

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2018-00351-00
DEMANDANTE: AVIANCA S.A.
DEMANDADO: DIAN
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO: *Sentencia de primera instancia*

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Tercero (3°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 Declaraciones y condenas

1. Se decrete la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 1-03-241-201-642-0-1949 de octubre 25 de 2017 de la División de Gestión de Liquidación y 03-236-408-601-00545 de abril 12 de 2018, proferidas por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las citadas resoluciones, se declare que AVIANCA S.A., no adeuda suma alguna a la DIAN, por concepto de sanciones impuestas en los actos administrativos referidos, ni ha incumplido ninguna obligación legal.

3. En caso de haber cancelado el valor de la sanción se proceda al pago de la suma de \$3.696.000, por concepto de lucro cesante.

1.2 Hechos

Los hechos descritos por la sociedad demandante se resumen de la siguiente manera:

-Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, División de Gestión de Fiscalización, profirió Requerimiento Especial Aduanero 0003672 de agosto 02 de 2017,

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

mediante el cual propuso sanción a AVIANCA, por incurrir en la supuesta infracción establecida en el numeral 1.3.2., del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, al que dio respuesta el 30 de agosto de 2017.

-A través de la Resolución 1-03-241-201-642-0-1949 de octubre 25 de 2017, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de 3 Aduanas de Bogotá, la sancionó con multa en cuantía de \$3.696.000, por la supuesta infracción contemplada en el numeral 1.3.2., del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001.

-En Contra la anterior Resolución, interpuso el único recurso procedente de Reconsideración, el cual fue resultado de manera adversa mediante la Resolución 03-236-408-601-00545 de abril 12 de 2018 por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora, formuló como cargos los siguientes:

- **Violación directa de la ley por no aplicación de la norma más favorable.**

Advierte que la DIAN no aplicó el principio de favorabilidad contenido en el artículo 2 del Decreto 390 de 2016, pese a que la infracción que consagraba el numeral 1.3.2., artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, fue expresamente derogado por el artículo 204 del Decreto 349 de febrero 20 de 2018.

Advierte que la aplicación del principio de favorabilidad a la luz de lo previsto en el artículo 1 del Decreto 349 de 2018, es oficioso, por lo que, si el recurso de reconsideración fue resuelto por medio de la Resolución 03-236408-601-00545 de 12 de abril de 2018, en vigencia el artículo 204 del Decreto 349 del 20 de febrero 2018, era obligatorio para la Administración aplicar la favorabilidad revocando la sanción por haber desaparecido del panorama jurídico la sanción del numeral 1.3.2., artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, con lo cual considera, se violó la ley por no aplicación y se configura la causal de nulidad de los actos administrativos demandados.

- **La Violación de La Ley por no aplicación del principio de igualdad**

Indica que la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas, no aplicó de oficio al caso en estudio, el principio de favorabilidad cuando ya lo había realizado en casos similares, por lo que advierte las decisiones tomadas en los expedientes: IT201520173727, IT201520164679, IT201520173711, IT201520172856, dentro de los cuales la entidad dispuso revocar los actos administrativos en aplicación del principio de favorabilidad y con lo cual se desconoció el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.

- **La violación directa de la ley por aplicación indebida**

Señala que conforme al documento de transporte ERL45725563, no existe la obligación de reportar el peso de la carga transportada por tratarse de piezas, a

la vez que hace referencia a que en la resolución sancionatoria se hizo referencia a la corrección que se realizó por parte de la demandante y que fueron aceptadas y corregidas por los funcionarios aduaneros por lo que no puede afirmarse la existencia de la infracción.

Advierte que la DIAN argumenta error en el peso respecto a los datos transmitidos a través del sistema informático aduanero, por lo que insiste, en que al tratarse de mercancía transportada era carga suelta y no a granel, no se exige ninguna exactitud en peso, a la vez que se apoyó en el concepto 016 del 19 de enero de 2001, emitido por la DIAN, para afirmar que si la norma no exige esa información sobre el peso, el hecho de que esté correcta o incorrecta la información en este sentido es irrelevante, por lo que no se presenta la violación directa de la norma por la no aplicación del artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, a la vez que agrega, que la entidad demandada le dio más importancia a lo formal que a lo sustancial, contradiciendo los principios del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 y los principios del derecho aduanero adoptados por el Decreto 390 de 2016.

• **Violación directa de la ley por no aplicación. Los errores formales no deben sancionarse porque prima lo sustancial sobre lo formal**

Señala que, si las normas aduaneras vigentes al momento de los hechos no contemplan sanción respecto a las correcciones, porque tales eventos son simplemente formalidades corregibles, no debía proceder la aplicación de sanción alguna, pues de acuerdo con los principios del derecho aduanero prima lo sustancial sobre lo formal.

Por lo anterior, resalta que en aplicación del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 y los principios de justicia y prevalencia de lo sustancial previstos en el Decreto 390 de 2016, la DIAN ha debido exonerarla, para revocar la sanción impuesta y archivar la investigación de forma definitiva, para garantizarle el debido proceso conforme a la reserva legal y la tipicidad de las conductas.

Así, concluye que la autoridad aduanera privilegió la formalidad de la transmisión de una información sobre lo sustancial que es el cumplimiento de la normativa aduanera que solo obliga a reportar peso de las mercancías transportadas a granel, pese a que de manera adicional de no ser necesario el reporte se procedió a la corrección de los datos.

1.4 Contestación de la demanda

La DIAN a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto considera que los actos administrativos enjuiciados no desconocen las disposiciones que la actora considera vulneradas.

Explicó que la sanción impuesta se originó a partir de lo consignado en el Acta de Hechos 5121 del 8 de noviembre de 2014, en la cual el funcionario aduanero en el reconocimiento efectuado a la mercancía objeto de investigación, encontró 1 pieza con 1.5 kilos, por lo tanto, procedió a inmovilizar la carga hasta que no se justificara la inconsistencia encontrada.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

Posteriormente, el 21 de noviembre de 2014, a través del Acta de Hechos 5315, el funcionario aduanero procedió a movilizar la carga por estar de acuerdo con la documentación aportada para la mercancía (1 bulto con 1,5 kilogramos), toda vez que, con acta de diligencia 11547706938863 del 22 de noviembre de 2014 se procedió a corregir y a actualizar el inventario documento de transporte ERL45725563 del 31 de octubre de 2014, con peso y bultos correspondientes a 1 bulto con 1.5 kilogramos de peso, posteriormente la mercancía fue enviada al Depósito.

Por otra parte, el 8 de noviembre de 2014, el transportador manifestó a través del Formulario Documento de Transporte - Documento Consolidador de Carga 1166726611557 3 del 8 de noviembre de 2014, que la mercancía correspondía a 2 bultos con 51 kilos. De igual forma en el Informe de Descargue e Inconsistencias 12077013061881 del 8 de noviembre de 2014 y el Formulario Salida de Mercancía de Lugar de Embarque Planilla Envió 0011787527097741, se relacionan 2 bultos con 51 kilos, sin embargo, en la Planilla de Recepción 13148026162794 del 24 de noviembre de 2014, se registró en las casillas 42 y 46, Cantidad Bultos recibidos 2; Peso en Kg recibido 467, es decir el depósito en este caso recibió 2 bultos con un peso real de 467 kilos.

Por lo expuesto, advierte que el transportador no registró en los Informes de Descargue e Inconsistencias la información de la mercancía efectivamente descargada, sino que incurrió en error en la información registrada sobre el peso y las inconsistencias de peso originadas, razón por la cual, se encontraba presuntamente incurso en la sanción tipificada en el numeral 1.32 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 relativo a "Incurrir en inexactitudes o errores en la información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos".

Frente al argumento de que la mercancía no era transportada a granel y por lo tanto no se requiere del registro del peso, precisa que el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, establece la obligación de informar las inconsistencias entre la carga manifestada y la efectivamente descargada que implique sobrantes o faltantes en el número de bultos, exceso o defecto en el peso si se trata de mercancía a granel, también exige informar a la autoridad aduanera, a través de los servicios informáticos electrónicos, los datos relacionados con la carga efectivamente descargada.

Agrega que el artículo 66 de la Resolución 4240 de 2000, modificado por el artículo 12 de la Resolución 7941 de 2008, señala que:

"El informe de descargue e inconsistencias deberá relacionar la cantidad de bultos y peso totalmente descargado de la carga por cada documento de transporte o documento consolidador de carga, el número del manifiesto de carga, los números de los documentos de transporte, los sobrantes o faltantes en número de bultos y exceso o defecto en peso para el caso de las mercancías a granel, así como los números de los documentos de transporte no relacionados en el manifiesto de carga"

Así, precisa que la norma no solo contempla la obligación de registrar en el Informe de Descargue e Inconsistencias los excesos o defectos en el peso para la mercancía a granel, sino que también exige la obligación de registrar en el

mismo la cantidad de bultos y el peso efectivamente descargados a través de los servicios informáticos electrónicos.

Por lo tanto, si en el Informe de Descargue e Inconsistencias 12077013029593 del 5 de noviembre de 2014, casilla 39 del ítem 2, el transportador registró un peso descargado de 460,5 kilogramos y, mediante las actas de hechos 05121 del 8 de noviembre de 2014 y 05164 del 11 de noviembre de 2014, se verificó el peso de la mercancía por 1.5 kilogramos, y según la Planilla de Recepción 13148026162794 del 24 de noviembre de 2014, el depósito recibió la mercancía relacionada con un peso de 1,5 kilogramos, existió un error en la información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos.

De tal manera que, como del Informe de Descargue e Inconsistencias 12077013061881 del 8 de noviembre de 2014, casilla 39 del ítem 4, el transportador registró un peso de 51 kilogramos, mientras que en la Planilla de Recepción 13148026162794 del 24 de noviembre de 2014, se registró un peso recibido de 467 kilogramos, lo efectivamente recibido, por lo que se configura la infracción prevista en el numeral 1.3.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, esto es, incurrir en inexactitudes o errores en la información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos.

1.5 Actuación procesal

La demanda se presentó el 5 de octubre de 2018 y por reparto le correspondió a este Juzgado (Fl. 95).

Por auto del 24 de octubre 2018, se admitió la demanda (Fl. 97)

Por auto de 24 de mayo de 2019, se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial (Fl. 129).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 22 de julio de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión (Fls. 131 a 136).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión (Fls. 142 a 151).

1.6 Alegatos de conclusión

1.6.1 Parte demandante

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y explicó casos similares en que la DIAN ha procedido a revocar actos administrativos en similares hechos al objeto del presente medio de control, por lo que solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda. (Fls. 142 a 149).

1.6.2 La DIAN

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

Relató de manera resumida los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó negar las pretensiones (Fls. 150 y 151).

II CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problemas jurídicos

Conforme a la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, se debe establecer:

¿La DIAN desconoció el principio de favorabilidad por haber decidido el recurso de reconsideración interpuesto por AVIANCA S.A., en una norma que había desaparecido del ordenamiento jurídico?

Resuelto lo anterior y en caso de no configurarse la vulneración al principio de favorabilidad, el despacho se ocupará de decidir lo siguiente:

¿El proceso de importación realizado por AVIANCA S.A., desconoció el marco aduanero respecto del reporte e información de cargue y descargue de mercancías?

Para resolver los problemas jurídicos, el Juzgado considera necesario hacer referencia a los siguientes preceptos:

2.3 Marco normativo del régimen de importación contenido en el Decreto 2685 de 1999

El referido decreto junto con sus respectivas modificaciones, sobre la materia dispone:

"[...] ARTICULO 87. OBLIGACIÓN ADUANERA EN LA IMPORTACIÓN¹. La obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional.

La obligación aduanera comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes. [...]"

¹ Artículo derogado a partir del 22 de marzo de 2016, por el artículo 676 del Decreto 390 de 7 de marzo 2016, por medio del cual se establece la regulación aduanera.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

Conforme a lo previsto en los artículos 95 y 96 del Decreto 2685 de 1999, existe un deber de reporte de información del manifiesto de carga y los documentos de transporte a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como también, se prevé la posibilidad de corregir, modificar y adicionar tal información, pero en la forma y términos previstos en la legislación aduanera, así lo dispone la norma:

"Artículo 95. "Las mercancías que constituyan la carga a bordo de un medio de transporte que arribe a un lugar habilitado para el ingreso de mercancía al territorio aduanero nacional, deberán estar relacionadas en el respectivo manifiesto de carga"

Artículo 96. "En el caso del modo de transporte aéreo, el transportador, deberá entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, la información del manifiesto de carga, de los documentos de transporte, de los documentos consolidadores, y de los documentos hijos, con una anticipación mínima de tres (3) horas antes de la llegada del medio de transporte.

(...) La información de los documentos de viaje entregada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ser corregida, modificada por el transportador o el agente de carga internacional, según el caso, antes de presentarse el aviso de llegada del medio de transporte al territorio aduanero nacional. Igualmente y dentro del mismo término, en casos excepcionales, se podrán presentar adiciones de documentos de transporte, de acuerdo al reglamento que para tal efecto establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Se entenderá que la información del manifiesto de carga y los documentos de transporte ha sido entregada, cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través del servicio informático electrónico acuse el recibo de la misma". (Se resalta).

De otra parte, el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, consagra el deber de reporte de información de la carga efectivamente descargada y la posibilidad de subsanar inconsistencias entre la carga manifestada y la efectivamente descargada, bien cuando se trate de errores de transcripción o cuando sean errores en la identificación de las mercancías, al respecto la norma en cita establece:

"El transportador respecto de la carga relacionada en el manifiesto de carga, deberá informar a la autoridad aduanera a través de los servicios informáticos electrónicos los datos relacionados con la carga efectivamente descargada. Si se detectan inconsistencias entre la carga manifestada y la efectivamente descargada que impliquen sobrantes o faltantes en el número de bultos, exceso o defecto en el peso si se trata de mercancía a granel, o documentos de transporte no relacionados en el manifiesto de carga; el transportador deberá registrarlas en este mismo informe.

En el modo de transporte aéreo, la obligación a que hace referencia el inciso anterior, debe cumplirse a más tardar dentro de las doce (12) horas siguientes a la presentación del aviso de finalización de descarga (...)

El transportador una vez entregue a la Dirección de Impuestos y Aduanas

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

Nacionales el informe de descargue, debe igualmente informar tal hecho a los Agentes de Carga Internacional correspondientes. El informe de que trata este inciso no interrumpe los términos para la entrega de información de descargue e inconsistencias por parte de los Agentes de Carga Internacional.

(...) **El transportador y los Agentes de Carga Internacional**, según el caso, podrán corregir los errores de transcripción que correspondan a la información entregada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, sobre el manifiesto de carga y/o los documentos de transporte, solamente cuando sean susceptibles de verificarse con los documentos que soportan la operación comercial, de acuerdo con los términos y condiciones que establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los errores en la identificación de las mercancías o la transposición de dígitos, cometidos por el transportador o el Agente de Carga Internacional al entregar la información del Manifiesto de carga y de los documentos de transporte, no darán lugar a la aprehensión de la mercancía, siempre y cuando la información correcta sea susceptible de verificarse con los documentos que soportan la operación comercial.

PARÁGRAFO 1o. Se entenderá que el informe de descargue e inconsistencias ha sido entregado cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos acuse el recibo de la información entregada." (Se resalta)

Por su parte, el capítulo IX. "INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TRANSPORTADORES", establece en el artículo 497:

"Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

1. En el Régimen de Importación:

1. Gravísimas:

1.1 Ocultar o sustraer del control de la autoridad aduanera las mercancías objeto de introducción al territorio aduanero nacional. La sanción aplicable será de multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Graves:

2.1 No entregar a la autoridad aduanera los documentos consolidadores, los documentos hijos, y el Manifiesto de la Carga Consolidada definido por reglamento, en la oportunidad prevista en el artículo 96 del presente decreto.

2.2 No transmitir electrónicamente o no incorporar en el sistema informático aduanero, dentro del plazo previsto en el artículo 96 del presente decreto, la información contenida en los documentos consolidadores y en los documentos hijos.

2.3 No entregar dentro de la oportunidad establecida en las normas aduaneras las mercancías al depósito habilitado, al Usuario de la Zona Franca, al declarante o al importador, según corresponda.

2.4 No entregar en la oportunidad legal los documentos de transporte que justifiquen las inconsistencias informadas a la autoridad aduanera, en los casos de sobrantes en el número de bultos, exceso en el peso, en caso de la mercancía a granel, respecto de lo consignado en los documentos hijos.

2.5 No expedir la planilla de envío que relacione las mercancías desconsolidadas que serán introducidas a un depósito o a una Zona Franca. La sanción aplicable será de multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de los fletes internacionalmente aceptados, correspondientes a la mercancía de que se trate.

3. Leves:

3.1 No informar por escrito a las autoridades aduaneras en la oportunidad prevista en el artículo 98 de este decreto, acerca de los sobrantes o faltantes detectados en el número de bultos o sobre el exceso o defecto en el peso, en caso de mercancía a granel, respecto de lo consignado en los documentos hijos.

3.2 Incurrir en inexactitudes o errores en la información incorporada al sistema informático aduanero. La sanción aplicable será de multa equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Resalta el juzgado).

2.4. Naturaleza y alcance de las leyes marco

El artículo 189 de la Constitución Política, establece que le corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

- a) Organizar el crédito público;*
 - b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*
 - c) **Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;***
- (...)"* (Se resalta).

Acorde con lo previsto en la norma superior en cita, la cual hace referencia a la denominada *ley marco*, como instrumento para implementar un método distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso y el Gobierno.

Respecto del alcance de las leyes marco, la Corte Constitucional en sentencia C-723 de 2007, hace referencia a los pronunciamientos realizados por esa Corporación respecto de la leyes marco, para lo cual reitera argumentos expuestos en las sentencias C- 140 de 2007 y C-624 de 2007, para precisar que la leyes marco representan una técnica de producción normativa compartida entre el Legislativo y el Ejecutivo que desarrolla el principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución. Advierte que las leyes marco no implican una delegación al Ejecutivo de facultades extraordinarias de tipo legislativo. Por esta razón, los decretos que desarrollan este tipo de leyes, al igual que difieren de los expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria, también se

distinguen de los decretos con fuerza de ley que expide el Gobierno al amparo de una ley de facultades, hecho que se ratifica con el control de constitucionalidad y legalidad de los decretos que desarrollan leyes marco es atribuido al Consejo de Estado y no a la Corte Constitucional, como ocurre en el caso de los decretos legislativos.

2.5. El marco previsto en la Ley 1609 de 2013

La mencionada ley establece las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas.

El artículo 4 ibídem, establece que los Decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan. En cuanto al principio de favorabilidad, el parágrafo 4 de la norma precisó:

*“Para efectos del Principio de Favorabilidad la Autoridad Aduanera en el proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, **aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aun cuando no haya sido solicitada o alegada.** Se exceptiona de este tratamiento lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros”.*
(Se resalta)

A su vez, en el artículo 5 ibídem, consignó como criterios generales, que los Decretos y demás actos administrativos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la ley marco de aduanas, deberán observar los siguientes criterios:

*“... 4. **Las disposiciones que constituyan el Régimen sancionatorio y el decomiso de mercancías en materia de aduanas, así como el procedimiento aplicable deberá estar consagrado en los decretos que en desarrollo de la ley Marco expida el Gobierno Nacional.***

*5. Los Decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas y demás actos que lo reglamenten, deberán tener en cuenta los elementos de la Seguridad Jurídica. Las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera, de conformidad con la Constitución Política, deberán ser públicas y permanentes, con las excepciones que establezca la ley, y **en ellas prevalecerá el Derecho sustancial.**”* (se resalta)

Por lo anterior, si bien el derecho aduanero está conformado por un conglomerado de normas, esto es, tanto el marco constitucional, la ley y el reglamento, como las resoluciones y circulares de la DIAN, conviene preciar que para el régimen sancionatorio la Ley 1609 de 2013, estableció de manera expresa el principio de favorabilidad y limitó el establecimiento de las sanciones y cuantificación a los decretos que en desarrollo de la ley Marco expida el Gobierno Nacional, de tal modo que la facultad reguladora está en cabeza exclusiva del Gobierno Nacional sin que sea transferible a otra autoridad.

2.6. El principio de Favorabilidad- Decreto 390 de 2016 y Decreto 349 del 20 de febrero de 2018

El artículo 2 del Decreto 390 de 2016, establece la regulación aduanera, en el que hace referencia a los principios generales, precisa que sin perjuicio de los principios constitucionales y los previstos en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la Ley 1609 de 2013 y del Código General del Proceso, las disposiciones contenidas en este decreto se aplicarán e interpretarán teniendo en cuenta los siguientes:

"...b) Principio de favorabilidad. Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente, aun cuando no se hubiere solicitado". (Se resalta).

Acorde con tal mandato, el cual guarda plena relación con el principio con el mismo nombre previsto en el artículo 4 de la Ley Marco 1609 de 2013, precisamente a finalizar el trámite sancionatorio, si se encuentra una norma que le sea favorable al investigado, la misma será aplicable atendiendo la favorabilidad.

Por su parte, el Decreto 349 del 20 de febrero de 2018, en el artículo 1 establece: Modifíquese el literal b) del artículo 2º del Decreto 390 de 2016, el cual quedará así:

"b) Principio de favorabilidad. Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso entra a regir una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente.

Si la nueva norma es desfavorable al interesado, será la norma anterior la aplicable a todas las infracciones que se cometieron durante su vigencia".

Finalmente, los artículos 203 y 204, advierten:

"Artículo 203. Vigencia. La vigencia del presente decreto iniciará el siete (7) de marzo de 2018, previa su publicación en el Diario Oficial.

Los artículos que modifican el Decreto 390 de 2016 entrarán a regir atendiendo las reglas establecidas por el artículo 674 del citado Decreto.

Los artículos que modifican el Decreto 2685 de 1999, entrarán a regir en la misma fecha de vigencia del presente decreto.

Artículo 204. Derogatorias. **Deróguense a partir de la vigencia de este decreto las siguientes disposiciones: el numeral 1.3.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999; el numeral 4 del artículo 58, el numeral 2.1.3 del artículo 229, el numeral 17 del artículo 530, el numeral 9 del artículo 538, el último inciso del numeral 4 del artículo 544 y el numeral 8 del artículo 634 del Decreto 390 de 2016".** (Resalta el juzgado).

2.7 Caso concreto

La sociedad demandante formula cuatro cargos: **i) Violación directa de la ley**

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

por no aplicación de la norma más favorable, **ii)** La Violación de La ley por no aplicación del principio de igualdad, **iii)** La violación directa de la ley por aplicación indebida y **iv)** Violación directa de la ley por no aplicación, concluyendo que los errores formales no deben sancionarse porque prima lo sustancial sobre lo formal.

Por efectos metodológicos, se estudiarán los cargos en la forma propuesta por la sociedad demandante y conforme a los problemas jurídicos y, en caso de encontrar probado el primer cargo, se sustraerá de estudiar los demás formulados por AVIANCA S.A., para ello, se analizarán las pruebas allegadas al plenario.

2.7.1 Hechos probados jurídicamente relevantes:

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- El 8 de noviembre de 2014, mediante el Acta de Hechos 5313, el funcionario aduanero en el reconocimiento efectuado a la mercancía encontró 1 pieza con 1.5 kilos, por tanto, y, procedió a inmovilizar la carga hasta que no se justificara la inconsistencia encontrada y refirió "una diferencia de 459 kg" (Fl. 6 C. expediente Adm).
- El 11 de noviembre de 2014, en Acta de Hechos 5164, el funcionario aduanero se reitera la pieza encontrada con 1.5 kilos y la diferencia de 459 kg, respecto del peso informado por la aerolínea (Fl. 5 C. expediente Adm).
- El 21 de noviembre de 2014, a través del Acta de Hechos 5315, el funcionario aduanero consignó: "Dando alcance a las actas 5121 del 8-11-14 y 5164 del 11-11-2014, se da continuidad de trámite a las mercancías amparadas en la presente guía encontrando: Bobinas marca siemens, referencia 3RT1924, peso:1,5 kilos, bultos uno (1). Estas mercancías pueden continuar su proceso aduanero (Fl. 4 C. expediente Adm).
- El 1 de diciembre de 2014, el jefe de División de Gestión Control Carga, Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, le allega documentos al jefe División de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, relativos a la guía ERL 45725563 del 31 de octubre de 2014, que ingresó a territorio nacional el 4 de noviembre de 2014, respecto a 1 pieza por 1.5 kilos, referente a la infracción aduanera prevista en el artículo 497 numeral 1.1.2 (Fls. 2 y 3 C. expediente Adm).
- El 5 de noviembre de 2014, el operador de Avianca cargo Londres expuso que por error involuntario se envió parcial a Bogotá y no fue pre alertado a tiempo piezas faltantes entre ellas lo relacionado con ERL45725563 – 2 Pz- 51 (Fl. 11 C. expediente Adm).
- El 2 de agosto de 2017, se expidió el requerimiento especial aduanero 3672, mediante el cual se propone una sanción de 6 SMLMV para un total de \$3.696.000 por incurrir en la prohibición descrita en el numeral 1.3.2 del artículo 497 del Decreto 2685 que establece "incurrir en inexactitudes o errores en la

información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos". (Fls. 47 a 50 vuelto C. expediente Adm).

- El 30 de agosto de 2017 el apoderado de AVIANCA S.A., dio respuesta al requerimiento aduanero en el que solicita se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, relativo a las inconsistencias en los documentos de viaje, especialmente cuanto se trata de carga a granel (Fls. 60 a 64 vuelto C. expediente Adm).
- Mediante la Resolución 1949 del 25 de octubre de 2017, el funcionario División de Gestión de Liquidación sancionó con multa a AVIANCA S.A., por valor de \$3.696.000 por la comisión de la infracción aduanera consagrada en el numeral 1.3.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 (Fls. 95 a 100 vuelto C. expediente Adm).
- El 20 de noviembre de 2017, el apoderado de AVIANCA S.A., interpuso recurso de reconsideración, reiterando los argumentos expuestos al responder el requerimiento aduanero relativo al artículo 98 del del Decreto 2685 de 1999 y la aplicación de los artículos 3 de la Ley 1437 de 2011 y 2 del Decreto 390 de 2016 (Fls. 88 a 94 C. expediente Adm).
- Mediante la Resolución 00545 de 12 de abril de 2018, se resolvió de manera adversa el recurso de reconsideración y se conformó la Resolución 1949 del 25 de octubre de 2017 (Fls. 108 a 119 C. expediente Adm).

2.7.2 Análisis probatorio y jurídico

Señala la demandante en el primer cargo que la DIAN no aplicó el principio de favorabilidad contenido en el artículo 2º del Decreto 390 de 2016, pese a que la infracción que consagraba el numeral 1.3.2., artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, fue expresamente derogado por el artículo 204 del Decreto 349 de febrero 20 de 2018.

Respecto de este cargo, la DIAN no efectuó pronunciamiento alguno al contestar la demanda, ni en los alegatos de conclusión.

Como se expuso *up supra*, la Ley 1609 de 2013, tiene la naturaleza de ley Marco, por lo que, tanto el Gobierno Nacional como la DIAN, expedirán decretos y actos administrativos relacionados con el régimen aduanero, no obstante, el legislador precisó varios aspectos que deben ser observados por el Gobierno como la DIAN, estos son:

-Sujeción a la ley (Art. 1). El Gobierno Nacional, al modificar el régimen de aduanas, **no podrá exceder los términos establecidos en la presente ley.**

-Regulación (art. 2). Los decretos que dicte el Gobierno para desarrollar esta ley marco serán reglamentados a través de Resoluciones de carácter General, proferidas por la autoridad competente, sin que sean contrarios a la Constitución Política, a la Ley ni al reglamento, y su naturaleza será de criterios auxiliares de interpretación.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

-Régimen sancionatorio (art. 5). Lo relativo a las sanciones y decomiso de mercancías en materia de aduanas, así como el procedimiento aplicable, **deberá estar consagrado en los decretos** que en desarrollo de la ley Marco expida el Gobierno Nacional (Se resalta).

Para el Despacho, luego de valoración probatoria y normativa, es claro que en el presente asunto y antes de quedar en firme el acto mediante el cual se sancionó a AVIANCA S.A., se expidió el Decreto 349 de 2018, cuya entrada en vigor inició el **7 de marzo de 2020**.

Así, es necesario precisar que mediante la Resolución 1949 del 25 de octubre de 2017, el funcionario de División de Gestión de Liquidación sancionó con multa a AVIANCA S.A., por valor de \$3.696.000, por la comisión de la infracción aduanera consagrada en el **numeral 1.3.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999** (Fls. 95 a 100 vuelto C. expediente Adm), fue objeto del recurso de reconsideración el 20 de noviembre de 2017 (Fls. 88 a 94 C. expediente Adm) y el mismo fue resuelto de manera desfavorable mediante la **Resolución 00545 de 12 de abril de 2018** (Fls. 108 a 119 C. expediente Adm).

Por lo anterior, en el presente asunto, para el momento en el que el abogado del Grupo Interno de Trabajo Vía Gubernativa de la División de Gestión Jurídica procedió a resolver el recurso de reconsideración, esto es, el 12 de abril de 2018, omitió dar aplicación al parágrafo 4 de la Ley 1609 de 2013 y a lo previsto en los artículos 2, 203 y 204 del Decreto 349 del 20 de febrero de 2018, respecto del principio de favorabilidad en concordancia con el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, como quiera que la infracción 1.3.2 prevista en el artículo 497 fue derogado previo a resolver el recurso de reconsideración y por lo mismo, la entidad tenía el deber oficioso de inaplicar la sanción, por haber desaparecido del ordenamiento jurídico, razones por las que el cargo prospera.

Ante la prosperidad del cargo de la nulidad antes analizado, el Juzgado se releva de realizar el estudio de los demás cargos formulados por la sociedad demandante².

Habiendo prosperado la pretensión de nulidad de las Resoluciones 1-03-241-201-642-0-1949 de octubre 25 de 2017 y 03-236-408-601-00545 de abril 12 de 2018, no le asiste obligación alguna a la demandante de cancelar el valor objeto de la sanción equivalente a los 6 SMLMV y, al no estar acreditado su pago en el presente proceso, el restablecimiento del derecho comprenderá exclusivamente la no obligación de su pago.

2.8 Condena en costas

² El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, entre los que se destacan las Sentencias del 31 de mayo de 2012 (Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2007-00232-01(18227) Actor: Rafael Alberto Galvis Chaves Demandado: Distrito Capital de Bogotá. M.P. William Giraldo Giraldo) y 6 de abril de 2011 (Sección Tercera Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483) Actor: Karina Cabrera Donado. Demandado: Municipio de Chima-Córdoba), ha señalado que ante la acreditación de uno de los cargos que conlleva a la nulidad del acto se releva del estudio de los demás cargos formulados.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00351-00
Demandante: AVIANCA S.A.
Demandado: DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

Por último, el Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo y, por tanto, como quiera que la sentencia es favorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a la parte demandada, teniendo en cuenta, además, que en el presente asunto se encuentran acreditados los gastos del proceso, tales como notificaciones.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el Despacho fijará por dicho concepto el 4% del valor de las pretensiones, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 366 numeral 4 del CGP y en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 1-03-241-201-642-0-1949 de octubre 25 de 2017 y 03-236-408-601-00545 de abril 12 de 2018, expedidas por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se declara que **AVIANCA S.A. no está obligada a cancelar el pago de la multa impuesta en los actos administrativos declarados nulos**, conforme a las precisiones realizadas.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, aplicables por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por Secretaría, liquídense las costas a que haya lugar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

QUINTO: Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Juez

oms

