

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO (3°.) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio dos mil veintiuno (2021)

**RADICACIÓN:** 11001-3334 -003-2018-00430-00  
**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 la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 del 31 de enero de 2018 de la División de Gestión de Liquidación y la Resolución 03-236-408-601-1008 del 4 de julio de 2018 de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, pertenecientes a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare que Avianca S.A. no adeuda suma alguna por concepto de la sanción impuesta en los actos administrativos, respecto de los que solicita la nulidad.

3. Al momento de radicar la demanda no ha realizado el pago de la sanción impuesta en los actos administrativos objeto de la presente controversia, por lo que advierte que, de llegar a cancelarla, a título de restablecimiento se le reconozca la suma pagada debidamente indexada.

#### 1.2 Hechos

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

- Mediante oficio 1-03-201-246-0802 de marzo 27 de 2015, el jefe de la División de Gestión Control Carga de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá le remitió a la División de Gestión de Fiscalización de la misma Seccional,

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

información respecto de una posible infracción debido a que la mercancía amparada en la guía aérea 729-82296664 de febrero 10 de 2015, con Manifiesto de Carga 116575005893314 del 11 de febrero de 2015, transportado por Avianca, conforme al Acta de Hechos 000353 de febrero 13 de 2015, no fue posible verificar la mercancía por cuanto había sido trasladada a la empresa de mensajería especializada.

-Precisa que, respecto del procedimiento referido, no obra ninguna orden de inmovilización física ni en el sistema por parte de la DIAN, lo que permitió que la carga continuara con su proceso normal.

-La Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, a través de la División de Gestión de Fiscalización, profirió Requerimiento Especial Aduanero 0005461 de octubre 31 de 2017, mediante el cual, se propuso sancionar a la sociedad Avianca S.A., por incurrir en la supuesta infracción establecida en el numeral 1.1.2., del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 29 del Decreto 2101 de 2008.

-El 24 de noviembre de 2017, con radicado 003E2017048702, Avianca S.A., a través de apoderado dio respuesta al Requerimiento Especial Aduanero.

-Por medio de la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, le impuso sanción por el valor de \$12.887.000, y la declaró responsable por la supuesta infracción contemplada en el numeral 1.1.2, del artículo 497 del Decreto 2685/99.

- El 26 de febrero de 2018 con radicado 003E2018008538, interpuso recurso de Reconsideración.

-A través de la Resolución 03-236-408-601-1008 de julio 4 de 2018, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, resolvió el Recurso de Reconsideración y confirmó la resolución sancionatoria.

-El referido acto administrativo fue notificada por correo el día 6 de julio de 2018.

### **1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora, formuló como cargos los siguientes:

#### **1.3.1 El caso en concreto**

Señala que la sanción que le impuso la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá se realizó mediante actos administrativos confusos y contradictorios, debido a que esa sociedad no desconoció lo previsto en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Explica que no se presentó ocultamiento de mercancías y menos que las mismas fueran sacadas del control aduanero, pues la totalidad de los bienes que

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

ingresaron al país fueron puestos a disposición de la autoridad aduanera y fueron trasladados a otra zona primaria aduanera, como lo es un depósito habilitado, en donde la aduana también ejerce su control.

Por lo tanto, a partir de los hechos que figuran en el expediente administrativo, la conducta investigada y sancionada se debe a que Avianca S.A., en su condición de transportador aéreo internacional, trasladó la carga y la entregó al depósito al cual estaba destinado, contando con la autorización de la DIAN para efectuar la planilla de envío, dentro del trámite normal de un proceso de importación, como se verá en las normas que a continuación se citan.

Así, la carga en cuestión salió del sitio de arribo (aeropuerto internacional El Dorado), con previo informe a la autoridad aduanera y autorización de la DIAN. No se comercializó, sino siguió el trámite normal que obliga al transportador, en un término improrrogable 2 días, hacer la entrega al depósito o la zona franca. El traslado al depósito a donde va consignada no implica sacar una mercancía del control aduanero, ya que, al ser trasladada de una zona primaria aduanera a otra zona primaria aduanera, sigue bajo control aduanero. Nótese cómo el artículo 73-1 de la Resolución 4240 de 2000, permite la inmovilización en el depósito al cual fue trasladado.

Por lo tanto, sostiene que la carga no estuvo bajo orden de inmovilización por parte de la DIAN y por ello se le permitió el traslado a depósito y la emisión de la planilla de envío para realizar este traslado, tal como puede comprobarse bajo lo que disponen las normas aduaneras que regulan estas operaciones y trámites, como lo previsto en los artículos 96, 97-1, 97-2, 98, 99, 101, 102 y 113, del Decreto 2685 de 1999 y lo regulado en la Resolución 7491 de 2008, para concluir que le asiste la obligación al transportador internacional de entregar las mercancías al agente de carga, al importador, cuando hay un descargue directo, precedido de una declaración de importación anticipada, o trasladarla al depósito señalado en los documentos de transporte, tal como lo dispone el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999 y, específicamente, como obligación el artículo 104, literales i) y j), del mismo Decreto.

### **1.3.2 Violación directa de la ley**

Explica que el documento de transporte arribó al territorio aduanero nacional de forma parcial, informado a través de los Sistemas Informáticos Electrónicos con formato 12077013855027 del faltante de 1 bulto, sin que se reportara por parte de la DIAN, procesos de inmovilización de carga, por lo cual no es posible exigir al transportador que la carga no se moviera al depósito cuando no existe orden de inmovilización expresa, tal como lo dispone el artículo 73-1 de la Resolución 4240 de 2000, máxime cuando la DIAN expidió la planilla de envío y, por ende, el traslado de la mercancía al depósito.

Así, se permitió por el sistema presentar planilla de traslado para Mensajería Especializada con formato 1787528197933, continuando trámites aduaneros en responsabilidad del transportador aéreo y, en cumplimiento de las obligaciones

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

del transportador aéreo se reportó el arribo del bulto faltante con formato 116575005896064.

Advierte que Avianca S.A., transmitió la información del documento de transporte, la DIAN le asignó el número de manifiesto de carga al documento de transporte, se informó el aviso de llegada, al igual que el informe de descargue e inconsistencias, inicialmente no llegó una pieza, que fue informada, justificada y llegó en otro vuelo, al día siguiente, para, por último, informar de la "Salida de la mercancía de zona primaria", con la "Planilla de entrega" 11787528197933, para destacar que cada movimiento de la carga fue avisado a la DIAN y esta entidad autorizó la salida de los bienes del lugar de arribo, con el formato 1178, Salida de Mercancías del Lugar de Embarque / Planilla de Envío 0011787528197933 .

Por lo tanto, de haber querido la DIAN evitar la salida de las mercancías del lugar de embarque, debió ordenar la inmovilización y el aseguramiento de la carga, como medida cautelar, pero no lo hizo y, por el contrario, autorizó su salida con la planilla tantas veces mencionada; por lo que a su juicio, no puede hablarse de ocultamiento de mercancía o salida del control aduanero de la carga, porque la DIAN bien podía seguir el control de ella en las bodegas del intermediario de tráfico postal a donde fueron trasladadas para su verificación, en la forma que lo establece el inciso 3 del artículo 73-1 de la Resolución 4240 de 2000, pero ello no ocurrió.

### **1.3.3 Falsa motivación del acto administrativo sancionatorio**

Considera que se configura tanto la falsa motivación como un error de derecho en los actos administrativos demandados, por cuanto se argumenta la comisión de una infracción y en la conclusión de esa motivación corresponde a una infracción totalmente diferente.

Así, refiere que, en las hojas 6 y 7 de la Resolución 0180 de enero 31 de 2018, la División de Gestión de Liquidación sostiene que Avianca S.A., violó el procedimiento de carga V.6, en las páginas 52 y 53, frente a lo cual advierte que se aplica una norma que no corresponde a esos hechos como es la prevista en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Reitera lo expuesto en el cargo en precedencia, relativo a que la carga no fue sacada del control aduanero por pasar de una zona primaria aduanera como lo es el Aeropuerto a otra zona igualmente primaria, en este caso, el depósito, porque a su juicio en ambas la DIAN puede ejercer el control sin ninguna restricción.

Precisa que, si se hubiese presentado el ocultamiento de la mercancía, los funcionarios de la DIAN han debido realizar la aprehensión y decomiso de esta, prueba que fue solicitada dentro de la actuación administrativa para que se certificara la existencia y finalización del proceso de aprehensión, pero la misma fue negada, con lo que agrega la vulneración al derecho de defensa.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

### **1.3.4 Violación al debido proceso**

Señala que tanto en el requerimiento especial aduanero como en el acto administrativo que la sancionó, se señala el incumplimiento de los procedimientos de carga, que es una conducta diferente a la de sacar una mercancía del control aduanero, porque, como está relacionado en el ese documento, la carga en su totalidad llegó al país por sitio habilitado, fue presentada física y documentalmente a la autoridad aduanera y su salida se produjo de la misma manera, al amparo de una planilla de envío, por lo que es imposible afirmar que se sacó del control aduanero.

Explica que, en el presente caso, desde que arribó la totalidad de la carga, nunca fue ordenada su inmovilización, sino simplemente fue seleccionada para revisión, para reconocimiento, pero ese reconocimiento tiene reglas claras que la autoridad aduanera no cumplió, lo cual se traduce en una violación al principio constitucional del debido proceso.

Por lo tanto, a la luz de la legislación aduanera vigente para la época de los hechos, la conducta de los funcionarios no se ajustó a derecho y se desconoció lo previsto en los artículos 72, 73 y 73-1 de la Resolución 4240 de 2000 y sus modificaciones, como quiera que, la autoridad aduanera conforme a lo reglado en el artículo 73 de la citada resolución tenía 24 horas para realizar el procedimiento. En el presente caso, la carga arribó el 11 de febrero de 2015, luego, hasta el 12 de febrero de 2015, la DIAN contaba con el término para realizar el reconocimiento de la carga y decretar la medida de inmovilización de que trata el artículo 73-1.

De tal manera que al no observarse por la DIAN el procedimiento señalado en los artículos antes citados, se incurrió en violación al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Resalta que, en el Acta de Diligencia, formulario 11547707420994, los funcionarios aduaneros solo acudieron a realizar la diligencia de reconocimiento de la carga el 18 de febrero de 2015, es decir, 6 días después de expirado el plazo legal para la realización de la diligencia. En dicho documento se dejó la siguiente anotación, por parte de los funcionarios aduaneros:

“Las mercancías amparadas en la presente guía fueron reportadas por la aerolínea con faltante parcial según formato del 12/02/2015, en el cual se establece que fueron descargados nueve (9) bultos con un peso de 153 kilos; estas mercancías fueron solicitadas a la aerolínea a efectos de realizar la verificación, sin embargo, NO FUERON PUESTAS A DISPOSICIÓN POR CUANTO ya habían salido según formato 1178758197933 del 12/02/2015 (Se adjunta formato).

Estos documentos serán remitidos a Fiscalización Aduanera.”

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

Por lo anterior, no entiende cómo pasados 6 días de expirado el término legal, los funcionarios acuden a realizar una diligencia, cuando ya los términos legales se encontraban vencidos, pero lo más importante es que en las diligencias anteriores a esta, no se ordenó la inmovilización y aseguramiento de la carga, como medida cautelar, así que no se entiende por qué, si la DIAN autorizó la salida de una zona primaria a otra zona primaria, se afirmó en el proceso de la sede administrativa que la aerolínea sacó del control aduanero la mercancía, por lo que a su juicio concurren en el presente caso las causales de nulidad de los actos demandados, lo que debe llevar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

### **1.3.5 Violación al derecho de defensa**

Señala que en el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución 1-03-241-201642-0-0180 de enero 31 de 2018, con el fin de probar que no hubo ocultamiento de mercancías, solicitó como prueba la certificación interna de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, sin que fuera practicada, pese a su importancia, lo que constituye una violación al derecho de defensa, porque de probarse la ausencia de aprehensión y decomiso, ante una evidente configuración de una causal expresa consagrada en el numeral 1.1., del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, vigente para la época de los hechos, salía a relucir el incumplimiento de los deberes de los funcionarios aduaneros, que teniendo conocimiento pleno de una causal de decomiso, omitieron la aprehensión y por otro lado, se no procederse con la aprehensión se probaba que la mercancía nunca fue ocultada ni sacada del control aduanero, lo que ni llevaba al decomiso, ni tampoco a la imposición de la sanción.

Advierte que la DIAN no realizó pronunciamiento alguno sobre su decreto o rechazo, por lo que no se emitió auto que la negara ni la decretara, por lo que a su juicio el silencio se traduce en una violación evidente al derecho constitucional de defensa.

### **1.3.6 Silencio administrativo positivo**

Explica que los artículos 607 y 609 del Decreto 390 de 2016, modificados por los artículos 168 y 167 del Decreto 349 de 2018, establecen el término de 4 meses para decidir el recurso de reconsideración.

El presente argumento está cimentado en el cambio de la normativa aduanera que se aplica al presente caso, el Decreto 349 de febrero 20 de 2018, que dispuso que el recurso de reconsideración debe resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes al recibido por la dependencia competente para decidirlo, cuando no haya acto inadmisorio.

Por lo tanto, en el presente asunto se cumplió la condición de no existir auto inadmisorio y consta que, el recurso contra la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018 fue presentado en la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, el día 26 de febrero de 2018, de tal manera que los 4 meses se cumplieron el 26 de junio de 2018, por lo que al

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

haberse emitido la resolución 03-236-408-601-1008 el 4 de julio 4 de 2018, los 4 meses exigidos por la norma mencionada fueron superados.

Así, conforme a lo previsto en el numeral 1º, del artículo 167 del Decreto 349 de 2018, vigente para el momento en que se resolvió el recurso, se configuró el silencio administrativo positivo. La norma mencionada en su parte pertinente dice:

**“Término para decidir el recurso de reconsideración.** El término para decidir el recurso de reconsideración será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a:

1. La recepción del recurso y del expediente por parte del área competente para decidir de fondo, cuando no se haya proferido auto inadmisorio.”

#### **1.4. Contestación de la demanda**

La DIAN a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones y realizó pronunciamiento respecto de cada cargo de la siguiente manera:

##### **1.4.1 Frente al primer cargo: El caso concreto**

Explica que, a partir de la presentación del informe de descargue e inconsistencias, formulario 12077013855027 12-02-2015, a las 03:22 a.m., y conforme al manual de procedimientos V.6, a través del sistema MUISCA la demandante tenía la obligación de abstenerse de movilizar la carga, hasta tanto la autoridad aduanera no hiciera el reconocimiento de la inconsistencia reportada tal como se le informó a través del mismo sistema informático,

Aclara que si bien es cierto que una funcionaria de la División de Gestión Control Carga el 12 de febrero de 2015 a las 7:03 horas gestionó el Formato Control Faltantes y Defectos, también lo es, como quedó consignado en el Acta de Hechos 000353 del 13 de febrero de 2015-17:45 horas, que para el traslado de la carga la aerolínea debió esperar la realización de ésta diligencia, pero cuando el funcionario de la División de Gestión Control Carga se dispuso a efectuar formalmente el reconocimiento de la inconsistencia reportada encontró que la carga ya había sido trasladada al depósito al cual había llegado consignada: 'La salida de la mercancía de zona primaria (al depósito), formulario 11787528197933 de 12-02-2015, a las 11:48 PM'.

Por lo anterior, sin lugar a duda quedó constituida la ocurrencia del hecho sancionado como es, ocultar o sustraer del control de la autoridad aduanera la mercancía, por no haber esperado a que se realizara formalmente el reconocimiento de la inconsistencia y se le autorizara el traslado de la mercancía al depósito, lo anterior en cumplimiento del contenido de la norma reglamentaria contenida en el artículo 72 de la Resolución 4240 de 2000, modificado por el artículo 15 de la Resolución 7941 de 2008, el cual señala:

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

"ARTÍCULO 72. SELECCIÓN PARA RECONOCIMIENTO DE CARGA. Modificado por el artículo 15 de la Resolución 7941 de 2008. Una vez presentado el informe de descargue sin que se hayan informado inconsistencias, o finalizado el plazo para justificarlas en el evento en que hayan sido informadas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de los servicios informáticos electrónicos, informará al transportador, agente de carga internacional o puerto, la determinación de practicar diligencia de reconocimiento de la carga o lo autorizará para que expida la planilla de envío. En los casos previstos en el inciso 5o del artículo 66 de la presente resolución, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, podrá ordenar la práctica de la diligencia de reconocimiento de la carga en el depósito habilitado o en zona franca.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará sin perjuicio de las facultades con que cuenta la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para practicar de manera excepcional y por razones de control, la diligencia de reconocimiento en un momento anterior, evento en el cual deberá permitirse presentar el informe de descargue e inconsistencias y las justificaciones a que haya lugar de conformidad con los términos consagrados en la presente resolución".

#### **1.4.2 Frente al segundo cargo: Violación directa de la ley**

Señala que, en lo relacionado con el manejo de la carga, no obra en el sistema ninguna orden de inmovilización por cuanto en caso de que haya lugar a ella, ésta surge con posterioridad a la inspección física de la mercancía. Agrega que, no se debe perder de vista que en el presente asunto se manejó a través del sistema informático, la medida aplicable no era la de la "inmovilización de la carga" sino la de "inclusión de la guía para su reconocimiento" lo cual tuvo lugar el día 12-02-2015 / 03:33:32 horas, tal como se observa en los antecedentes, ante lo cual, la hoy demandante no debía movilizar la carga hasta tanto no se efectuara la verificación de la inconsistencia reportada.

Por otra parte, el hecho de que el sistema le hubiera permitido movilizar la carga hacia el depósito respectivo, mediante la expedición de la planilla de traslado formato 11787528197933 del 12-02-2105 / 23:48 horas, no quiere decir que no existía la obligación de esperar a que la mercancía fuera previamente inspeccionada y le fuera impartida la orden de continuar con el traslado al depósito al cual venía consignada.

Finalmente, se debe tener en cuenta que precisamente, el hecho de que se hubiera trasladado la carga haría imposible su aprehensión y decomiso en el evento en que, como consecuencia de la inspección se hubiera encontrado alguna situación que diera lugar a una de esas medidas, por lo que considera que el cargo no tiene vocación alguna de prosperar.

#### **1.4.3 Respecto de tercer cargo: Falsa motivación del acto administrativo sancionatorio**



Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

En el presente caso no hay lugar a predicar la falsa motivación de los actos demandados; ya que, ni los supuestos de hecho esgrimidos en ellos son contrarios a la realidad; o que en ellos se haya incurrido en error o en alguna razón engañosa o simulada; o que se les haya dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, o porque no sea justificada la decisión en ellos contenida, es decir, no ha tenido ocurrencia ninguno de tales supuestos.

#### **1.4.4 En cuanto al cuarto cargo: Violación al debido proceso**

Advierte que el cargo no tiene vocación alguna de prosperidad por cuanto, tal como se indica en los actos demandados, la norma reglamentaria en que se contempla el incumplimiento en que incurrió la sociedad demandante corresponde al artículo 72 de la Resolución 4240 de 2000.

Reiteró que, a partir de la presentación del informe de descargue e inconsistencias Documento de finalización descargue, formulario 12077013855027 12-02-2015, a las 03:22 AM, y conforme al manual de procedimientos V.6, a través del sistema MUISCA la demandante tenía la obligación de abstenerse de movilizar la carga hasta tanto la autoridad aduanera no hiciera el reconocimiento de la inconsistencia reportada, tal como se le informó a través del mismo sistema informático, así como se puede observar en el documento impreso que obra a folios 9 de los antecedentes "Documentos para reconocimiento" Si bien es cierto que una funcionaria de la División de Gestión Control Carga, el día 12 de febrero de 2015 a las 7:03 horas gestionó el Formato Control Faltantes y Defectos, tal como se observa a folio 7 de los antecedentes, también es cierto que, así como quedó consignado en el Acta de Hechos 000353 del 13 de febrero de 2015 - 17:45 horas, para el traslado de la carga la aerolínea debió esperar la realización de ésta diligencia, pero cuando el también funcionario de la División de Gestión Control Carga se dispuso a efectuar formalmente el reconocimiento de la inconsistencia reportada, encontró que la carga ya había sido trasladada al depósito al cual había llegado consignada: "La salida de la mercancía de zona primaria (al depósito), formulario 11787528197933 de 12-02-2015, a las 11:48 PM"

No es cierto lo afirmado por la demandante en el sentido de que la autoridad aduanera debía acudir a la figura de la inmovilización de la mercancía, por cuanto, tal como lo dispone la norma antes transcrita, es a través del sistema, como en efecto ocurrió, y, bajo la indicación de "Documentos para reconocimiento" como se observa a folio 9 de los antecedentes, que la autoridad aduanera le informa al usuario la circunstancia de que la mercancía, previamente a su salida para el depósito, debe ser sometida a reconocimiento para la correspondiente verificación de la inconsistencia informada.

Señala que la sociedad demandante, aun cuando el sistema le permitió elaborar la planilla de traslado formulario 1178, previo al traslado de la mercancía al depósito debió esperar el reconocimiento por parte del funcionario comisionado para tal fin, en vista de que se incumplió con esta obligación, no hay a dudas de que incurrió en la infracción administrativa

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

aduanera, por la cual se le impuso la sanción a través de los actos administrativos demandados.

#### **1.4.5 Frente al quinto cargo: Violación al derecho de defensa**

El cargo no está llamado a prosperar por la razón de que la prueba consistente en la certificación interna de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, para que esta certificara si hubo aprehensión y decomiso de la mercancía, no puede admitirse como una violación al derecho de defensa, en primer lugar, por cuanto la misma no tiene la fuerza suficiente para desvirtuar el hecho de que la actora haya sustraído la mercancía del control de la autoridad aduanera como quedó ilustrado anteriormente, y, en segundo lugar, tal como ocurrió en la actuación objeto de cuestionamiento judicial, no en todos los casos en que se sustraiga una mercancía del control de la autoridad aduanera hay lugar a su aprehensión y decomiso.

#### **1.4.6 En cuanto al sexto cargo: Silencio administrativo positivo**

No le asiste razón a la demandante en relación con la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por las siguientes razones:

El recurso de reconsideración fue radicado el 26 de marzo de 2018, cuando aún se encontraba vigente el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, lo cual quiere decir que, el trámite de dicho recurso se debería adelantar atendiendo las disposiciones contenidas en el artículo 607 de dicho decreto, el cual establece que el término para decidir el recurso de reconsideración será de 4 meses contados a partir del siguiente a la notificación del auto admisorio.

Agrega que, a su vez, el artículo 605 ídem, regula lo relativo tanto de la admisión como la inadmisión del recurso de reconsideración dentro de los 10 días siguientes a su interposición.

Por lo tanto, si en el presente asunto el Auto 03-236-408-106.00352 del 8 de marzo de 2018, mediante el cual se admitió el recurso de reconsideración fue notificado por estado 432, fijado entre el 18 y el 26 de marzo de 2018, el término de los 4 meses para expedir la resolución que resolviera el recurso de reconsideración, debía contarse a partir del 27 de marzo de 2018, por tanto, el término para expedir la resolución a través de la cual se resolviera el recurso de reconsideración se extendió hasta el 27 de julio de 2018, y la misma fue expedida el día 4 de ese mismo mes y año, es decir, que no tuvo ocurrencia el fenómeno del silencio administrativo positivo.

### **1.5. Actuación procesal**

La demanda se presentó el 22 de noviembre de 2018 y mediante Acta de Reparto, el proceso le correspondió a este Juzgado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fl. 87

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

Por auto del 15 de marzo de 2019, se admitió la demanda<sup>2</sup>.

Por auto del 13 de septiembre de 2019<sup>3</sup>, se tuvo por contestada la demanda por parte de la DIAN y se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 19 de noviembre de 2019<sup>4</sup>, 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.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión.

## **1.6. Alegatos de conclusión**

### **1. 6.1 Avianca S.A.**

El apoderado de la demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda e hizo énfasis en los cargos: Violación directa de la ley, falsa motivación del acto administrativo sancionatorio, violación al debido proceso, a la vez que insistió que esa sociedad no sacó del control aduanero las mercancías, por lo que no era procedente la sanción impuesta<sup>5</sup>.

### **1.6.2 DIAN**

El apoderado de la DIAN precisó que la autoridad aduanera dispuso, a través del sistema informativo la inclusión forzosa de la guía 729-8229664, con el fin de verificar la inconsistencia reportada el 12 de febrero de 2015.

El 18 de febrero de 2015, a través del formulario 11547707420994, la autoridad aduanera dispuso la verificación de la inconsistencia reportada a través de la inspección correspondiente, encontrando que las nueve (9) piezas ya había sido trasladados al depósito aduanero Bodega 1, ubicado en la misma zona primaria aduanera del aeropuerto El Dorado al cual había llegado consignadas, por lo que se dejó constancia de lo siguiente: "las mercancías amparadas en la presente guía reportadas por la aerolínea con faltante parcial según formato del 12/02/2015, en el cual se establece que fueron descargados nueve (9) bultos con un peso de 153 kilos; estas mercancías fueron solicitadas a la aerolínea a efectos de realizar la verificación, sin embargo, NO FUERON PUESTAS A DISPOSICION POR CUANTO ya había salido según formato 1178758197933 del 12/02/2015".

Por lo anterior, se adelantó el proceso sancionatorio por la posible ocurrencia de la infracción administrativa aduanera contemplada en el numeral 1.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, proceso que concluyó con la expedición

---

<sup>2</sup> Fls. 89 y 90

<sup>3</sup> Fl. 128

<sup>4</sup> Fls. 130 a 133

<sup>5</sup> Fls. 141 a 150

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

de los actos administrativos cuya nulidad se demanda y como quiera que la mercancía se trasladó al depósito, se determinó que la misma se sustrajo del control aduanero<sup>6</sup>.

## 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

De conformidad con los hechos, argumentos de la demanda, los fundamentos de derecho, las disposiciones violadas y la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se configura el silencio positivo a favor de la demandante por haber superado la DIAN el término previsto para decidir el recurso de reconsideración, conforme a la modificación en la normativa aduanera?

Resuelto este primer problema y, en el caso de no configurarse el silencio positivo en la forma alegada por la demandante, se deberá determinar lo siguiente:

¿Fueron expedidos los actos administrativos demandados con falsa motivación, violación directa de la ley, desconocimiento del debido proceso y contradicción y defensa?

### 2.3 Caso concreto

La sociedad Avianca S.A., formula los siguientes cargos: i) violación directa de la ley, ii) falsa motivación del acto administrativo sancionatorio, iii) violación al debido proceso, iv) violación al derecho de defensa y v) silencio administrativo positivo.

Por efectos metodológicos, el Juzgado se ocupará del estudio de lo relativo al silencio positivo y, en caso de no encontrarse acreditado, procederá a decidir de manera conjunta los demás cargos, por cuanto guardan relación en la forma en que procedieron tanto la DIAN como Avianca, en el procedimiento aduanero.

---

<sup>6</sup> Fls. 139 a 140

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

### 2.3.1 Hechos probados jurídicamente relevantes:

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- El 27 de marzo de 2015<sup>7</sup>, el jefe de la División de Gestión de Control de Carga de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá le informó al jefe de la División de Gestión de Fiscalización Aduanera sobre la posible infracción aduanera respecto del manifiesto de carga 116575005893314 y la documentación de transporte 72982296664 informado en el formato 12077013855027 el descargue de 9 bultos con peso de 153 kilos y el faltante de 1 bulto y un defecto de 3 kilos.

Advirtió que la mercancía no fue solicitada para realizar verificación, pero no fueron puestas a disposición de la DIAN, debido a que salieron mediante formato 117887225197933 del 12 de febrero de 2015, por lo que considera, que conforme a lo reglado en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, se configura la infracción prevista en el numeral 1.1.2 por ocultar o sustraer el control de la DIAN la mercancía que ingresa a territorio nacional.

- El 31 de octubre de 2017<sup>8</sup>, el funcionario GIT Investigaciones Aduaneras II, formuló requerimiento especial aduanero a la sociedad Avianca S.A., por la presunta omisión de la infracción aduanera prevista en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, edificado en que el manifiesto de carga 116575005893314, conforme al registro en el Sistema Informático MUISCA fue seleccionado para reconocimiento físico, por lo que solicitó la inspección del documento de transporte mediante Acta del 12 de febrero de 2015 hora 03:22 a.m. y análisis de riesgo del 12 de febrero de 2015 a la hora: 03:22 a.m.

Precisó que, la sociedad Avianca S.A. no cumplió satisfactoriamente la obligación contemplada en el literal e) del artículo 104 de Decreto 2685 de 1999, en consecuencia, propuso como sanción la prevista en el numeral 1.1.2 del artículo 497 ídem, por la suma de 20 SMLMV.

- El 24 de noviembre de 2017<sup>9</sup>, el apoderado de Avianca S.A., se pronunció respecto del requerimiento aduanero advirtiendo que no se presentó el ocultamiento de la mercancía y que su traslado se sustenta en la autorización dada por la DIAN mediante formato 11787528197933, a la vez que advierte que se arribó el bulto faltante mediante el formato 116575005896064.
- A través de la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018<sup>10</sup>, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, sancionó a la sociedad Avianca S.A., por la comisión de la infracción consagrada en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, esto es, ocultar o sustraer del control de la autoridad aduanera las mercancías

<sup>7</sup> Fl.2 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>8</sup> Fls. 54 a 57 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>9</sup> Fls. 58 a 60 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>10</sup> Fls. 87 a 90 vuelto, Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

objeto de introducción al territorio aduanero nacional y las demás que se encuentren a bordo del medio de transporte, y le impuso multa por la suma de \$12.887.000.

La decisión sancionatoria tiene sustento en que el artículo 72 de la Resolución 4240 de 2000, establece la selección para el reconocimiento de carga, de tal manera que cuando se finaliza el proceso de descargue e inconsistencias, el sistema le comunica al transportador las guías que fueron seleccionadas para el reconocimiento físico, conforme al manual de carga V.6, razón por la que el MUISCA notifica a la empresa transportadora seleccionada para inspección y por ello, debe esperar a que se surta la diligencia de reconocimiento respectiva para avalar las justificaciones de faltantes y la llegada de lo efectivamente descargado, independientemente de que el sistema les deje continuar el proceso.

De tal manera que, como en el presente asunto, la mercancía fue sacada de la zona primaria tal y como se demuestra con el formato muisca 178, Formulario de Salida de Mercancías de Lugar de Embarque / Planilla de Envío 0011787528197933 en la casilla 53, se corrobora la tipificación de la infracción por parte de Avianca S.A.

- El 26 de febrero de 2018<sup>11</sup>, la sociedad Avianca S.A., interpuso recurso de reconsideración advirtiendo: falsa motivación, la inexistencia de causales de aprehensión de la mercancía, la violación al debido proceso e insistiendo en que no se configura la infracción referida, debido a que no se presentó el ocultamiento de la mercancía.
- El 5 de marzo de 2018<sup>12</sup> se registró el reparto del expediente IT 2015 2017 2521 en contra de AEROVIAS DEL CONTINENTE, para la División Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.
- Por Auto 03-0236-408-106-00352 del 8 de marzo de 2018<sup>13</sup>, la abogada de la División Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá admitió el recurso de reconsideración interpuesto por el apoderado de la DIAN, contra la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018 de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.
- Mediante la Resolución 03-236-408-601-1008 del 4 de julio de 2018<sup>14</sup>, la abogada delegada del Grupo Interno de Trabajo Vía Gubernativa de la División de Gestión de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá confirmó la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018 de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

---

<sup>11</sup> Fls. 78 a 86 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>12</sup> Fl. 96 y vuelto, Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>13</sup> Fl. 98 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>14</sup> Fls. 104 a 110 Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

## 2.3.2 Análisis probatorio y jurídico

### 2.3.2.1 Silencio positivo

Para resolver el primer problema jurídico, conviene hacer referencia a la norma aplicable al caso en concreto y para ello deberá aplicarse la garantía del debido proceso como el principio de favorabilidad, por lo que resulta necesario precisar lo siguiente:

- **Objeto y vigencia del Decreto 390 de 2016**

El Decreto 390 de 2016, fue expedido por el presidente de la República el 7 de marzo de 2016, teniendo como alcance regular las relaciones jurídicas respecto del ingreso, permanencia, traslado y salida de las mercancías, hacia y desde el Territorio Aduanero Nacional, con sujeción a la Constitución y la ley.

Asimismo, se dispuso que el procedimiento administrativo en materia aduanera atendería los siguiente:

**"Artículo 2º. Principios generales.** 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:

a) **Principio de eficiencia.** En las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior, sin perjuicio de que la autoridad aduanera ejerza su control;

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.

c) **Principio de justicia.** Todas las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera deberán estar presididas por un relevante espíritu de justicia. La administración y/o autoridad aduanera actuará dentro de un marco de legalidad, reconociendo siempre que se trata de un servicio público, y que el Estado no aspira que al obligado aduanero se le exija más de aquello que la misma ley pretende;

d) **Principio de prohibición de doble sanción por la misma infracción o aprehensión por el mismo hecho.** A nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho, ni se podrá aprehender más de una vez la mercancía por la misma causal..."

Frente a la decisión de los recursos se indicó:

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

**"Artículo 607. Término para decidir el recurso de reconsideración.** El término para decidir el recurso de reconsideración será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio.

Dicho término se suspenderá por el mismo tiempo que dura el periodo probatorio, contado a partir de la fecha de ejecutoria del auto que decreta las pruebas. Dentro de los términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo".

Para la configuración del silencio administrativo positivo, se precisó lo siguiente:

**Artículo 609. Incumplimiento de términos.** Transcurrido el plazo para expedir el acto administrativo que resuelve de fondo un proceso de fiscalización relativo a la expedición de una liquidación oficial, una sanción, el decomiso, o el recurso de reconsideración previstos en el presente decreto, dará lugar a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que se declarará de oficio o a petición de parte ante la dependencia que presuntamente incumplió el término, mediante resolución motivada, contra la cual procede recurso de apelación. En todo caso la solicitud de declaratoria de silencio administrativo positivo deberá presentarse dentro del término establecido para demandar dicho acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo..." (Resalta el Juzgado)

En cuanto a la vigencia del Decreto 390 de 2016, se advierte lo siguiente:

**"Artículo 674. Aplicación escalonada.** La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43, 44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673.

2. Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.

3. Los artículos del presente decreto que no han entrado a regir de conformidad con las reglas establecidas en los numerales 1 y 2 de este artículo, regirán a partir del día hábil siguiente a aquel en que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ponga en funcionamiento integralmente un nuevo modelo de sistematización informático electrónico aduanero, desarrollado e implementado en los términos previstos por el párrafo de este artículo.

**Parágrafo.** Para los efectos previstos en el numeral 3 de este artículo, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) deberá desarrollar, implementar y poner en



Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

funcionamiento, a más tardar el treinta (30) de noviembre de 2019, el nuevo modelo de sistematización informático electrónico aduanero con el que se garantice la prestación de un servicio informático ágil, robusto y confiable que soporte cabalmente la operación aduanera”.

- **Objeto y vigencia del Decreto 349 de 2018**

El 20 de febrero de 2018, el presidente de la República expidió el Decreto 349 de 2018, tendiente a la modernización de las operaciones de comercio exterior y la implementación de una nueva normatividad aduanera ajustada a los parámetros internacionalmente aceptados, con el propósito de facilitar y agilizar las operaciones de comercio exterior, para lo cual expidió el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, con el que se establece una nueva regulación aduanera y dispuso su modificación de la siguiente manera:

“**Artículo 1º.** 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”.

Frente a lo previsto en el artículo 607 del Decreto 390 de 2016, relativo al recurso de reconsideración, dispuso:

“**Artículo 167.** Modifíquese el artículo 607 del Decreto 390 de 2016, el cual quedará así:

**Artículo 607. Término para decidir el recurso de reconsideración.** El término para decidir el recurso de reconsideración será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a:

1. **La recepción del recurso y del expediente** por parte del área competente para decidir de fondo, cuando no se haya proferido auto inadmisorio.
2. La ejecutoria de la resolución que resuelve el recurso de reposición admitiendo el recurso de reconsideración.
3. La ratificación por parte del interesado de la actuación del agente oficioso, siempre y cuando la dependencia competente para decidir haya recibido el recurso y el expediente y no se haya proferido auto inadmisorio.

Dicho término se suspenderá por el mismo tiempo que dura el periodo probatorio, contado a partir de la fecha de ejecutoria del auto que decreta las pruebas.

Dentro del término para decidir de fondo no se incluye el requerido para efectuar la notificación de dicho acto administrativo”. (Resalta el Juzgado)

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

En cuanto a la vigencia y aplicación del Decreto 349 de 2018 se dispuso lo siguiente:

**"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".

Conforme a lo anterior, tanto la aplicabilidad de la favorabilidad como el término para decidir el recurso de reconsideración entró en vigor el 7 de marzo de 2018.

- **Análisis del Juzgado**

El presente cargo está cimentado en el cambio de la normativa aduanera que se aplica al presente caso y para lo cual, resulta pertinente señalar, que contra la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 del enero 31 de 2018<sup>15</sup>, el 26 de febrero de 2018<sup>16</sup>, la sociedad Avianca S.A., interpuso recurso de reconsideración, que ha debido decidirse en la forma que lo establece el Decreto 349 de 2018.

Lo anterior, como quiera que acorde con el artículo 203 del Decreto 349 de 2018, este entró en vigor el **7 de marzo de 2018**, de tal manera que, atendiendo el principio de favorabilidad, previsto en el literal b) del artículo 2º del Decreto 390 de 2016, modificado por el artículo Decreto 349 de 2018, lo relativo al término para decidir el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante el 26 de febrero de 2018, no corresponde a lo originalmente previsto en el artículo 607 del Decreto 390 de 2016, sino que deberá atender la modificación realizada por el artículo 167 del Decreto 349 de 2018.

De tal manera que, acorde con el principio de favorabilidad, el término que se tiene para decidir el recurso de reconsideración será de **4 meses**, a partir tanto de la **recepción del recurso como del expediente** por parte del área competente para decidir de fondo, cuando no se haya proferido auto inadmisorio.

Así las cosas, le asiste razón a la sociedad demandante al afirmar que la norma aplicable al presente asunto era la prevista en el Decreto 349 de 2018 y no en lo originalmente fijado por el artículo el artículo 607 del Decreto 390 de 2016, sin embargo, no es posible computar el término previsto para decidir el recurso de reconsideración a partir de la radicación del recurso, esto es, del 26 de febrero de 2018, por cuanto la referida norma es clara en advertir que se iniciará a

---

<sup>15</sup> Fls. 87 a 90 vuelto, Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>16</sup> Fls. 78 a 86 Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

contabilizar el término de los 4 meses a partir del día siguiente a la **recepción del recurso y del expediente por parte del área competente** para decidir de fondo.

De la revisión de los antecedentes administrativos se advierte que, en efecto, el recurso de reconsideración se presentó ante la División de Gestión Jurídica el 26 de febrero de 2018<sup>17</sup>, pero la remisión del expediente solo tuvo lugar hasta **el 5 de marzo de 2018** tal y como se advierte de la planilla de reparto del expediente<sup>18</sup>.

Por lo tanto, no es posible deslindar la norma en el sentido que pretende la sociedad demandante ni darle el alcance errado que se argumenta en el cargo, como quiera que la favorabilidad, si bien es predicable en el presente asunto, la misma debe darse en la forma prevista y acorde con la aplicación integra de la norma que la habilita, de tal modo que para computar el término respecto del cual se configura el silencio administrativo positivo, solo es posible a partir del día siguiente en que se presente tanto la radicación del recurso como la remisión del expediente a la dependencia respectiva.

Bajo tal prisma, es del caso precisar que la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018, fue proferida por la División de Gestión de Liquidación Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, mientras que quien tenía a su cargo la decisión del recurso de reconsideración es la División de Gestión Jurídica como en efecto dirigió Avianca S.A., el recurso de reconsideración, por lo tanto, al no haber sido la segunda la dependencia que profirió el acto sancionatorio, resulta procedente y pertinente la remisión del expediente y por ello, el lapso entre el traslado de una dependencia a otra no se computa como término del silencio administrativo positivo.

Así las cosas, el juzgado itera que la norma modificada es clara en indicar el momento en el que se computan los 4 meses para decidir el recurso de reconsideración y por ello, sí el expediente repartió el 5 de marzo de 2018, será a partir del **6 de marzo de 2018**, cuando se inicie el cómputo, razón por la cual el cargo no prospera, como quiera que la Resolución 03-236-408-601-1008 que lo decidió fue proferida el **4 de julio de 2018** por parte de la División de Gestión Jurídica, de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, antes del cumplimiento de los 4 meses, que para el caso sería el 6 de julio de 2018.

Así las cosas y como lo precisó el Juzgado al no haberse configurado el silencio administrativo, el cargo no prospera.

### **2.3.2.2 Cargos: Violación directa de la ley, Falsa motivación del acto administrativo sancionatorio, Violación al debido proceso y Violación al derecho de defensa**

Los cargos se resuelven de manera conjunta como quiera que guardan relación en la forma en que se procedió por la Dirección de Aduanas de Bogotá y Avianca

---

<sup>17</sup> Fls. 78 a 86 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>18</sup> Fl. 96 Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

S.A., respecto del traslado de la mercancía realizado el 12 de febrero de 2015 y por lo tanto, determinar si el procedimiento administrativo se ajustó a las garantías fundamentales como a la normativa aduanera, su alcance y definiciones.

Así, se determinará si el actuar de la demandante tenía como finalidad clara y precisa ocultar o sustraer del control de la autoridad aduanera las mercancías objeto de introducción al territorio aduanero nacional el 11 de febrero de 2015 y por lo tanto, incurrió en la infracción prevista en el numeral 1.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, para lo cual resulta pertinente hacer referencia a la precisión legal de los siguientes conceptos, en materia aduanera conforme a lo previsto en el artículo 3 del Decreto 390 de 2016:

**“Acta de Hechos.** Es el acto administrativo de trámite, donde se consignan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realiza la diligencia de control; las facultades del funcionario; el lugar, fecha, número y hora de la diligencia; identificación del medio de transporte en que se moviliza la mercancía; identificación de las personas que intervienen en la diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas; descripción, cantidad y valor de las mercancías; los hallazgos encontrados; relación de las objeciones del interesado, de las pruebas practicadas o aportadas con ocasión de la diligencia.

**Administración Aduanera.** El órgano de la Administración Pública competente en el Territorio Aduanero Nacional para llevar a cabo las formalidades aduaneras a efectos de cumplir con la legislación aduanera, recaudar los derechos e impuestos, tasas y cualquier otro recargo percibido por la aduana, aplicar otras leyes y reglamentos, relativos a los destinos, regímenes y operaciones aduaneras, y ejercer el control y la potestad aduanera.

**Declaración aduanera.** Es el acto o documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero específico aplicable a las mercancías y suministra los elementos e información que la autoridad aduanera requiere.

**Decomiso.** Acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, medios de transporte o unidades de carga, respecto de los cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su legal introducción, permanencia y circulación en el Territorio Aduanero Nacional.

**Digitalizar.** Es la acción de convertir la información de la imagen de un documento físico, empleando un escáner u otro dispositivo, en representaciones electrónicas en un código digital, que puede ser transferido, procesado y almacenado por los Servicios Informáticos Electrónicos.

**Formalidades aduaneras.** Todas las actuaciones o procedimientos que deben ser llevados a cabo por las personas interesadas y por la aduana a los efectos de cumplir con la legislación aduanera.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

**Importación.** Es la introducción de mercancías de procedencia extranjera al Territorio Aduanero Nacional cumpliendo las formalidades aduaneras previstas en el presente decreto. También se considera importación, la introducción de mercancías procedentes de un depósito franco al resto del Territorio Aduanero Nacional, en las condiciones previstas en este decreto.

**Mercancía declarada.** Es la mercancía nacional o extranjera que se encuentra descrita en una declaración aduanera conforme a las exigencias previstas en este decreto.

**Mercancía oculta. Aquella que se encuentre escondida o encubierta del control aduanero.**

**Planilla de entrega.** Es el registro mediante el que se hace efectiva la entrega de la carga en el lugar de arribo, donde se relacionan los datos del documento de transporte, dejando constancia de la cantidad, estado de los bultos entregados y de los dispositivos electrónicos de seguridad.

**Zona Primaria Aduanera.** Es aquel lugar del Territorio Aduanero Nacional, habilitado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para la realización de las operaciones materiales de recepción, almacenamiento, movilización y embarque de mercancías que entran o salen del país, donde la administración aduanera ejerce sin restricciones su potestad o de control y vigilancia.

**Zona Secundaria Aduanera.** Es la parte del Territorio Aduanero Nacional que no constituye zona primaria aduanera, en donde la administración aduanera ejerce sin restricciones su potestad de control y vigilancia" (Se resalta).

A partir de las siguientes definiciones aplicables al procedimiento aduanero, el juzgado advierte que el Acta de los Hechos 000353<sup>19</sup> presenta varios defectos que permiten advertir el desconocimiento del debido proceso.

Como se transcribió, el Acta de los Hechos no es un documento menor, por cuanto en la misma debe consignarse las circunstancias como las personas que en ella intervienen con el fin de garantizar las objeciones y las pruebas que al respecto se deban practicar, como garantía del debido proceso.

De la revisión del Acta de los Hechos 000353, se advierte que la misma se diligenció única y exclusivamente por el funcionario de la DIAN, a la vez que en esta se incorporaron tres diferentes fechas sin que se tenga certeza de la fecha en la que se suscribió, como quiera que si bien se anunció el **13 de febrero de 2015** en la parte superior, cuando se hace referencia al momento de concluir el procedimiento se determinó el **18 de febrero de 2015**, mientras que en la parte derecha se registra anotación del **17 de febrero de 2015**<sup>20</sup>.

Por otra parte, no obra registro de manifestación alguna o silencio respecto de la sociedad demandante, en cuanto a las consideraciones frente a la

<sup>19</sup> Fl. 5 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>20</sup> Fl. 5 Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

observación allí consignada referente a que la mercancía no fue puesta a disposición por haber salido previa autorización de la misma autoridad aduanera.

Frente a los actos propios del ocultamiento de la mercancía, el juzgado advierte que, Avianca S.A., el 12 de febrero de 2015, hizo relación a través del diligenciamiento del Formato de Control de Faltantes y Defectos del faltante de 1 bulto con un peso de 3 kg<sup>21</sup>, de tal manera que, con tal actuar de modo alguno pretendió ocultar la mercancía del control de la DIAN, por el contrario, procedió a informar a través de las formalidades aduaneras de manera clara y precisa sobre el faltante de las piezas no enviadas.

Ahora, si bien es cierto que, conforme al detalle de procedimiento el 12 de febrero de 2015, se registró a las 3: 22 a.m., analizado el riesgo para el documento 11667279903188, en el mismo documento se consigna estado: **Terminado**<sup>22</sup> también lo es, que la propia autoridad Aduanera, registró en el sistema MUISCA, la **autorización para la salida de la mercancía** de zona primaria mediante formulario 1178 el 12 de febrero de 2015<sup>23</sup>, conforme a la planilla de entrega.

En este punto, el juzgado precisa que no es posible partir de la afirmación de ocultamiento, como quiera que ésta, conforme a la definición transcrita, es "aquella que se encuentre escondida o encubierta del control aduanero". Así, no es aceptable que la autoridad aduanera parta de un defecto fáctico como de una apreciación errada, para afirmar que se ocultó de su control, cuando es Avianca quien le informa que arriba al territorio **menor mercancía de la informada**, explica las razones de la falta de mercancía y con posterioridad a ello, es la propia autoridad aduanera la que **autoriza** la salida de la mercancía.

Lo anterior, conlleva a advertir el claro desconocimiento del debido proceso por la Dirección de Aduanas de Bogotá como la confusión conceptual entre lo ocurrido y el marco normativo, del cual no es posible apartarse dada su connotación reglada.

Por ello, pretender afirmar tanto el ocultamiento o sustraer del control aduanero, resulta totalmente alejado de la realidad en el presente asunto, a la vez que con tal afirmación la DIAN desconoce sus propios actos y con ello, el principio de la buena fe, como quiera que se registró y autorizó a través del sistema Muisca la salida de la mercancía, por lo que acudir a describir como infracción el ocultamiento, itera el juzgado es a todas luces contradictorio, cuando la propia autoridad precisamente permitió su salida.

Otro asunto que resulta relevante es la forma en que se decidió el procedimiento administrativo, en el que no se hizo referencia alguna a la tipificación de la conducta endilgada de cara a lo ocurrido y por lo mismo,

<sup>21</sup> Fls. 7 y 10 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>22</sup> Fl. 38 Cuaderno Antecedentes Administrativos

<sup>23</sup> Fl. 13 Cuaderno Antecedentes Administrativos

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

resultaba procedente realizar la adecuación a una conducta diferente al ocultamiento y la sustracción del control aduanero, por lo que el requerimiento aduanero se sustentó de manera equivocada y por ese mismo sendero llevó a la falsa motivación de la Resolución 1-03-241-201-642-0-0180 de enero 31 de 2018 de la División de Gestión de Liquidación y de la Resolución 03-236-408-601-1008 de julio 4 de 2018 de la División de Gestión Jurídica, de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

La motivación del acto comprende tanto los elementos fácticos como los argumentos jurídicos, tenidos en cuenta por la entidad para adoptar la decisión administrativa, que deben corresponder a la realidad, en tanto que, si se evidencia lo contrario, tal discrepancia configura el vicio de falsa motivación.

Frente a la falsa motivación de los actos administrativos, conviene traer a colación, lo expuesto por el Consejo de Estado<sup>24</sup>, en cuanto precisa que se presenta cuando la entidad administrativa realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí, que la Sección Primera haya considerado que “[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”.

En este punto, es pertinente señalar que la DIAN, es una entidad del Estado especializada en el control aduanero, de manera tal que debe reunir los sistemas necesarios para adelantar el adecuado control aduanero dadas las implicaciones que ello tiene en la economía del país y sus efectos por el ingreso de mercancías provenientes del extranjero, por tal razón, dada su naturaleza técnica debe realizar un adecuado seguimiento y control, para lo cual no puede perder de vista que los sistemas de informáticos que permitan el seguimiento y control efectivo de la mercancías, tiene una incidencia significativa en el principio de publicidad y trazabilidad, por lo que no es aceptable que luego de autorizar el traslado de la mercancía se edifique un cargo en el ocultamiento de la misma, cuando precisamente se procedió a la autorización por parte de la DIAN, y a pesar de ello, se insista en el procedimiento administrativo en una conducta inexistente.

Diferente sería si la mercancía hubiese ingresado al territorio nacional sin registro alguno o aun cuando fuera informada, se trasladara sin que mediara la autorización de la DIAN, premisa respecto de la cual se configuraría a todas luces la infracción aludida, sin embargo, este no es el caso y por lo mismo itera

---

<sup>24</sup> C.E., Sec. Primera Sent. 2002-00122-01 (Acumulado), jul. 14/2017. M.P. María Elizabeth García González.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

el despacho la obligación de la DIAN de actuar de manera coordinada en los procedimientos aduaneros, sin que le sea dable desconocer sus propias actuaciones respecto de lo realizado en el control aduanero, sin justificación legal ni fáctica que la habilite en tal sentido y por lo mismo, conforme al debido proceso, al principio de buena fe, confianza legítima de cara al principio de justicia<sup>25</sup>, legalidad de las faltas y de las sanciones<sup>26</sup>, ha debido calificar los efectos reales de la autorización de traslado de mercancía, asunto que no puede verse como un trámite meramente formal, y en el caso de ser así, estaría en juego la afectación del control aduanero y la estabilidad del Estado y su seguridad misma, por lo que la DIAN, tiene entonces la obligación de proceder a realizar los correctivos necesarios en la forma en que realiza las autorizaciones, sin embargo, ante la ausencia de un procedimiento previo que invalide ese proceder, de modo alguno puede desconocer sus efectos ante los usuarios, por cuanto abandonaría los principios referidos y actuaría no solo contra legem sino en el abierto desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y buena fe.

De tal modo que al no estar acreditado en el expediente administrativo el ocultamiento de la mercancía por parte de Avianca S.A., respecto del trámite aduanero realizado el 12 de febrero de 2015, no resultaba ajustada a derecho la sanción impuesta, por cuanto la misma se edificó en la violación directa de la ley, la falsa motivación de los actos demandados, el desconocimiento del debido proceso y derecho de defensa, por lo que a partir de las precisiones realizadas, los cargos formulados por la sociedad demandante prosperan y con ellos las pretensiones de la demanda, por lo que se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados.

Ahora bien, los efectos de la nulidad de los actos acusados conllevan a determinar que la demandante no está obligada a cancelar valor alguno por tal concepto. Asimismo, se dispondrá el retiro de cualquier registro relativo al proceso administrativo sancionatorio que dio origen a los actos anulados.

## 2.4 Condena en costas

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 y desfavorable a la demandada, se condenará en costas a la DIAN, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, toda vez que se encuentran acreditados los gastos del proceso, tales como, notificaciones.

---

<sup>25</sup> Literal c) artículo 2 Decreto 390 de 2016: "Todas las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera deberán estar presididas por un relevante espíritu de justicia. La administración y/o autoridad aduanera actuará dentro de un marco de legalidad, reconociendo siempre que se trata de un servicio público, y que el Estado no aspira que al obligado aduanero se le exija más de aquello que la misma ley pretende".

<sup>26</sup> Como manifestación del debido proceso acorde con lo previsto en el artículo 3 CPACA.



Radicación: 11001-3334 -003-2018-00430-00  
Demandante: AVIANCA S.A.  
Demandado: DIAN  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Asunto: Sentencia de primera instancia

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 5 del Acuerdo PSSAA16-10554 de 2016 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 1-03-241-201-642-0-0180 del 31 de enero de 2018 y 03-236-408-601-1008 del 4 julio de 2018 de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la DIAN, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

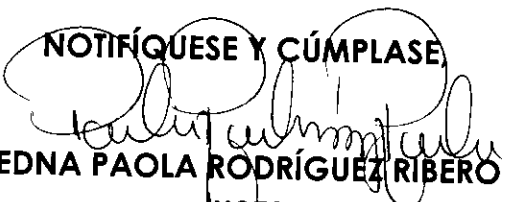
**SEGUNDO.** A título de restablecimiento del derecho **DECLARAR** que Avianca S.A., no está obligada a cancelar valor alguno por concepto de multa. Asimismo, la DIAN dispondrá el retiro de cualquier registro relativo al proceso administrativo sancionatorio que dio origen a los actos anulados.

**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.

Por lo anterior, se fija el 4% del valor de las pretensiones, por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 - 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

**CUARTO.** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  
  
EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO  
Jueza

oms

