAN[3]

Mediante apoderado judicial constituido para el efecto, la entidad accionada en este asunto, UAE DIAN, dio contestación a la demanda, manifestando que son parcialmente ciertos los hechos de la misma. Sostiene que el problema jurídico a dilucidar en este caso, se circunscribe a determinar si era procedente o no que la DIAN impusiera al transportista DITRANSA S.A., las consecuencias jurídicas de la comisión de la infracción administrativa aduanera contenida en el literal f) del artículo 20 del Decreto 2295 de 1996, por no haber entregado la mercancía al depósito habilitado por la Aduana de partida.

Afirma, que en el presente caso quedo demostrado que el régimen no finalizó en debida forma, pues la mercancía llegó con un faltante y no fue entregada al usuario operador de Zona Franca dentro del término autorizado por la aduana de partida, por lo cual se configura la causal de incumplimiento tipificada en los literales d) y F del artículo 20 del Decreto 2295 del 1996. Indica, que este hecho le genera responsabilidad administrativa tanto al transportador como al declarante, porque el evento presentado implica no solo la falta de entrega de mercancía y la llegado fuera del tiempo autorizado por la Aduana de partida, sino también, la ausencia del pago de tributos aduaneros que se habían causado por la introducción de la mercancía al país que se encontraban suspendidos por la ejecución de la operación de transito aduanero. Al configurarse el incumplimiento de esta obligación a cargo del transportador y del declarante, la consecuencia que sobreviene es la orden de hacer efectiva la póliza con que se amparaba el cumplimiento de la operación, tal como se encuentra previsto en el artículo 21 de la Resolución No 2450 del 29 de abril de 1997, resolución en la cual se ordena continuar con los tramites contemplados en la Resolución No 4324 de 1995.

Afirma, que en estos eventos, de acuerdo con el parágrafo del artículo 20 del Decreto 2295 de 1995, la única causal eximente de responsabilidad es la fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobado durante el procedimiento para declarar el incumplimiento; sin embargo, dichos eventos no fueron demostrados en este caso.

[3] Folio 118-136 C. 1

Sostiene que el procedimiento de declaratoria de incumplimiento se adelanta de conformidad con la Resolución No 1794 de 1993, que establece que la División de Liquidación, mediante resolución motivada, declarará el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantías bancarias y de compañía de seguros. En la norma antes citada, se establece que para declarar el incumplimiento basta con recibir de la División competente la información y pruebas sobre el incumplimiento de la obligación, sin necesidad de adelantar ningún tipo de procedimiento que hasta ese momento involucre a la compañía aseguradora ni al asegurado. El acto administrativo que declara el incumplimiento se notifica tanto al asegurado como a las aseguradora, momento a partir del cual pueden ejercer plenamente su derecho de defensa mediante los recursos ordinarios en vía gubernativa. Por lo tanto, no existió violación al derecho de contradicción, pues como ya se anotó para efectos de declarar el incumplimiento de obligaciones garantizadas no está previsto que se deba proferir un pliego de cargo, y por otra parte, con la notificación del acto administrativo que declara el incumplimiento, pues, tanto el asegurado como la aseguradora tienen la oportunidad de ejercer su defensa interponiendo los recursos en vía gubernativa y aportando las pruebas que acrediten el cumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma.

Manifiesta, que tampoco es de recibo el argumento del demandante cuando manifiesta que se debió aplicar el artículo 2° del Decreto 1800 de 1994, y que por lo tanto se haya impuesto una sanción de plano con violación del artículo 29 de la Constitución, porque el procedimiento para la declaratoria del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, se encuentra reglamentado de manera especial por el artículo 41 de la Resolución No 1794 de 1993, modificado por el artículo 1 ° de la Resolución 4324 de 1995, el cual se cumplió a satisfacción en el presente caso. Expresa que el tema del incumplimiento de obligaciones garantizadas ha sido abordado por el Consejo de Estado, quien ha dejado sentado que éste no es una sanción, y por lo tanto no es necesario proferir pliego de cargos.

Explica, que de conformidad con el artículo 1 de la ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito consiste en el imprevisto al cual no es posible resistir, por parte de quien lo invoca, siempre y cuando éste aparezca exento de culpa o dolo; en ese sentido, para que se configure la fuerza mayor consagrados en nuestra legislación como eximentes de responsabilidad, no basta con acreditar un hurto, pues la doctrina y la jurisprudencia reciente a fecha del

presente proceso han señalado que el hurto de las mercancías, podría tenerse como causal para dar por terminado el régimen siempre que se demuestren los tres elementos que lo componen. Así las cosas, se tiene que, además de tratar de comprobar el hurto de la carga, lo primordial y más importante, es demostrar que se configuraron los elementos de las causales exonerativas de responsabilidad; pues la denuncia traída al proceso, solo demostraría el hurto, pero lo pertinente en este caso, es demostrar que, a pesar de haberse tomado todas las medidas de seguridad tendientes a evitar un insuceso como la piratería terrestre, éste no se pudo evadir, por lo imprevisible, irresistible e inevitable.

III.- SENTENCIA RECURRIDA[4]

Con providencia calendada el día 16 de febrero de 2017, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Al respecto consideró, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2295 de 1996, puede concluirse que, en la actuación administrativa adelantada por la DIAN correspondía al ejercicio sancionador de la Estado, por lo cual el mismo debía sujetarse a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que era obligatorio para la entidad accionada, adelantar un procedimiento en el que se le brindara al administrado, todas las garantías del debido proceso y derecho de defensa. Que en caso de no existir un procedimiento especial para la aplicación de las sanciones aduaneras, la DIAN debía acogerse a lo establecido en el artículo 28 del CCA; sin embargo, encontraba el Despacho que en el caso de marras sí existía una norma especial que regulaba tal situación, como era la Resolución 1800 de 1994, la cual, entre otras cosas, regula lo relativo al procedimiento de imposición de sanciones aduanera.

Al estudiar el supuesto de la fuerza mayor y el caso fortuito, el Juez a quo expuso que en efecto se encontraban demostrados los tres elementos de dicha figura, como quiera que de la denuncia penal presentada por la empresa DITRANSA, permitía tener por demostrado que la actuación que impidió la entrega de la mercancía a tiempo en la aduana de destino, correspondía al hecho de un tercero. Que el hurto había ocurrido en el casco urbano de la ciudad de Bogotá, aun cuando la compañía había tomado la

[4] Folio 359-377 C/no 2

previsión de entregar la mercancía en horario diurno para evitar contratiempos.

En consecuencia, afirmó que los actos administrativos demandados se profirieron con desconocimiento de las normas legales, por lo que era necesario declarar la nulidad de los mismos, y como consecuencia de ello, las entidades demandantes DITRANSA SA., SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., y SEGUROS CÓNDOR S.A., quedaban exentas del pago de las obligaciones contenidas en los mismos.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[5]

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la DIAN interpuso recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no se encuentra de acuerdo con la misma, por cuanto no existen razones para concluir que existió violación al debido proceso y tampoco se encuentra configurada la fuerza mayor.

Revisada las actuaciones surtidas por la administración, se evidencia que en ellas no se ha realizado ninguna aplicación extensiva de la norma, pues la sanción se ajusta perfectamente a los supuestos facticos presentados, causal eximente de responsabilidad no está establecida en ningún documento aportado por el demandante, por lo que los hechos que sirvieron de fundamento para la aplicación de la sanción establecida causal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 se fundamenta en hechos reales, contrario a lo manifestado por el actor.

De igual forma, no se ha incurrido en violación del debido proceso toda vez que las normas y fundamentos en que se basa las resoluciones recurrida se encuentran conforme a derecho, pues la empresa transportadora no entregó la mercancía al depósito habilitado al cual tiene consignado al usuario operador de la Zona Franca dentro del término autorizado por la aduana de partida

No le asiste razón en manifestar que la administración está infligiendo un mal a las personas implicadas, en los actos demandados se puede observar que se dio cumplimiento a las normas existentes a la fecha en que sucedió el hecho por el cual se sancionó al demandante. La Administración se opone a que se considere el hurto que supuestamente ocurrió sobre la mercancía en tránsito, como una causal exonerante de responsabilidad, pues los tres

[5] Folio 397-404 c/no 2

elementos no se configuran, como tampoco la inmediatez en la presentación del denuncio para que la autoridad tomara medidas de reacción para impedir y/o para revertir el ilícito.

Para que se configure la fuerza mayor consagrados en nuestra legislación como eximentes de responsabilidad, no basta con acreditar un hurto, pues la doctrina y la jurisprudencia reciente han señalado que el hurto de las mercancías, podría tenerse como causal para dar por terminado el régimen siempre que se demuestren los tres elementos que lo componen. (Para el caso en estudio, Régimen de Tránsito Aduanero, las circunstancias del hurto se tipifican en iguales condiciones. Concepto 122 de junio 30 de 2000).

Dentro de las piezas probatorias arrimadas a éstas sumarias, figuran entre otras, la fotocopia simple de la denuncia instaurada por el conductor del vehículo ante la Dirección Central de Policía Judicial en donde se deja constancia que entrada de la ciudad de Bogotá fue interceptado por unos sujetos que se llevaron la mercancía. En estas pruebas aportadas al expediente, hay que tener en cuenta que, además de tratar de comprobar el hurto de la carga, lo primordial y más importante, es demostrar que se configuraron los elementos de las causales exonerativas de responsabilidad. Es decir, con la denuncia en un momento dado se probaría el hurto, pero no las causales eximentes de responsabilidad.

En consecuencia, el valor probatorio de esas piezas procesales, demostraría el hurto, pero lo pertinente en este caso, es demostrar que a pesar de haberse tomado todas las medidas de seguridad tendientes a evitar un insuceso como la piratería terrestre, éste no se pudo evadir, por lo imprevisible, irresistible e inevitable. De conformidad con el artículo 1 de la ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito consiste en el imprevisto, a que no es posible resistir siempre y cuando que, quien lo invoca en su beneficio aparezca exento de culpa o dolo.

La entidad finaliza reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda, y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

V.- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 17 de abril de 2018[6], por lo que se procedió a dictar auto admisorio

[6] Folio 3 c. de apel.

del recurso el 15 de agosto de 2018[7]; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 4 de octubre de 2018[8].

VI.- ALEGATOS

6.1 Alegatos de la parte demandante: No presentó alegatos de conclusión.

6.2 Alegatos de SURAMERICANA – Tercera interviniente[9]: esta entidad descorrió el traslado para alegar de conclusión, solicitando que se mantenga incólume la decisión de primera instancia.

6.3. Alegatos de la parte demandada - DIAN[10]: La DIAN descorrió el traslado para alegar de conclusión, ratificándose en los argumentos planteados en el recurso de apelación.

6.4 Ministerio Público: El Ministerio Público no hizo uso de la oportunidad para emitir concepto.

XII. - CONSIDERACIONES

7.1 Control de Legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del CCA.

7.3.- Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 00457 del 21 de octubre de 1999.
- Resolución 000951 del 6 de abril de 2000.
- Resolución 001936 del 10 de septiembre de 2001.

---

[7] Folio 5 c. de apel.
[8] Folio 9 c. de apel.
[9] Folio 11-25 c/no de apelaciones
[10] Folio 26-33 c/no de apelaciones

7.4- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta la inconformidad expresada por la sociedad actora en su recurso de alzada, el problema jurídico en el presente asunto se contrae a establecer si:

> *¿Los actos administrativos demandados, por medio de los cuales la DIAN impone una sanción a la empresa DITRANSA S.A., por el incumplimiento de sus obligaciones en la modalidad de tránsito aduanero, deben ser excluidos el mundo jurídico, atendiendo a que con ellos se violó el debido proceso?*
>
> *¿Se encuentra demostrado en el plenario la fuerza mayor que invoca la parte demandante – hurto -, como causa extraña que le impidió la entrega de la mercancía en la aduana de destino?*

Para ello, deberá verificarse lo establecido en los acuerdos invocados por la parte actora y demás normas legales aplicables al caso.

7.5.- Tesis de la Sala

Para la Sala, deberá REVOCARSE la sentencia apelada toda vez que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al caso concreto, el procedimiento que debe adelantar la DIAN para declarar el incumplimiento de las obligaciones y hacer exigible la póliza de seguro que ampara dicho cumplimiento, no está sujeto a requerimiento previo del transportador, conforme con la Resolución 1800/94, toda vez que dicho trámite no se trata de una sanción administrativa; por ello, el procedimiento aplicable es el contenido en la Resolución 4324 de 1995.

Por otra parte, se encuentra que la ocurrencia del hurto no es suficiente para tener por demostrada una causal eximente de responsabilidad pues lo que está en discusión no es el hecho delictivo, sino la acreditación ante la administración y ante esta instancia judicial, de aquellos elementos que permiten configurar la fuerza mayor en el caso concreto (la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho)

La Tesis aquí planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen, (i) Marco Legal y Jurisprudencial, (ii) Exoneración al deber de finalizar la operación (iii) Fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad (iv) caso concreto, (v) conclusión.

7.6- Marco normativo y Jurisprudencial

7.6.1 Obligaciones de las empresas de transporte en las operaciones de tránsito aduanero.

De acuerdo con el Decreto 2295 de 1996, la operación de tránsito aduanero es aquella que comprende todas las actividades relacionadas con el transporte de una mercancía sometidas al régimen de tránsito aduanero entre una aduana de partida y una de destino. Para ello, el declarante debe presentar la solicitud de transito ante la aduana de partida, que es por donde ingresa la mercancía al territorio nacional, para que ésta autorice su traslado hasta la aduana de destino (la cual también debe estar ubicada en el territorio nacional), con suspensión de tributos.

La norma en cita también establece que las operaciones de tránsito aduanero deben realizarse únicamente en los medios de transporte de empresas inscritas y autorizadas previamente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. De igual forma, las empresas transportadoras responderán ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por la finalización del régimen en el término autorizado; por su parte, el Declarante deberá responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la autorización del régimen.

Para efecto de garantizar el pago de las anteriores obligaciones, el Decreto 2295 de 1996 establece lo siguiente:

> *"**Artículo 13. Garantía de tributos aduaneros.** Toda operación de tránsito aduanero deberá estar amparada con una garantía bancaria o de compañía de seguros global o específica según el caso, constituida por el declarante en favor de la Nación Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la que se garantice el pago de los tributos aduaneros suspendidos.*
>
> *El valor asegurado será equivalente para las garantías globales a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y para las garantías específicas al cuarenta por ciento 40%) del valor CIF de la mercancía que se somete al régimen de tránsito. Dicha garantía se hará efectiva en su totalidad o proporcionalmente, si la mercancía se pierde durante el término de duración del tránsito aduanero o no llega al destino autorizado por la Aduana de Partida.*
>
> ***Parágrafo.** Las operaciones de tránsito aduanero declaradas por los usuarios aduaneros permanentes se entenderán afianzadas con la garantía constituida de conformidad con el literal b) del artículo 4° del Decreto 197 de 1995 y demás disposiciones que lo desarrollen, adicionen o modifiquen.*
>
> ***Artículo 14. Garantía por la finalización del régimen.** Toda empresa que transporte mercancías sometidas al Régimen de Tránsito Aduanero deberá constituir en favor de la Nación Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas*

Nacionales, una garantía bancaria o de compañía de seguros, mediante la cual se ampare la finalización del régimen durante el tiempo autorizado por la Aduana de Partida.

La garantía que ampara la finalización del régimen es independiente a la que garantiza el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la operación de tránsito aduanero.

***Parágrafo 1°.** Las empresas transportadoras inscritas y autorizadas para realizartránsitos aduaneros deberán garantizar sus operaciones mediante la constitución de una póliza global, cuyo valor asegurado sea equivalente a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

Cuando excepcionalmente la operación de tránsito aduanero se realice en medios de transporte, pertenecientes a las empresas declarantes, éstas deberán garantizar la finalización del régimen a través de la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros cuyo valor asegurado sea equivalente a treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

***Parágrafo 2°.** En todo caso, cuando el transportador o la empresa declarante que realiza la operación en sus propios medios incumpla su obligación de finalizar el régimen en tiempo autorizado, la Aduana de Partida impondrá a la empresa transportadora o declarante una multa equivalente a treinta (30) salarios legales mensuales vigentes por operación incumplida, los cuales se harán efectivo mediante la exigibilidad de la garantía, previa la declaración del incumplimiento por parte de la Aduana de Partida. Lo anterior sin perjuicio de la efectividad de la garantía que ampara el pago de tributos aduaneros suspendidos, cuando a ello hubiere lugar".*

Conforme con la norma en cita, el régimen de tránsito aduanero finaliza cuando ocurre alguna de las siguientes situaciones:

***Artículo 19. Finalización del Régimen.** El Régimen de Tránsito Aduanero finaliza por una de las siguientes causales:*

a) Con el registro y numeración de los documentos de viaje en las dependencias de la Aduana de Destino antes del vencimiento del término otorgado por la Aduana de Partida, para lo cual el transportador deberá anexar el acta de recibo y peso de la carga por parte del depósito habilitado o del usuario operador de la zona franca industrial de bienes y de servicios al cual viene consignada la mercancía.

(...)

b) Con la orden de finalización del régimen de tránsito aduanero expedida por una Aduana de Paso, cuando encuentre inconsistencias en los documentos de viaje violaciones a los precintos, violación a las restricciones del régimen tránsito aduanero, pérdida de mercancías y en general cualquier incumplimiento al régimen, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de las mercancías cuando a ello hubiere lugar;

c) Cuando por motivos de fuerza mayor o caso fortuito la Aduana autorice la finalización del régimen de conformidad con el reglamento que para este efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

***Artículo 20. Incumplimiento del régimen por parte de las empresas transportadoras.** Constituye incumplimiento de las obligaciones originadas en el régimen de tránsito*

aduanero la no finalización de este dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Se entenderá que el régimen no ha finalizado y por tanto dará lugar a la exigibilidad de la garantía por un monto de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de este Decreto, cuando:

f) La empresa transportadora no entregue la mercancía al depósito habilitado al cual viene consignada o al usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Si la mercancía es entregada dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha en que venció el plazo autorizado, la garantía se hará efectiva por diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo. Constituyen causales eximentes de responsabilidad dentro del régimen de tránsito aduanero las circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente probados durante el procedimiento para declarar el incumplimiento.

7.6.2 Fuerza mayor y caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad.

Respecto a la fuerza mayor o caso fortuito, contemplado como eximente de responsabilidad, y alegado por la sociedad actora, resulta conveniente analizar, lo que sobre este asunto ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero)[11], así:

> *"... En este orden de ideas, la pretensión de alegar el hecho de la naturaleza como factor exonerarte de la obligación del transportador, impone a este probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, en cuanto a causa del incumplimiento, pues como lo ha puesto de relieve esta misma Sala, precisamente a propósito de la responsabilidad del transportador que aduce el hecho de un tercero como causal de fuerza mayor, "... para exonerarse de responsabilidad, el transportador debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente le compete demostrar que el hecho que ocasiona el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.*
>
> > *"... En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador...".*

Doctrinalmente sobre la fuerza mayor se tiene que es una situación universalmente aceptada como causal eximente de responsabilidad, instituto que emerge como el desarrollo del principio de derecho que "nadie está

[11] Consejo de Estado, Sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero)

obligado a lo imposible". Cuando se presenta esta situación se rompe el nexo causal trayendo como consecuencia la inexistencia de la conducta.

Esta se define en palabras del tratadista Jaime Ossa Arbeláez[12], *"como el acontecimiento impeditivo que tiene origen en hechos de la naturaleza y aún en los actos del hombre cuando estos sean obra de un tercero"*. Este hecho resulta una traba insalvable para el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, para que se pueda estructurar el fenómeno de la fuerza mayor es necesario que se encuentren los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad, a su paso la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

> *"la fuerza mayor debe ser: 1) Exterior: Esto es que "está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor". 2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho". 3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo. "*[13]

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar conforme a lo probado en autos, las circunstancias puntuales en las que ocurre la infracción que tuvo por demostrada la DIAN, analizando la Sala la viabilidad de aplicar el principio de favorabilidad que invoca el apelante, y que a su vez resolverá el interrogante en torno a si se dieron o no los supuestos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, las consecuencias que señalan las normas que arriba quedaron trascritas.

7.8.- Caso Concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Declaración de tránsito aduanero identificado con autorización No. 0002505 del 27 de octubre de 1998, en la que se permite a la empresa CIA DISTRIBUCIONES Y TRANSPORTES S.A., el traslado de la mercancía consistente en 152 rollos de tela, en una unidad de carga de 1x20' con un peso de 13.010 kgs., y vehículo SUL-365, desde la aduana de partida en Cartagena, hacia la aduana de destino en Bogotá, con fecha de

[12] Derecho Administrativo Sancionador, "Una Aproximación Dogmática" Editorial Legis año 2009 pág. 319 – 320.
[13] C.E. Sección Tercera Sentencia 07506 del 04/02/26. Ponente: GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Actor: ROSA ELVIRA BENAVIDES DE MUÑOZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE ANCUYA

finalización el 3 de noviembre de 1998. El declarante de la mercancía era la empresa ADUANDES LTDA y el destinatario era PERMODA S.A., (fl. 172).

- Comunicación remitida por DITRANSA S.A, de fecha 3 de noviembre de 1998, por medio de la cual le informa a la DIAN sobre el hurto de la mercancía transportada en el vehículo SUL-365 que salió de Cartagena con destino a Bogotá y que transportaba 152 rollos de tela de propiedad de Permoda (fl. 171).

- Denuncia penal elevada por el señor MARCO ALFONSO MOLINA, conductor del vehículo SUL-365, realizada el 30 de octubre de 1998 (fl. 174-179).

- Oficio del 2 de diciembre de 1998, por medio del cual la Zona Franca en Bogotá informa a la Aduana de Cartagena el hurto de la que transportaba DITRANSA SA., en el vehículo SUL-365, de propiedad de PERMODA SA.; de igual manera se comunica la recuperación, por parte de la Policía de Kennedy, de 139 rollos de tela los cuales fueron puestos a disposición de la Fiscalía 133. Que una vez inspeccionada la mercancía por el funcionario de la DIAN, el usuario operador de zona franca expidió el acta No. 01691 del 26 de noviembre de 1998 (fl. 185).

- Acta de hechos levantada por la Policía nacional de Kennedy el 23 de noviembre de 1998, en el que se deja constancia de la recuperación de 139 rollos de tela (fl. 201 c. 2)

- Acta del 27 de noviembre de 1998, en la que se deja constancia de la entrega provisional de 1 contenedor de 20 pies, vacío, recuperado luego de ser hurtado (Fl. 202 c. 2)

- Acta del 23 de noviembre de 1998, en la que se deja constancia de la inspección de la mercancía (139 rollos de tela) transportada por DITRANSA S.A. (fl. 206-210 c. 2).

- Mediante oficio del 7 de julio de 1999, la DIAN requiere a la empresa declarante ADUANDES LTDA, para que aporte los documentos soportes del cumplimiento del régimen de tránsito aduanero No. 0002505 del 27 de octubre de 1998, trasportado de la ciudad de Cartagena a Bogotá (fl. 216 c. 2).

- Comunicado del 28 de julio de 1999, por medio de la cual ADUANDES LTDA, informa a la DIAN sobre el hurto de la mercancía antes mencionada, y adjunta los documentos soportes de tal hecho (fl. 217). Por medio de esta actuación, se le da respuesta al requerimiento anterior.

- Resolución 000457 del 21 de octubre de 1999, mediante la cual la DIAN declara el incumplimiento de las obligaciones del transportador, por cuanto la misma se hizo por fuera del término autorizado y en cantidades diferentes a las autorizadas. En consecuencia hace efectiva la garantía de cumplimiento de las obligaciones del transportador, por valor de $6.000.000, cuya aseguradora es Suramericana de Seguros. Además, hace efectiva la garantía tomada por el Declarante, otorgada por Seguros Cóndor, por valor de $2.000.000, la cual ampara el valor de los tributos aduaneros (fl. 234-238 c. 2).

- Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por Seguros Cóndor y DITRANSA S.A. (fl. 251-255; 259-263 y 265-267).

- Resolución 000951 de abril 6 de 2000, por medio de la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena resuelve el recurso de reposición presentado por las entidades demandadas, y confirma la decisión adoptada en Resolución 000457 del 21 de octubre de 1999 (fl. 290-300).

- Resolución 1936 del 10 de septiembre de 2001, por medio de la cual la DIAN resuelve de manera desfavorables los recursos de apelación (fl. 305-310)

7.8.2 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

7.8.2.1 Procedimiento para el cobro de las garantías por el incumplimiento de las obligaciones aduaneros.

Advierte la Sala que uno de los argumentos de la entidad demandante para solicitar la nulidad de las resoluciones cuestionadas, se fundamenta en la violación del debido proceso en cuanto al procedimiento utilizado por la DIAN para hacer exigible las garantías que amparan el riesgo de incumplimiento de la operación de tránsito aduanero.

En ese sentido, DITRANSA S.A., manifiesta que el procedimiento aplicable al caso era la Resolución 1800 de 1994 que establece lo siguiente:

> *Artículo 2° Procedimiento para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera.*
>
> *En todos los casos, para la aplicación mediante resolución independiente de las sanciones y multas previstas en la legislación aduanera, se seguirá el siguiente procedimiento:*
>
> *Una vez identificada la posible falta administrativa o los hechos constitutivos de posible infracción administrativa aduanera de acuerdo con la legislación vigente, la División de Fiscalización formulará el correspondiente pliego de cargo al presunto infractor. A su turno, el destinatario deberá presentar los descargos dentro del mes siguiente a la fecha de notificación del mencionado pliego.*
>
> *Cuando el destinatario del pliego de cargos, dentro del término previsto para dar respuesta, acepte los hechos expuestos en el mismo, la sanción o multa que deba imponerse se reducirá en un treinta por ciento (30%) del monto establecido en la norma pertinente.*
>
> *Recibidos los descargos o cumplido el término otorgado para el efecto, la Administración, a través de la División de Liquidación o de quien haga sus veces, dispondrá de tres (3) meses, prorrogables por una sola vez y hasta por el mismo término, para proferir la respectiva resolución de sanción o multa.*
>
> *Contra el respectivo acto administrativo únicamente procederá el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación. A su turno, la Administración contará con seis (6) meses para resolver dicho recurso a través de la División Jurídica o de quien haga sus veces.*

Por su parte la DIAN sostiene que el procedimiento aplicable es el establecido en la Resolución 4324 de 1995, que dispone:

> *"Artículo Primero.- Modificase el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, el cual quedará así:*
>
> *"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.*

"Este acto administrativo deberá notificarse al garante y al tomador de la garantía, conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y siguientes del Decreto 1909 de 1992. En el mismo acto deberá ordenarse, una vez el mismo se encuentre ejecutoriado, la remisión de copia o fotocopia debidamente autenticada a la dependencia donde reposa el original de la garantía para que, con fundamento en dicho acto, se envíe el original de la garantía a la Subdirección o a la División de Cobranzas, según sea el caso, o a la dependencia que haga sus veces en la Administración de Impuestos y Aduanas correspondiente, con el objeto de hacer efectivo el cobro de la obligación por vía de jurisdicción coactiva.

"Contra la providencia que declare el incumplimiento de la obligación aduanera afianzada y ordena la efectividad de la garantía, podrán interponerse los recursos de reposición y apelación dentro de los cinco (5) días hábiles a su notificación.»[14]

Sobre este tema, el Consejo de Estado[15] ha determinado lo siguiente:

"PÓLIZAS O GARANTÍAS DE OBLIGACIONES ADUANERAS - Su efectividad se declara de oficio sin sujeción a formulación de cargos: aplicación del artículo 41 de la Resolución 4324 de 1995 de la DIAN.

Plantea la actora la violación del debido proceso y del derecho de defensa porque, a su juicio, previamente a la efectividad de la garantía debió habérsele dado la oportunidad de controvertir los cargos. ***La Sala en sentencia de 22 de noviembre de 2001 Expediente núm. 6282, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, tuvo oportunidad de pronunciarse frente a un asunto similar al que ahora ocupa su atención, en el cual precisó: "…..El artículo 2° del Decreto 1800 de 1994 prevé que para la imposición de sanciones y multas se formule pliego de cargos al presunto infractor. Dicha disposición no tiene aplicación en este caso, ya que la norma pertinente es el artículo 41 de la Resolución núm. 4324 de 10 de agosto de 1995, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que prevé que para la efectividad de las garantías la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas declarará de oficio, mediante resolución motivada, el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantía bancaria o de compañía de seguros; y no supedita tal declaración a la formulación previa de un pliego de cargos.*** *En este punto resulta oportuno señalar que la Sala en sentencia de 11 de octubre de 2001, Expediente 6342, C.P. Manuel S. Urueta Ayola, se pronunció sobre la legalidad de la Resolución 4324, precisamente frente al mismo cargo aquí planteado, relacionado con el artículo 2° del Decreto 1800 de 1994, por lo que en esta oportunidad se remite a lo allí expuesto, para reiterarlo. Al efecto, dijo la Sala en la precitada providencia: La finalidad de dicho procedimiento es principalmente la de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara una obligación aduanera sometida a garantía, independientemente de la actuación que deba adelantarse por hechos que eventualmente sean constitutivos de falta administrativa o infracción de norma aduanera. Así se señala en el artículo atacado, en cuanto hace la salvedad de que el procedimiento debe desarrollarse "sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar". De lo anterior se infiere que la materia de que se ocupan los apartes enjuiciados es distinta de la regulada en el artículo segundo (intitulado Procedimiento para la aplicación de sanciones y multas*

[14] Tomado de la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011)

[15] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dos (2002). Radicación número: 08001-23-31-000-1996-00996-01(7206) – Jurisprudencia vigente al momento de los hechos.

previstas en la legislación aduanera) del Decreto 1800 de 1994, toda vez que la de aquélla, como está dicho, corresponde a las garantías que deben otorgarse en los asuntos aduaneros, lo cual no comporta necesariamente un carácter sancionatorio, sino de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del Estado en las operaciones relativas a tales asuntos; mientras que la materia objeto del artículo segundo del precitado Decreto 1800 de 1994, corresponde específicamente a la acción sancionatoria que está a cargo de las autoridades aduaneras, la cual está dirigida a reprimir las conductas y omisiones que constituyan falta administrativa o infracción de las normas aduaneras, independientemente de que existan obligaciones aduaneras sujetas a garantía. ...".

En otro pronunciamiento más reciente, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha expuesto que:

DECRETO 1800 DE 1994 - Establece el procedimiento para la imposición de sanciones o multas en materia aduanera / RESOLUCIÓN 4324 DE 1995 - Procedimiento para la efectividad de las garantías / EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS - Difiere del procedimiento para la imposición de sanciones o multas / DEBIDO PROCESO - No vulneración

No considera la Sala que se haya vulnerado el debido proceso por cuanto la norma aplicable al caso no era el artículo 2 del Decreto 1800 de 1994 sino el artículo primero de la Resolución No. 4324 de 10 de agosto de 1995 expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que modificó el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, expedida por el mismo funcionario (...) ***Como puede observarse, mientras el artículo 2 del Decreto 1800 de 1994 establece un procedimiento que se aplica para la imposición de sanciones o multas en el cual es necesario formular el correspondiente pliego de cargos, no ocurre lo mismo con la declaración de incumplimiento que previó la Resolución No.4324 de 10 de agosto de 1995, pues como lo señaló ésta Corporación en sentencia del 11 de octubre de 2001, la finalidad del procedimiento contenido en ésta "es principalmente la de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara una obligación aduanera sometida a garantía, independientemente de la actuación que deba adelantarse por hechos que eventualmente sean constitutivos de falta administrativa o infracción de norma aduanera. Así se señala en el artículo atacado, en cuanto hace la salvedad de que el procedimiento debe desarrollarse "sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar".*** *En la misma providencia se estableció que la materia de la que se ocupa el artículo primero de la Resolución No. 4324 de 10 de agosto de 1995, que modificó el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, "es distinta de la regulada en el artículo segundo (intitulado Procedimiento para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera) del Decreto Núm. 1800 de 1994, toda vez que la de aquélla, como está dicho, corresponde a las garantías que deben otorgarse en los asuntos aduaneros, lo cual no comporta necesariamente un carácter sancionatorio, sino de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del Estado en las operaciones relativas a tales asuntos; mientras que la materia objeto del artículo segundo del precitado Decreto 1800 de 1994, corresponde específicamente a la acción sancionatoria que está a cargo de las autoridades aduaneras, la cual está dirigida a reprimir las conductas y omisiones que constituyan falta administrativa o infracción de las normas aduaneras, independientemente de que existan obligaciones aduaneras sujetas a garantía". En consecuencia, no hay violación del debido proceso porque la administración aplicó el que correspondía, esto es el consagrado en el artículo primero de la Resolución No.*

4324 de 10 de agosto de 1995, que modificó el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993[16].

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que en efecto, el procedimiento aplicado por la DIAN para hacer efectiva la garantía que amparaba el cumplimiento de las obligaciones por la debida finalización del régimen de tránsito aduanero, era el correcto, puesto que la exigibilidad de las garantías no se hace en virtud de la imposición de una sanción, que es el procedimiento regulado en la Resolución 1800 de 1994, sino que las mismas constituyen una previsión para el pago de las obligaciones adquiridas con el régimen de transito aduanero.

En virtud de lo anterior, concluye la Sala que no era necesario que la DIAN expidiera un pliego de cargos o un requerimiento especial aduanero para declarar el incumplimiento y hacer exigibles las garantías; solo bastaba que la aduana competente recibiera la comunicación del incumplimiento para que ésta adelantara las actuaciones correspondientes para hacer exigible las pólizas; en ese sentido, se tiene que no existe violación al debido proceso, ni al derecho de defensa.

Atendiendo a lo expuesto, la Sala considera que el primer argumento de la demanda no está llamado a prosperar, toda vez que tiene la razón la DIAN cuando alega que el procedimiento aplicable en este evento es el consagrado en la Resolución 4324 de 1995.

7.8.2.2. Fuerza mayor y caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad.

De acuerdo con las pruebas arrimadas al plenario, se advierte mediante Declaración de transito aduanero identificado con autorización No. 0002505 del 27 de octubre de 1998, la empresa ADUANDES LTDA solicitó la autorización del tránsito aduanero de la mercancía consistente en 152 rollos de tela, en una unidad de carga de 1x20' con un peso de 13.010 kgs; la labor en mención, estaría a cargo de la empresa CIA DISTRIBUCIONES Y TRANSPORTES S.A., DITRANSA - por medio del vehículo SUL-365 (fl. 172)

Conforme con la comunicación remitida por DITRANSA S.A a la DIAN, el 3 de noviembre de 1998, la mercancía fue hurtada (fl. 171); y de ello existe constancia en la denuncia penal elevada por el señor MARCO ALFONSO

[16] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00089-01

MOLINA, conductor del vehículo SUL-365 (fl. 174-179), en la que se expone lo siguiente:

> *Vengo de Cartagena con un contenedor transportado por la empresa DITRANSA, para entregarlo aquí en Bogotá, la empresa DITRANSA nos tiene controlados durante todo el recorrido del viaje y en Medellín ponen escolta para la pasada por ahí; en el último reporte en Cartagenita, llamé por teléfono a DITRANSA para verificar a donde era el descargue, entonces el señor que me contestó me dijo que era en la Zona Franca de Fontibón, no se vaya a entrar, me dijo, espérese afuera que yo voy para allá a terminar los papeles para entregar el viaje, llegué a la zona franca y esperé afuera a que llegaran, me baje del carro (...) en ese momento llegó un automóvil color verde, y se bajaron como cuatro tipos y me dijeron "a donde va viejo con ese carro" "métase aquí que venimos es por usted", y me metieron dentro de un baúl; ahí me tuvieron todo el día, como hasta las tres y media, me dijeron lo vamos a bajar aquí, mire para donde va a caminar, pero no vaya a mirar atrás porque le volamos la cabeza. Nos taparon los ojos cuando nos bajaron y nos dejaron en un callejón por el barrio Los Bohíos, según nos dijo la gente"*

En el testimonio el señor MARCO ALFONSO MOLINA, manifiesta que salió de Cartagena en compañía el señor CAMPO ELÍAS LÓPEZ, pero no indica qué función cumplía ésta persona en el trasporte de la mercancía, ni se indica si en el momento de los hechos éste estaba con él.

Por medio de Oficio del 2 de diciembre de 1998, la Zona Franca en Bogotá informó a la Aduana de Cartagena el hurto de la que transportaba DITRANSA SA., en el vehículo SUL-365, de propiedad de PERMODA SA.; de igual manera se comunica la recuperación, por parte de la Policía de Kennedy, de 139 rollos de tela los cuales fueron puestos a disposición de la Fiscalía 133. Que una vez inspeccionada la mercancía por el funcionario de la DIAN, el usuario operador de zona franca expidió el acta No. 01691 del 26 de noviembre de 1998 (fl. 185). Como soporte de estos hechos, se halla en el plenario el acta hechos levantada por la Policía Nacional de Kennedy el 23 de noviembre de 1998, en el que se deja constancia de la recuperación de 139 rollos de tela (fl. 201 c. 1); el acta del 27 de noviembre de 1998, en la que se deja constancia de la entrega provisional de 1 contenedor de 20 pies, vacío, recuperado luego de ser hurtado (Fl. 202) y el acta del 23 de noviembre de 1998, en la que se deja constancia de la inspección de la mercancía (139 rollos de tela) transportada por DITRANSA S.A. (fl. 206-210).

Las anteriores pruebas en conjunto demuestran la ocurrencia del hurto, sin embargo, esa circunstancia por sí sola no constituye una causal exonerativa de responsabilidad respecto del Operador de Transporte Multimodal, pues como se explicó en el acápite anterior, se debe tener especial cuidado en verificar que el hurto fue irresistible e imprevisible.

Como primera medida, le corresponde al Operador de Transporte Multimodal probar que tuvo especial cuidado al tomar las medidas de seguridad suficientes para evitar la ocurrencia de un hurto.

De la revisión del plenario, se tiene que, al proceso no se trajeron las pruebas destinadas a demostrar las medidas de seguridad que se implementaron para el cuidado de la carga transportada, pues, a pesar de que el conductor del vehículo en el que viajaba la mercancía manifestó, en su denuncia, que la empresa DITRANSA es muy rigurosa con la seguridad y que tiene puestos de control en varias ciudades, lo cierto es que no existe ninguna prueba al respecto. Además, en lo que se refiere al servicio de escolta, se tiene que el mismo era de carácter transitorio, mientras el vehículo se desplazaba por la ciudad de Medellín; mientras que el hurto se dio en la ciudad de Bogotá, cuando el conductor estaba esperando a las afueras de la Zona Franca de Fontibón a un supuesto funcionario de DITRANSA, que llegaría para entregarle algunos documentos, lo cual es algo extraño, porque se supone que el conductor debe contar con toda la documentación de la mercancía durante toda la trayectoria del viaje a efectos de poder soportar la procedencia y destino de la mercancía en caso de algún requerimiento de alguna autoridad.

Así las cosas, para la Sala no se encuentra demostrado en este caso que el hurto hubiera sido un hecho imprevisible o irresistible a DITRANSA S.A, como responsable de la mercancía, pues el sólo hecho de ejercer la actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional exige que se tomen todas las medidas de seguridad del caso, más aun ante la ampliamente conocida situación de orden público y delincuencia que se vive en todo el país.

Resalta la Sala que, en la sentencia de primera instancia, el Juez *a quo* tuvo por demostrados hechos que fueron manifestados en la demanda, por la parte interesada, sin que los mismos tuvieran fundamentos en las prueba allegadas al plenario; lo anterior, teniendo en cuenta que no existe evidencia que indique que el recorrido del camión con la mercancía se haya realizado en horario diurno, tampoco existe prueba que demuestre que éste estuviera acompañado por escolta durante todo el recorrido; y, mucho menos, existe demostración de que el vehículo hubiera sido hurtado en la aduana de llegada cuando esperaba ser atendido por los funcionarios de ésta; por el contrario, según la versión rendida por el conductor de dicho automotor, él se encontraba a las afueras de la Zona Franca Aduanera esperando a un

supuesto funcionario de DITRANSA que le iba a entregar unos documentos y que nunca llegó.

Por todo lo expuesto que este Tribunal considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por injustos ni desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición normativa que sirvió de fundamento a su decisión. En resumen, descartados los argumentos de primera instancia, habrá de concluirse que no se configura la violación de las normas invocadas para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, ni se demostró la causal eximente de responsabilidad alegada.

Por lo anterior, la Sala REVOCARÁ la decisión apelada.

IX.- CONCLUSIÓN

Como corolario de todo lo expuesto, se concluye que, sí es responsabilidad del trasportador del cuidado de la mercancía a él encomendada, y la pérdida de la misma acarrea el pago de obligaciones económicas que solo pueden ser eludidas, si se prueban circunstancias exonerantes de la responsabilidad, como lo es el caso fortuito y la fuerza mayor.

En ese sentido, se encuentra que la ocurrencia del hurto no es suficiente para tener por demostrada una causal eximente de responsabilidad pues lo que se encuentra en discusión no es el hecho delictivo, sino la acreditación ante la administración y ante esta instancia judicial, de aquellos elementos que permiten configurar la fuerza mayor en el caso concreto.

Así las cosas, al no encontrarse probados los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, y al constatarse que no existe violación al debido proceso, se impone para esta Corporación la obligación de revocar en su integridad la decisión de primera instancia para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

X. COSTAS

No habrá condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta de las partes.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

XII. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida el 16 de febrero de 2017, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En consecuencia, **DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 83 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**