

RÉGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO – Contrato de transporte - Obligaciones

Adicionalmente a las obligaciones generales mencionadas, el transportador en régimen de tránsito aduanero tiene la obligación específica de dar debida terminación a dicho régimen. Sobre el particular ha sostenido esta Corporación: «en las operaciones de tránsito aduanero, el declarante es responsable ante la aduana por la veracidad de la información consignada en la Declaración de Tránsito Aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía que no llegue a la aduana de destino. Por su parte, **el transportador debe responder ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero...**»

Igualmente sostuvo la Corporación, respecto de esta específica obligación del transportador:

«La Sala estima que en el presente asunto, **la responsabilidad del régimen no recae en cabeza de esta última sociedad [la declarante], en razón de que la Empresa Transportadora fue TRÁFICOS Y FLETES S.A., por tanto, ésta [sic] era la obligada a cumplir con las obligaciones derivadas del Régimen de Tránsito Aduanero.** Si bien, de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 2402 de 1991, “El declarante será responsable de la presentación o entrega de las mercancías en la Aduana de Paso o de Destino, según sea pertinente,” conforme a la situación fáctica el responsable, se repite, no es el declarante sino el transportador puesto que la obligación aduanera relativa al transporte no recae en el subjuice en el declarante, en la medida en que éste no fue quien asumió la responsabilidad relativa al transporte. En esta forma, **es claro que la empresa transportadora FLETES Y TRÁFICOS S.A. estaba obligada a cumplir con las obligaciones inherentes al Régimen Aduanero de Tránsito,** tales como transportar las mercancías de la aduana de partida a la aduana de destino y entregar la misma dentro del término autorizado...»

Estas posiciones, si bien fueron planteadas con posterioridad a la operación aduanera que se estudia, son válidas para ese momento también, en parecer de la Sala, por lo cual se reiteran en la presente decisión.

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía [calidad y cantidad] descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador, en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su responsabilidad, constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito y que, además, haya tomado todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular.

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-000-1995-10173-01(18078)

Actor: SOCIEDAD EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 25 de enero de 2008, por la cual, el Tribunal Administrativo de Bolívar, decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento del tránsito aduanero No. 2883 del 10 de septiembre de 1992, a la sociedad transportadora Eduardo Botero Soto y CIA y se ordena hacer efectiva la garantía.

Dicho fallo dispuso en su parte pertinente¹:

***“PRIMERO.-** Declárese la nulidad de los actos administrativos proferidos por la DIAN, Resolución No. 587 de 28 de febrero de 1992 (sic), proferida por el jefe regional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declara el incumplimiento del tránsito (sic) aduanero y se ordena hacer efectiva la garantía y la Resolución que (sic) es nula la Resolución No. 000079 del 31 de marzo de 1995 que confirma la resolución anterior.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior se ordena no hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 710951 constituida por la empresa transportadora BOTERO SOTO Y CIA LTDA, y de haberse hecho efectiva se ordena la restitución de los dineros cancelados.”*

ANTECEDENTES

La sociedad de transporte terrestre de carga EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA. LTDA. celebró contrato con Colnova S.A. para trasladar a la ciudad de Medellín, las mercancías que arribaron al puerto de Cartagena, el día 23 de julio de 1992, a bordo de la M/N² Merchant Princess, de acuerdo con el Conocimiento de Embarque No. FMGU 001³ en cuya descripción de los bienes, se lee:

“X 40 FT. CONTAINER CONTAINING	45,970 LBS.
58 Bales STC⁴:	
‘CORTES TEXTILEX DE DIFERENTES	20,852 KGS.
CLASES’ C.I.F.” (negrillas fuera del texto)	

¹ Folio 202 del cuaderno principal.

² Motonave

³ Según se lee en el respectivo documento de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; B/L, Bill of Landing Nr., folio 34, cuaderno principal

⁴ STC - Said To Contain: “Dice contener” (traducción libre de la Sala)

Al arribo al sitio de destino, la Aduana de Medellín, mediante oficio del 24 de septiembre de 1992, informó a la Aduana de Cartagena del faltante de un bale⁵ de los 58 declarados.

Con base en el anterior informe, la Aduana de Cartagena profirió la Resolución N° 587 del 28 de diciembre de 1992, por medio de la cual declaró el incumplimiento del régimen de tránsito Aduanero No. 2883 del 10 de septiembre de 1992 y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento del transportador No. 710951 de Seguros del Estado S.A.

La sociedad transportadora, mediante memorial radicado con N° 1222 el 2 de febrero de 1993, interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución, en el cual solicitó reponer la mencionada resolución y no hacer efectiva la póliza del transportador. El recurrente relató el recorrido de la mercancía, después del cual concluyó, que la Sociedad cumplió absolutamente con todo lo establecido en las normas legales.

La DIAN - Administración Especial de Cartagena, mediante resolución N° 000079 del 31 de marzo de 1995, confirmó la resolución recurrida, con base en que el faltante determinó la irregularidad de no presentar en su totalidad las mercancías introducidas al país, y por tanto, era apropiado cancelar el régimen de tránsito aduanero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° del Decreto 2402 de 1991 que señala:

“CANCELACIÓN DEL RÉGIMEN: El declarante será responsable de la presentación o entrega de las mercancías en la Aduana de Paso o de Destino, según sea pertinente.

El régimen terminará por las siguientes causales:

1. Cuando una de estas Aduanas [*de paso o de destino*] lo estime conveniente por haber encontrado una situación irregular o indicios graves que pudieren perjudicar el interés fiscal o el control aduanero, revisará que el contenido de los bultos corresponda con lo declarado. Si confirma esta irregularidad dará por terminado el régimen y adoptará el procedimiento que corresponda respecto a la mercancía....” (comentario entre corchetes fuera del texto)

LA DEMANDA

⁵ Expresión en inglés para bulto o paca

EDUARDO BOTERO SOTO Y CÍA. LTDA. demandó la nulidad de las precitadas Resoluciones 587 de 28 de diciembre de 1992 y 000079 de 31 de marzo de 1995 de la DIAN. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que dio cumplimiento al régimen de tránsito aduanero No. 2883 del 10 de septiembre de 1992 y que no existe causal alguna para hacer efectiva la garantía.

La sociedad demandante invocó como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Política; 47, 48, 50, 51, 63 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 53, 54 y 57 del Decreto 755 de 1990; 730, 732 y 734 del Estatuto Tributario; 3º del Decreto 2117 de 1992; 2º, 4º, 6º y 9º del Decreto 2402 de 1991; 1º, 2º, 4º, 9º, 10, 11, 25, 26, 27 y 41 de la Resolución 1794 del 13 de octubre de 1993 de la Dian; numerales 2º, 2.1, 6º, 6.1, 6.2 de la Resolución 3333 del 6 de diciembre de 1991; y los artículos 1021, 1027, 1028 del Código de Comercio.

Como concepto de violación expuso:

1. En cuanto a los artículos 29 de la Constitución Política; 47, 48, 50, 51, 63 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 53, 54 y 57 del Decreto 755 de 1990.

Manifestó que la Administración violó su derecho al debido proceso consagrado en el citado artículo constitucional, dado que las Resoluciones demandadas, números 587 de 1992 y 000079 de 1995, no concedieron el recurso de apelación como lo exigían los mencionados artículos del Decreto 755 de 1990. Concluye que ello determina la anulación de los actos administrativos demandados, de conformidad con los precitados preceptos del Código Contencioso Administrativo.

2. En cuanto a los artículos 730, 732 y 734 del Estatuto Tributario y 3º del Decreto 2117 de 1992.

Afirmó que el artículo 732 del Estatuto Tributario estableció el plazo de un año para resolver el recurso de reposición y, dado que la Administración superó dicho plazo, debe entenderse que operó el silencio administrativo positivo contemplado en el artículo 734 ib. Señala que esta norma es aplicable al recurso en mención, debido a la fusión de la DIN y la DAN que dispuso el Decreto 2117 de 1992, la cual hace aplicable la norma tributaria, a las actuaciones adelantadas según el trámite aduanero.

3. En cuanto a los artículos 2º, 4º, 6º y 9º del Decreto 2402 de 1991; 1º, 2º, 4º, 9º, 10, 11, 25, 26, 27 y 41 de la Resolución 1794 del 13 de octubre de 1993 de la Dian; numerales 2º, 2.1, 6º, 6.1, 6.2 de la Resolución 3333 del 6 de diciembre de 1991 de la Dian; y los artículos 1021, 1027, 1028 del Código de Comercio.

En su opinión, la DIAN incurrió en falsa motivación, habida cuenta de que la Aduana de Cartagena no verificó, como era su obligación, a la luz de las normas citadas, la realidad de las mercancías declaradas, y la Aduana de Medellín recibió el contenido de la unidad de carga con los precintos impuestos por aquella, intactos, de modo que era imposible que se hubiera presentado un faltante.

Sostuvo que también incurrió en desviación de poder dado que, al hacer efectiva la póliza, se busca un propósito diferente a aquel para el cual fue expedida la garantía de pago de los derechos de importación y demás impuestos generados con la operación, que fueron efectivamente pagados a la Aduana de Medellín, tomando como base el valor CIF en pesos colombianos de las mercancías importadas.

Agregó que no se presentó de su parte incumplimiento que determinara la efectividad de la garantía y que, si se hubiera presentado incumplimiento, la póliza global solo podía afectarse proporcionalmente en el monto incumplido como lo ordena el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, y no en su totalidad como lo hizo la Administración.

Por último, señaló que los actos administrativos acusados son ilegítimos debido a que no se corroboró que de conformidad con los mencionados artículos del Código de Comercio, la remesa terrestre de carga hace fe de la celebración del contrato, de sus condiciones, del recibo de la mercancía y de lo literalmente expresado en ella. Las anteriores presunciones demuestran que la sociedad entregó la unidad de carga en las mismas condiciones en que la recibió de parte de la aduana de partida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que la información contenida en los documentos que ampararon la salida de la mercancía de Cartagena no admiten discusión, dado que la carga despachada por la Aduana de partida fueron 58 pacas, de modo que al llegar a Medellín, la Aduana detectó el faltante de una y, en consecuencia, profirió la declaración de incumplimiento del régimen aduanero.

Resaltó la responsabilidad del transportador, el cual, en su criterio, no solo se debe limitar a entregar la mercancía, sino que, en virtud de la DTA (Declaración de Tránsito Aduanero), tiene la responsabilidad de finalizar en debida forma el régimen de tránsito aduanero, por lo cual, ordenó hacer efectiva la garantía que amparaba la obligación, cuando se detectó el faltante en la mercancía.

Señaló por último, que no es viable aplicar las normas contenidas en el Estatuto Tributario a los asuntos aduaneros, salvo expresa autorización en contrario, dado que los decretos aduaneros son reglamentarios de leyes marco que sólo pueden ser modificados o adicionados por otros de similar naturaleza. En particular, rechaza la aplicación de la normativa tributaria referente al silencio administrativo positivo y afirma que en materia aduanera, no se encuentra prevista tal figura, por lo que no es posible aplicarla analógicamente. Concluye, de lo anterior que no se evidencia, en consecuencia, violación al debido proceso. Tampoco aceptó que se hubiera presentado desviación de poder, dado que, en su parecer, la orden de hacer efectiva la póliza, se soportó en el incumplimiento del régimen y, por tanto, en la concreción del riesgo amparado por aquella.

Manifestó, finalmente, su oposición a todas las pretensiones de la demanda y solicitó se decrete la condena en costas de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante fallo del 25 de enero de 2008, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó no hacer efectiva la póliza de cumplimiento con fundamento en que no existe prueba en el expediente que permita constatar la pérdida de uno de los elementos de la mercancía transportada. Resalta que la DIAN no hizo, como era su obligación, una

verificación física desde el lugar de salida de la carga. Esta situación configura, en su parecer, falsa motivación de la actuación administrativa.

Adicionalmente, señaló que el hecho de que los precintos hayan llegado en buen estado a Medellín indica que el transportador no podía corroborar el contenido del cargamento, por cuanto sólo la Administración hubiese podido hacerlo en ejercicio del control aduanero.

Concluyó que los anteriores hechos determinan que no pueda exigirse a la sociedad transportadora responsabilidad por el faltante no advertido, hecho que se debió a un error de la Administración.

RECURSO DE APELACIÓN

La DIAN apeló la sentencia del Tribunal con base en que la actuación de la Administración se adecuó a lo señalado en el párrafo final del artículo 113 del Decreto 2666 de 1984⁶, en cuanto no era necesaria la verificación física o aforo, dado que la mercancía estaba plenamente identificada en la DTA, allí se determinaba su valor y no se tenían dudas de su efectividad, por lo que la aduana de partida no encontró razones para dudar de lo consignado en la mencionada declaración.

Manifiestó que el importador y el transportador por aquel contratado son intervinientes activos en la operación, de modo que el primero responde por la veracidad de la información consignada en la declaración y el segundo, por la llegada de las mercancías a la aduana de destino en las mismas condiciones en que salieron de la aduana de partida. Agregó que el transportador es un auxiliar de la Administración, que responde por la debida finalización del régimen de tránsito aduanero.

⁶ Cita y reproduce la siguiente norma cuya pertinencia, respecto de lo argumentado, no es clara para la Sala: “**Artículo 113. Autorización.** El administrador de la aduana de partida autorizará el transporte de mercancías en tránsito aduanero internacional por el territorio de la República cuando no exista prohibición legal y se ajuste a los requisitos exigidos en este Capítulo; y el tránsito aduanero nacional en los casos prescritos en el párrafo único del artículo 145 de este Decreto.

Parágrafo. El tránsito aduanero deberá efectuarse únicamente en vehículos de compañías de transporte debidamente inscritos y autorizados por la Dirección General de Aduanas.”

Solicitó, en consecuencia, revocar en todas sus partes la sentencia apelada y declarar los actos administrativos ajustados a la Constitución y la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Reiteró, en lo esencial, la demandada, en su alegato de conclusión, los argumentos contenidos en la contestación de la demanda. No se pronunciaron en esta etapa la parte demandante ni el Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El cargo planteado en el recurso

El asunto de fondo planteado en el escrito de apelación y sobre el cual versa el debate de la segunda instancia, se contrae a determinar el alcance de la responsabilidad del transportador al trasladar mercancías en el régimen de tránsito aduanero.

En particular, ha de precisarse, si debía el transportador constatar la correspondencia entre los datos contenidos en los documentos de embarque y transporte (en particular el conocimiento de embarque - B/L, la póliza de cumplimiento del transportador y la declaración de tránsito aduanero -DTA) y la mercancía trasladada y, en consecuencia, responder por las inconsistencias presentadas al momento de verificación por parte de la aduana de destino. Se estudiará, en consecuencia, en su orden, las atribuciones del transportador, las atribuciones de la DIAN y la póliza de cumplimiento de transportador.

a. La responsabilidad del transportador

Obligaciones generales derivadas del contrato comercial de transporte de carga terrestre. La responsabilidad del transportador se rige por las normas del Código de Comercio, en particular los artículos 981 y ss. del Código de Comercio. El artículo 981 ib., define a este contrato así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.”

De modo que la obligación básica del transportador, derivado del contrato, es el traslado o conducción de cosas y personas. Por su parte, el artículo 982 ib. señala las obligaciones específicas del transportador:

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario,... (negritas fuera del texto)

Es decir, además de la obligación general de trasladar, contenida en el artículo 981 ib., establece unas obligaciones derivadas, relacionadas con la eficiencia de su gestión, y, en el numeral 1º contempla, para el caso particular del transporte de cosas, el entregarlas en el estado en que las reciba. Esta última condición, es de tal relevancia para el contrato de transporte que para su protección, consagra una presunción legal, es decir, desvirtuable⁷, consistente en que ellas están en buen estado, “salvo constancia en contrario”. Dicho buen estado incluye, en criterio de la Sala, no solo la calidad sino también la cantidad de las mercancías transportadas, dado que de la naturaleza del contrato de transporte, la satisfacción del contratante sólo se logra con el cumplimiento de los dos aspectos.

Esta disposición establece una presunción de culpa a cargo del transportador, en caso de incumplimiento del contrato, que genera la obligación de demostrar que los hechos por los cuales incumplió el contrato, son debidos a causas ajenas a su voluntad a pesar de haber tomado todas las medidas necesarias para evitarlos. En este sentido ordena el artículo 992 ib.:

⁷ **ARTICULO 66. PRESUNCIONES.** Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

“El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.”

Tales causas ajenas a su voluntad deben constituir, según ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, fuerza mayor o caso fortuito en los términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1980⁸. Ha dicho la Corte⁹:

“Para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad por la pérdida de la cosa transportada, tendrá que probar la ocurrencia del hecho extraño constitutivo de la fuerza mayor y que tal ocurrencia no se debió a su culpa, negligencia o descuido. Y por fuerza mayor o caso fortuito se entiende, según lo define el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”, o sea que para que ésta tenga lugar, se requiere que el hecho sea imprevisible e irresistible.

Imprevisible será cuando se trate de un acontecer súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia, e irresistible cuando sea inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

Aunque, en principio, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación contraída por el transportador es de su cargo, cuando éste pretenda alegar el hecho de un tercero como factor exonerante de aquélla, deberá probar que tal hecho fue imprevisible, e irresistible.

Es conveniente recordar que el robo por sí solo no constituye fuerza mayor que exonere al transportador de responsabilidad, sino que es necesario probar además que, a pesar de haber tomado todas las previsiones, no se pudo evitar el hecho...”

(negrillas fuera del texto)

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se encuentra que, de acuerdo con el régimen legal aplicable al contrato de carga terrestre, como el que se estudia en el caso presente, existe una presunción de responsabilidad, a cargo del

⁸ **Artículo 1º.** Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

⁹ Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de enero de 1982.

transportador, cuando se presenta un incumplimiento en sus obligaciones, la cual le compete a dicho transportador desvirtuar, pero sólo demostrando hechos ajenos a su voluntad que constituyan fuerza mayor o caso fortuito y que, además, tomó **todas las medidas razonablemente necesarias** para evitar tal incumplimiento, como lo ordena el artículo 992 precitado.

Este punto ha sido confirmado por esta Corporación, en relación con el transporte en régimen de tránsito aduanero, en los siguientes términos¹⁰:

“... el caso en estudio no corresponde, como ya se dijo, a la ejecución de la facultad sancionatoria, siendo que la finalización del Régimen de Tránsito Aduanero dentro del plazo señalado en la respectiva declaración es un cotejo objetivo sobre si llegaron o nó las mercancías a la aduana de destino; por el contrario, **corresponde a la empresa transportadora informar y probar las circunstancias de fuerza mayor que le impidieron el cumplimiento de sus obligaciones**, sin esperar a que la administración la requiera al efecto.” (resaltado fuera del texto)

Obligaciones específicas para el transporte en régimen de tránsito aduanero.

Adicionalmente a las obligaciones generales mencionadas, el transportador en régimen de tránsito aduanero tiene la obligación específica de dar debida terminación a dicho régimen. Sobre el particular ha sostenido esta Corporación¹¹:

“en las operaciones de tránsito aduanero, el declarante es responsable ante la aduana por la veracidad de la información consignada en la Declaración de Tránsito Aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía que no llegue a la aduana de destino. Por su parte, **el transportador debe responder ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero....**”

Igualmente sostuvo la Corporación, respecto de esta específica obligación del transportador¹²:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 18 de abril de 2002, exp. 7375

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de mayo de 2010, exp. 00333-01

¹² Consejo de Estado, Sentencia de 1º de noviembre de 2001, Sección Primera, exp. 6043

“La Sala estima que en el presente asunto, **la responsabilidad del régimen no recae en cabeza de esta última sociedad (la declarante), en razón de que la Empresa Transportadora fue TRÁFICOS Y FLETES S.A., por tanto, ésta (sic) era la obligada a cumplir con las obligaciones derivadas del Régimen de Tránsito Aduanero.** Si bien, de acuerdo con el artículo 9º del Decreto 2402 de 1991, “El declarante será responsable de la presentación o entrega de las mercancías en la Aduana de Paso o de Destino, según sea pertinente,” conforme a la situación fáctica el responsable, se repite, no es el declarante sino el transportador puesto que la obligación aduanera relativa al transporte no recae en el subjuice en el declarante, en la medida en que éste no fue quien asumió la responsabilidad relativa al transporte. En esta forma, **es claro que la empresa transportadora FLETES Y TRÁFICOS S.A. estaba obligada a cumplir con las obligaciones inherentes al Régimen Aduanero de Tránsito,** tales como transportar las mercancías de la aduana de partida a la aduana de destino y entregar la misma dentro del término autorizado...”

Estas posiciones, si bien fueron planteadas con posterioridad a la operación aduanera que se estudia, son válidas para ese momento también, en parecer de la Sala, por lo cual se reiteran en la presente decisión.

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía (calidad y cantidad) descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador, en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su responsabilidad, constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito y que, además, haya tomado todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular.

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

La anterior conclusión, se avala al considerar que el texto literal del conocimiento de embarque es representativo de las mercancías e incorpora plenamente los derechos sobre las mismas, debido a que este documento presenta la calidad

especial de ser un título valor, según lo manifiesta el artículo 767 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 767. CARACTERÍSTICAS DE LA CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. La carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto del transporte.”

Y precisamente dentro de sus condiciones legales está la de determinar detalladamente la descripción pormenorizada de las mercancías, como se observa del texto del literal 6º del artículo 768 que señala:

“ARTÍCULO 768. CONTENIDO DE LA CARTA DE PORTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Libro V de este Código sobre transporte marítimo y aéreo, la carta de porte o el conocimiento de embarque, además de los requisitos establecidos en el artículo 621 contendrá:

- 1) La mención de ser "carta de porte" o "conocimiento de embarque";
- 2) El nombre y el domicilio de transportador;
- 3) El nombre y el domicilio del remitente;
- 4) El nombre y el domicilio de la persona a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;
- 5) El número de orden que corresponda al título;
- 6) La descripción pormenorizada de las mercancías objeto del transporte y la estimación de su valor;**
- 7) La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;
- 8) La mención de los lugares de salida y de destino;
- 9) La indicación del medio de transporte, y
- 10) Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.

PARÁGRAFO. Si no se indicare la fecha de recibo de las cosas por el transportador, se presumirá que éste las recibió en la fecha de emisión de dichos documentos.”
(resaltado fuera del texto)

Esta descripción detallada, señala en el caso presente, que la mercancía transportada consistía en 58 bales¹³ y, por ende, esa es la cantidad que se determinaba, contenía la unidad de carga transportada por la sociedad actora y por cuyo faltante debió responder el transportador.

b. La terminación del régimen de tránsito aduanero y la efectividad de las pólizas

Vale la pena precisar que para la fecha de ocurrencia de los hechos ahora analizados regía el Decreto 2402 de 1991 y la Resolución 3333 del mismo año¹⁴, la situación normal respecto del tránsito aduanero es, como lo indica el numeral 2º

¹³ Supra página 2

¹⁴ Hoy rige el Decreto 2685 de 1999 y sus modificaciones y la Resolución 4240 de 2000 y sus modificaciones

del artículo 9 del precitado decreto 2402, la presentación conforme de la mercancía en la Aduana de Destino y la devolución de la garantía.

No obstante, si se presentaba cualquier irregularidad en el cumplimiento del régimen especial de tránsito aduanero, esto implicaba necesariamente su cancelación y la imposición de las respectivas multas, como lo establecía el numeral 1º del artículo 9º del Decreto 2402 de 1991:

“CANCELACIÓN DEL RÉGIMEN:

(...)

El régimen terminará por las siguientes causales:

1. Cuando una de estas Aduanas lo estime conveniente por haber encontrado una situación irregular o indicios graves que pudieren perjudicar el interés fiscal o el control aduanero, revisará que el contenido de los bultos corresponda con lo declarado. Si confirma esta irregularidad dará por terminado el régimen y adoptará el procedimiento que corresponda respecto a la mercancía.”

La consecuencia, es decir, el procedimiento correspondiente era, la adopción de una serie de medidas entre las cuales se hallaba el cobro efectivo de las pólizas que garantizaban la operación, como lo ha manifestado esta Corporación¹⁵: “Puede entonces, afirmarse que quienes intervienen en la operación aduanera, adquieren una serie de obligaciones, **cuyo incumplimiento acarrea unas sanciones que podían ir desde el decomiso de la mercancía y del automotor en que se transportan, y el cobro efectivo de las pólizas que garantizaban la misma.** Frente a este último aspecto, cabe señalar **que la responsabilidad de la empresa transportadora se derivaba de la intervención de ésta en la operación**, esto es, la declaración de la mercancía ante la autoridad aduanera y el posterior traslado de la misma a la Aduana de Destino...” (negritas fuera del texto)

La Resolución 3333 de 1991, sobre el procedimiento específico de tránsito aduanero aplicable al caso presente, indicaba que la póliza se hará efectiva en caso de no cumplirse a satisfacción el régimen especial. Sobre el particular ha manifestado esta Corporación:

“La Resolución 3333 de 1991 «Por medio de la cual se establece el procedimiento relativo al tránsito aduanero», en lo pertinente, señala que

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 8 de febrero de 2001, exp. 5734.

declarante es cualquier persona que pueda demostrar el derecho a disponer de la mercancía, tal como el consignante o consignador, transportista, consignatario o destinatario y agente de aduanas; que las garantías se constituirán por la finalización del régimen; que el régimen de tránsito aduanero se dará por finalizado en los casos previstos en el artículo 9º del Decreto 2402 de 1991; y que la Aduana de ingreso o de partida cancelará la garantía cuando se pruebe a satisfacción la terminación del régimen y que, en caso contrario, la hará efectiva, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan.¹⁶”

Es decir, el incumplimiento de las obligaciones del transportador, entre las cuales se hallaba la de no terminar debidamente el régimen de tránsito aduanero, entre otras causales, por la presentación de faltantes en la mercancía, tenía como consecuencia la efectividad de las pólizas de cumplimiento del transportador, que precisamente amparaban el riesgo.

c. La responsabilidad de la Administración

De otra parte, al contrario de lo argumentado por la demandante, no se puede afirmar, que era obligación de la Aduana hacer el aforo, pues las normas en comento no establecían tal obligación y, por el contrario, señalaban, con base en el principio de la buena fe, dar credibilidad, salvo los casos excepcionales allí señalados, a la Declaración de Tránsito Aduanero. En efecto, en particular para la Aduana de Partida, señalaba el inciso final del artículo 3º del Decreto 2402 de 1991, modificatorio del artículo 113 del Decreto 2666 de 1984:

“TRAMITE DE LA DECLARACION:

Cualquier persona que pueda demostrar el derecho a disponer de la mercancía, tal como el consignante, transportista, consignatario o destinatario y Agente de Aduanas, podrá solicitar el tránsito mediante declaración escrita presentada en la Aduana de Partida conforme a los reglamentos y en el formulario que determine la Dirección General de Aduanas.

La Aduana aceptará esta declaración con base en el conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte y en cualquier documento comercial original o copia y factura proforma que señale su valor y naturaleza.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 1º de agosto de 2002, exp. 7038

La declaración de tránsito no será aforada por la Aduana de Partida y se aceptarán los datos señalados por el declarante a menos que éstos no identifiquen plenamente a la mercancía o no señalen la totalidad de su valor, o bien la Aduana tenga dudas de su efectividad o corrección.” (negritas fuera del texto)

Es decir, la norma no establecía la obligación, para la Aduana de Partida, de hacer el aforo, sino exclusivamente la de verificar los aspectos formales de los datos contenidos en los documentos de aduana y transporte y, sólo efectuar la confirmación física, cuando las mercancías no se identifiquen plenamente o, cuando la Administración tenga tuviera dudas de su efectividad y corrección.

Esto implicaba una facultad discrecional, que se establecía también en otras disposiciones del mismo decreto. Así lo disponía el artículo 122 que decía:

“Artículo 122. Inspección durante el tránsito. Al efectuarse el tránsito aduanero **las mercancías no serán objeto de inspección o revisión durante el trayecto, salvo en la medida en que se considere necesario para garantizar el cumplimiento de las normas aduaneras.**

A menos que se trate de autoridad jurisdiccional, cuando autoridad diferente a la aduanera, en uso de sus funciones, requiera inspeccionar la mercancía en tránsito aduanero, deberá obtener autorización previa del administrador donde se encuentre la mercancía.” (negritas fuera del texto)

En igual sentido:

“Artículo 120. Revisión de precintos. Cuando se transporte un envío en unidad de carga precintada, **las entidades aduaneras se limitarán** a controlar los sellos, marcas y precintos aduaneros colocados por la aduana de origen y si los encuentran intactos permitirán que los vehículos sigan su destino.

Parágrafo. Los precintos y las marcas de identificación colocados en el exterior se aceptarán para los efectos del tránsito aduanero, a menos que se juzguen insuficientes o inseguros, en cuyo caso las autoridades aduaneras colombianas podrán colocar sus propios sellos y precintos.” (negritas fuera del texto)

En particular, para la Aduana de Destino, señalaba el artículo 119 del Decreto 2666 de 1984 que sólo se debería hacer la inspección física de las mercancías cuando se tuvieran sospechas de violación del régimen de tránsito aduanero y para efectos de la declaratoria de su terminación. Decía la norma:

“Artículo 9º. El Artículo 119 del Decreto 2666 de 1984, quedará así:

CANCELACION DEL REGIMEN:

El declarante será responsable de la presentación o entrega de las mercancías en la Aduana de Paso o de Destino, según sea pertinente.

El régimen terminará por las siguientes causales:

1. Cuando una de estas Aduanas lo estime conveniente por haber encontrado una situación irregular o indicios graves que pudieren perjudicar el interés fiscal o el control aduanero, **revisará que el contenido de los bultos** corresponda con lo declarado. Si confirma esta irregularidad dará por terminado el régimen y adoptará el procedimiento que corresponda respecto a la mercancía... ." (negritas fuera del texto)

De hecho, la colocación de precintos a las mercancías buscaba su aseguramiento a fin de evitar fraudes, y su ruptura por parte de las autoridades aduaneras, era sólo una medida extrema, a tal punto que el desconocimiento de tal restricción era causal de mala conducta y, para el caso de los funcionarios de Aduanas era considerada falta grave. Sobre el particular establecía el artículo 116 del Decreto 2666 de 1984, según la modificación introducida por el artículo 6º del Decreto 2402 de 1991:

"Artículo 6º. El Artículo 116 del Decreto 2666 de 1984, quedará así:

COLOCACION DE PRECINTOS O MARCHAMOS:

Los precintos o marchamos que la Aduana coloque a unidades de carga, o de transporte, furgones u otros medios de transporte **deben permanecer intactos hasta la Aduana de Destino** o de Salida del país y sólo pueden ser reemplazados, previa anotación en la Declaración de Tránsito, por las autoridades aduaneras especialmente autorizadas para inspeccionar estos transportes.

Los controles intermedios que realicen funcionarios del Resguardo u otra autoridad o entidad policial, **no podrán significar la apertura de medios de transporte, unidades de carga o bultos, precintados**. Tampoco podrán significar la detención de los medios de transporte y sus mercancías y sólo podrán escoltarlos hasta la Aduana de Llegada.

Cuando autoridad diferente a la aduanera, en uso de sus funciones, requiera inspeccionar la mercancía en tránsito aduanero, deberá obtener autorización previa del Administrador donde se encuentre la mercancía y solicitarle la presencia de un funcionario capacitado para decidir sobre la naturaleza y valor de la misma. Sin estar presente el funcionario aduanero los bultos no podrán ser abiertos.

Cuando por razones de control, la Aduana encuentre señales de violación en algún precinto u ordene abrir o presencie la apertura de algún medio de transporte, unidad de carga o bulto, precintados, deberá colocar un nuevo precinto y anotarlo en los ejemplares de la Declaración de Tránsito antes de permitir la continuación del viaje.

La infracción a este Artículo será considerada como causal de la mala conducta y sancionada por quien corresponda. Si la infracción es cometida por un funcionario de Aduanas, el hecho será considerado falta grave." (resaltado fuera del texto)

Y este carácter excepcional y no obligatorio de la inspección física, obedecía a criterios de eficiencia, agilidad, y seguridad de la mercancía. Adicionalmente, dadas estas disposiciones que otorgaban carácter excepcional a la verificación física de la mercancía durante toda la operación aduanera, era obligación de las autoridades evitar, salvo casos excepcionales en los términos de las mencionadas normas, tal constatación material. Al respecto debe recordarse que la Constitución Política de 1991, que entró a regir el 7 de julio de 1991, ordena que los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, sólo están autorizados a realizar los actos que expresamente le son atribuidos por las normas pertinentes. En efecto, señala el artículo 121 de la Carta Política:

“ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Por tanto, no solo no era obligatorio para la Administración, el hacer el aforo de las mercancías, sino que, sólo en los casos excepcionales que la normativa aduanera lo permitía, procedía tal procedimiento y mucho menos le correspondía demostrar el hecho de la sustracción o de la pérdida de los bienes declarados.

d. El caso concreto

En el caso presente, se encuentra que, según se describió en el acápite de antecedentes, la sociedad transportadora celebró un contrato de transporte con la sociedad importadora, Colnova S.A., para trasladar mercancías, en la modalidad de tránsito aduanero, descritas como una unidad de carga contentiva de 58 pacas de cortes textiles de diferentes clases, desde la ciudad de Cartagena hasta la ciudad de Medellín, cuya Aduana detectó el faltante de un bulto en la unidad de carga.

Para esta operación se tomó la póliza de seguro de cumplimiento con la compañía Seguros del Estado, que amparaba el riesgo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas para el transportador del régimen de tránsito aduanero. Dado que el faltante detectado en la Aduana de Destino constituye incumplimiento de dicho régimen, según se analizó anteriormente, entonces quedó autorizada la Autoridad de Aduanas a así declararlo y hacer efectiva la póliza de cumplimiento del transportador.

Por su parte, el transportador, durante la actuación administrativa y durante el presente proceso judicial, no demostró, como le correspondía, los hechos que permitieran desvirtuar que hubiera recibido menos cantidad de la mercancía declarada en los documentos de transporte (unidad de carga contentiva de 58 bultos), y solo hizo tal manifestación cuando la Aduana de destino en Medellín determinó que sólo llegaron a esa ciudad 57 bultos, al finalizar el régimen de tránsito aduanero.

Es más, al transportador era a quien correspondía tomar “todas las medidas razonablemente necesarias” para asegurar el “buen estado” de los bienes a su cargo, a fin de devolverlos en el estado en que se encontraban cuando los recibió en Cartagena. Y la única forma de devolverlos en el estado en que los recibió era verificar dicho estado, el cual incluía necesariamente, la verificación de la cantidad del material que iba a transportar. Si no verificó el número de pacas que debía transportar y por las cuales era responsable, mal podía luego alegar que las mercancías se encontraban en el estado en que las recibió.

En conclusión, los hechos demostrados permiten concluir que ante la Aduana de Cartagena se declararon 58 bales y a Medellín sólo llegaron 57, previa verificación de la Aduana de destino. Tal inconsistencia permitió suponer un faltante de mercancía, sancionable con la terminación del régimen de tránsito aduanero y la efectividad de la póliza de cumplimiento, sin que haya demostrado el transportador que efectivamente recibió en la ciudad de Cartagena únicamente 57 bultos y, por ende, sin que haya demostrado que no le era imputable el faltante.

Las anteriores consideraciones determinan que proceden los cargos planteados por la recurrente. No obstante, dado que este fue el único argumento que debió considerar el *a quo* para su decisión anulatoria, debe la Sala, en esta instancia procesal, y con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa del actor, considerar los otros cargos planteados en la demanda.

2. Violación del debido proceso por no conceder el recurso de apelación.

Manifestó la sociedad actora que la Administración violó su derecho al debido proceso consagrado en el citado artículo constitucional, dado que las Resoluciones demandadas, números 587 de 1992 y 000079 de 1995, no

concedieron el recurso de apelación como lo exigían los mencionados artículos del Decreto 755 de 1990.

Para decidir el punto considera la Sala:

Se observa que respecto de este punto no se pronunció la demandada en el libelo de la contestación ni en los alegatos de conclusión, así como tampoco lo hizo el fallador de primera instancia, en atención a que accedió a las pretensiones de la demanda por razón diferente.

La Resolución por la cual se declaró el incumplimiento del régimen aduanero, No 587 de 1992, fue expedida por el Jefe Regional de la Aduana de Cartagena. Las Jefaturas Regionales de Aduanas eran las anteriores denominaciones que recibían las hoy Direcciones Seccionales de Impuestos y/o Aduanas Nacionales, en relación con el ámbito aduanero, bajo dependencia jerárquica de la antigua Dirección General de Aduanas, a que hacía referencia el Decreto 1644 de 1991, antes de la constitución de la U.A.E. Dirección de Aduanas Nacionales – DAN, por parte del artículo 106 de la Ley 6 de 1992. La DAN fue posteriormente fusionada con la Dirección de Impuestos Nacionales - DIN, por el Decreto 2117 de 1992, expedido con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991, fusión que entraría a regir a partir del 1º de junio de 1993.

Esta Dirección General de Aduanas tenía, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 1644 de 1991, un nivel central, conformado por la Dirección General, seis Subdirecciones y cuatro Órganos de Asesoría y Coordinación. En el nivel regional, según el artículo 3º ib., constaba de Jefaturas Regionales Clase A, como lo era la de Cartagena, Clase B, Clase C y Jefaturas Delegadas de Aduana. El Director General, desempeñaba, de conformidad con el artículo 4º ib., entre otras funciones, las de “a) Planear, coordinar, dirigir, evaluar y controlar la organización y actividades de la Dirección General de Aduanas y del Fondo Rotatorio de Aduanas, y velar por la adecuada utilización de sus recursos humanos, técnicos, físicos y financieros”, es decir, era la máxima autoridad dentro del contexto de la Dirección General de Aduanas, y, en relación con las Jefaturas Regionales, ejercía, entre otras, las funciones de “l) Determinar la jurisdicción de las Jefaturas Regionales de Aduana y velar por el adecuado desarrollo de sus actividades”; es decir, en relación con ellas era el superior jerárquico.

Las Jefaturas Regionales obedecían al criterio de “desconcentración territorial”, característico de un estado unitario como lo es el colombiano, el cual implica, al decir de Libardo Rodríguez: *“que a pesar de que las funciones continúan monopolizadas por las entidades centrales, algunas funciones son desempeñadas por agentes de aquellas, que se desplazan físicamente a las diversas partes del territorio, dada la imposibilidad o inconveniencia de ejercerlas desde la capital. Si bien pueden tomar algunas decisiones, lo hacen en nombre de la entidad central y no de la colectividad seccional donde ejercen la función”*¹⁷.

Los Jefes Regionales, en su calidad de agentes del Director General, dirigían una dependencia que carecía de personería jurídica y patrimonio autónomo. Se trataba, desde este punto de vista, de otra oficina más, desconcentrada territorialmente, bajo la dirección y supervisión jerárquica del Director General. Una de las condiciones de la subordinación derivada de la desconcentración, era precisamente la existencia del control jerárquico, de los actos de los subalternos, por parte de los superiores. Este control sobre los actos, lo define Rodríguez así: *“Comprende las facultades de revocarlos y reformarlos [los actos de los subalternos], una vez interpuesto el recurso de apelación o mediante la revocatoria directa”*¹⁸

De modo que si las Jefaturas Regionales consistían, genuinamente, en dependencias desconcentradas, debería darse este tipo de control. A este respecto, señalaba el artículo 316 del Decreto 2666 de 1984¹⁹ vigente en la época de los hechos, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 53 de Decreto 755 de 1990:

"OPORTUNIDAD. Los recursos de reposición y apelación, cuando procedan, podrán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto o estado, o a la publicación, según el caso".

Por su parte el artículo 317 del precitado Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 54 del Decreto 755 de 1990, señalaba los actos contra los que procedían los recursos y la forma de interponerlos:

¹⁷ Rodríguez Libardo, “Derecho Administrativo – General y Colombiano”, Ed. Temis, 2011, p. 63

¹⁸ *Ib.* p. 76

¹⁹ Este decreto era temáticamente aplicable al caso que nos ocupa, como se desprende de su artículo 2° que decía: “Artículo 2° **Alcance del Decreto.** Salvo lo dispuesto en Convenios Internacionales vigentes, la importación, exportación, tránsito y almacenamiento de mercancías se sujetarán a las disposiciones contenidas en este Decreto y a las instrucciones que expida el Director General de Aduanas para su cumplimiento. A unas y otras estará sujeto el tráfico internacional que se realice por territorio colombiano.”

"PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS. Salvo lo previsto en este Decreto, procederán los recursos de ley contra los siguientes actos provenientes de los Administradores de Aduana:

1. La liquidación oficial de los derechos de importación y demás impuestos o gravámenes.
2. La declaración de abandono legal de la mercancía.
3. La declaración de decomiso administrativo de la mercancía.
4. La providencia que decreta sanciones.
5. La providencia que ordena el cobro de una cuenta adicional.
6. **Cualquier otro acto que de conformidad con este Decreto y el Código Contencioso Administrativo sea susceptible de recursos.**

Parágrafo. El recurso de reposición y el de apelación interpuesto directamente o en subsidio del de reposición, deberán presentarse en la División Legal y de Secretaría de la respectiva Administración de Aduana".

Ahora, de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo²⁰, el recurso de apelación procede ante el "inmediato superior administrativo", el cual es, según se esbozó anteriormente, en el caso de los Jefes Regionales de Aduanas, el Director General de Aduanas. Dicho artículo establece los casos en que no hay apelación, a saber: las decisiones de Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

Se verifica, a partir de la anterior norma, que la regla general es que proceda el recurso de apelación para ante el superior jerárquico, respecto de las decisiones del subalterno, regla que, no obstante, admite excepciones las cuales deben estar consagradas legalmente. En el tema que nos ocupa, existe una excepción expresa a dicha regla, contenida en el artículo 45 del Decreto 755 de 1990, sobre régimen de aduanas, que modificó el artículo 289 del Decreto 2666 de 1984, ubicado dentro de la Sección IX sobre "...Constitución, efectividad y determinación de las garantías, en los siguientes términos:

Artículo 45. El artículo 289 del Decreto 2666 de 1984, quedará así:

"Efectividad de las garantías. Declarado el incumplimiento de la obligación y ejecutoriado el acto sin que se haya efectuado el pago, el Administrador de Aduana o el funcionario ante quien se haya otorgado la garantía dará traslado a la jurisdicción coactiva para que proceda a hacerla efectiva.

Contra el acto que declare el incumplimiento de una obligación solo procederá el recurso de reposición ante el mismo funcionario". (resaltado fuera del texto)

Dado que el acto demandado consiste precisamente en aquel mediante el cual se "declara el incumplimiento de un régimen aduanero y se hace efectiva una

²⁰ **ARTICULO 50. RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA.** Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica. "

garantía”²¹, sólo procedía contra el mismo, el recurso de reposición, el cual fue concedido y decidido.

Lo anterior determina que no se haya vulnerado el debido proceso, al no concederse el recurso de apelación sino que, por el contrario, se está dando cumplimiento a la norma precitada, por lo cual no se deriva de tal omisión una actuación irregular de la Administración ni mucho menos, una violación al derecho del recurrente al debido proceso. Por lo tanto no procede la anulación de la actuación por esta razón.

No prospera el cargo.

3. El silencio administrativo positivo

Señala la sociedad demandante que operó el silencio administrativo positivo contemplado en el artículo 734 del Estatuto Tributario dado que el plazo concedido para resolver el recurso de reposición, contado a partir de su interposición, es de un año, tal como lo establece el artículo 732 ib.

Sobre el particular, observa la Sala que no asiste razón al demandante en cuanto a la aplicación de este plazo para las actuaciones aduaneras en la época de los hechos, dado que en el momento de iniciación de la actuación demandada²² y en sus consiguientes fases hasta el inicio de la vía gubernativa, con la presentación del recurso de reposición el día 2 de febrero de 1993²³, no eran aplicables a dicho procedimiento, las normas del Estatuto Tributario.

En efecto, según se observó anteriormente²⁴, la fusión realizada por el Decreto 2117 de 1992 entre la Dirección de Aduanas Nacionales – DAN y la Dirección de Impuestos Nacionales – DIN, sólo entró a regir a partir del 1º de junio de 1993, por mandato expreso del artículo 114 del mencionado Decreto 2117 de 1992²⁵, y por ende, tanto a la fecha de inicio de la actuación administrativa controvertida como de su culminación mediante el primer acto definitivo, la Resolución 587 del 28 de

²¹ Folio 39 cuaderno principal

²² Fecha de presentación de la DTA, 10 de septiembre de 1992 (fl. 36 cuaderno principal) y por ende, trátase de una actuación administrativa iniciada por quien obraba en cumplimiento de un deber legal, como lo señala el numeral 3º del artículo 4º del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984.

²³ Folio 41 cuaderno 1 antecedentes

²⁴ Página 23 supra

²⁵ “**ARTICULO 114. ESTRUCTURA DE LA DIRECCIÓN DE ADUANAS NACIONALES.** A partir de la publicación del presente Decreto y hasta el 1 de junio de 1993, la Dirección de Aduanas Nacionales, tendrá la estructura y funciones establecidas en el presente Decreto, en lo que respecta a la administración de los impuestos, derechos y demás gravámenes que actualmente son de su competencia y a la dirección y administración de la gestión aduanera, con las salvedades que se enumeran a continuación: (...)”

diciembre de 1992, que declaró el incumplimiento, eran de obligatoria aplicación para las autoridades aduaneras, las normas anteriores y especiales que regían el procedimiento aduanero, como lo ordenaba el artículo 117 ib. en los siguientes términos:

“ARTICULO 117. COMPETENCIAS. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 114 y 115 y en las demás disposiciones del presente Decreto, los funcionarios de la planta actual de Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas Nacionales continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas hasta tanto sea expedida la nueva planta de personal acorde con la estructura que se establece en el presente Decreto.”

Esta planta fue incorporada en dicha fecha, 1 de junio de 1993, según lo dispuso el artículo 116 ib así:

“ARTICULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. (...) Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional...” .

Por consiguiente, se reitera, la normativa anterior en materia aduanera, aplicó a los procedimientos iniciados con anterioridad al 1 de junio de 1993.

Y dado que, según la regla hermenéutica contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887²⁶ las actuaciones ya iniciadas se regirán, en materia de sustanciación y ritualidad, por la ley vigente al tiempo de su iniciación, las normas aplicables a toda la actuación administrativa que se debate, incluida la decisión del recurso de reposición, en fecha posterior a la efectividad de la fusión, son las del régimen procedimental aduanero.

Ahora bien, el Decreto 755 de 1990 no consagraba un término específico para la decisión del recurso de reposición y menos, el acaecimiento del silencio administrativo positivo, punto para el cual se aplican, en consecuencia, las normas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, en cuyo artículo 60 consagra el silencio administrativo negativo cuando

²⁶ “**ARTÍCULO 40.** Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

transcurrido un plazo de dos (2) meses a partir de la interposición del recurso, no se haya notificado decisión.

De lo anterior se concluye que no ha operado el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición interpuesto por la sociedad demandante en vía gubernativa, situación que, no determina la irregularidad anulable de la actuación administrativa y, por ende, no se dará prosperidad al cargo planteado.

4. Falta de verificación física, por parte de la Administración, de las mercancías transportadas

Sobre este particular, reitera la Sala lo sostenido anteriormente, con ocasión de la sustentación del recurso de apelación, en torno a que no era perentorio para la Administración hacer el aforo físico de la mercancía, dado que se trataba de una facultad discrecional en los términos contenidos en las normas aplicables, evento que no eximía de responsabilidad al transportador de acuerdo con la normativa que le era aplicable para el caso de tránsito aduanero. La Sala remite a las consideraciones efectuadas sobre este aspecto en el acápite 1 anterior.²⁷

No prospera el cargo.

5. Efectividad del total de la póliza global

La Sala encuentra que la póliza otorgada²⁸ es, efectivamente, una póliza global con las siguientes características:

1. Objeto: “Garantizar la realización de operación de tránsito aduanero con base en normas establecidas en el decreto 2666 de octubre 24/84, la instrucción 002 de enero 17/86, provenientes de la Dirección General de Aduanas y por el decreto 2402/91 que modifica el capítulo 14 del decreto 2666 de 1984 y la Resolución 3333 de 1991”

2. Plazo: Desde el 17 de marzo de 1992 hasta el 17 de marzo de 1993

3. Tomador: Eduardo Botero Soto y Cia. Ltda.

4. Asegurado: La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

5. Valor asegurado: \$40.000.000,00

²⁷ Página 9 supra.

²⁸ Folio 65 cuaderno principal

Es evidente que el valor asegurado cubría todas las operaciones de tránsito aduanero realizadas durante el período señalado y no solamente esta particular operación.

De acuerdo con el artículo 41 de la Resolución núm. 1794 de 13 de octubre de 1993, **“Por la cual se establecen los plazos, modalidades y condiciones en que deben otorgarse las garantías que respalden obligaciones aduaneras”**, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, vigente para la época de los hechos objeto de estudio, “...cuando se constituyan garantías globales y se declare el incumplimiento, se afectará la garantía proporcionalmente en la parte incumplida, debiéndose reajustar por parte del tomador de la misma...”

Por tanto correspondía hacer efectiva dicha póliza sólo en la proporción que el incumplimiento decretado representaba frente al riesgo total asegurado, según se describió anteriormente. Sin embargo, observa la Sala que para hacer el cálculo de la proporcionalidad que corresponde al evento que en particular se estudia, es preciso determinar con precisión cual es el monto del *bale* faltante frente al valor total de la operación de tránsito aduanero que se discute y, cuál la proporción de esta operación de tránsito en particular frente a todas las operaciones realizadas durante el período de duración de la póliza cuya efectividad ordenó la Administración.

No figuran en el expediente elementos probatorios que permitan determinar con precisión dichos factores, necesarios para determinar cuál es exactamente el valor proporcional que debe ser cargado a la póliza, ni fueron aportadas por la demandante en apoyo de su petición.

Tales elementos probatorios debieron ser aportados por el interesado, el demandante, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, sobre Carga de la Prueba, en los siguientes términos:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

La carencia de esta actuación diligente por el interesado genera que no pueda el fallador reconocer un derecho cuyos supuestos fácticos no sólo no han sido demostrados, sino que ni siquiera se conocen en el detalle suficiente para calcular la referida proporción.

En el caso presente la sociedad demandante se limitó a afirmar que "en el evento de haberse dado incumplimiento, únicamente debía haberse afectado la garantía proporcionalmente en la parte incumplida"²⁹ pero no asumió la carga de la prueba que le correspondía para demostrar el quantum de ese derecho por lo que es imposible para la Sala suplir ese vacío probatorio y deberá denegar por esta razón la petición del demandante.

6. Presunción de que se entregó la unidad de carga en las mismas condiciones en que se recibió

Sobre este último cargo remite la Sala a lo manifestado con ocasión del cargo del recurso de apelación en el numeral 1 anterior³⁰ en cuanto a que era obligación del transportador el verificar el contenido de la unidad de carga, por lo que su inactividad determinó el que debiera responder por el faltante detectado en la aduana de destino.

No prospera el cargo.

En conclusión, debido a que era responsabilidad del transportador el verificar y conservar la cantidad declarada en los documentos de transporte, y a que la actuación administrativa no estuvo viciada de defectos procedimentales que la invalidaran, sin que probara el transportador el monto que debió ser cargado a la póliza cuya efectividad se ordenó por parte de la Administración, deberá confirmarse la actuación administrativa, para lo cual se revocará la decisión del Tribunal que la declaró nula.

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

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 25 de enero de 2008 del Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA. LTDA. contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES . DIAN. En su lugar,

²⁹ Folio 14 cuaderno principal

³⁰ Página 9 supra

SEGUNDO: Deniéganse las súplicas de la demanda.

TERCERO: Reconócese personería al doctor YUMER YOEL AGUILAR VARGAS como apoderado de la DIAN en los términos y para los efectos del poder otorgado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Presidenta

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA